

COLLANA SCIENTIFICA IN MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

Coordinata da

Gregorio Pietro D'Amato

N. 3

**" Il TRUST e la Mediazione civile e
commerciale"**

Casi pratici, il trattamento fiscale del trust, risoluzione di una mediazione
civile con il Trust

di

Gregorio Pietro D'Amato

To my sons Andrea and Barbara,
and Antonella
in which I lose time and affections,
and of which I trust

INDICE

CAPITOLO I

di Gregorio Pietro D'Amato

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

- 1.1. La mediazione civile e commerciale. Cenni.
- 1.2. L'attività della mediazione.
- 1.3 Il mediatore civile commerciale il suo intervento nel procedimento.
- 1.4 Il verbale di accordo di conciliazione civile.
- 1.5 La natura giuridica del verbale di conciliazione.
- 1.6. La mediazione ed il TRUST

CAPITOLO II

di Gregorio Pietro D'Amato

IL TRUST: PROFILI GENERALI

- 2.1 Introduzioni preliminari.
 - La Convenzione dell'Aja del 1985
- 2.2. L'effetto della segregazione
- 2.3. Legge regolatrice del trust.
- 2.4. L'art. 11 della Convenzione quale norma materiale di origine internazionale
- 2.5. L'art. 13 della Convenzione
- 2.6. Deroga dell'art. 2740 Codice civile
- 2.7. Trascrizione dei Trusts presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari
- 2.8. Fonte normativa per la trascrivibilità del trust
- 2.9. Acquisto ad effetti reali con vincolo obbligatorio da parte del trustee
- 2.10. Atto istitutivo di trust
- 2.11. Atti dispositivi
- 2.12. Legge applicabile

CAPITOLO III

di Gregorio Pietro D'Amato

APPLICAZIONI PRATICHE DEI TRUSTS

- 3.1 Funzioni economiche e tipologiche dei trusts
- 3.2. Asset Protection Trusts
 - 3.3.1. Fondazione e Trust
 - 3.3.2 Lo scopo delle Fondazioni e del Trust
 - 3.3.3. Atto di fondazione e trust e atti di dotazione
 - 3.3.4. Patrimonio nella Fondazioni e nei Trust
 - 3.3.5. Sede della Fondazione e Trust
 - 3.3.6 Amministrazione del Trust e Fondazione
 - 3.3.7. Raggiungimento dello scopo nelle Fondazioni e Trust
 - 3.3.8. Riconoscimento della Fondazione. Nascita del Trust
 - 3.3.9. Fondazioni e Trust per la famiglia e per soggetti deboli
- 3.4. Mutuo senza garanzia
 - 3.5.1. Accordi in tema di separazione e divorzio

- 3.5.2 Vantaggi giuridici del Trust con gli accordi di separazione
- 3.6. Accettazione di un legato
- 3.7. Vendita di un immobile pignorato
- 3.8. Vendita di immobili in costruzione
- 3.9. La successione di aziende e di gruppi aziendali
- 3.10. Trasferimento di quote societarie
- 3.11. Stock options
- 3.12. Patto di sindacato di voto e sindacati di blocco
- 3.13. Banca, mediazione e Trust
- 3.14.1 Fallimento e Trust
- 3.14.2 Trust e Accordi di ristrutturazione dei debiti (art.182 bis L.Fall.)
- 3.14.3. Il Trust e i piani di risanamento ex art. 67, 3 comma Legge fallimentare
- 3.15. Il Trust per i procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio
- 3.16. Il Trust, mediazione ed il deposito di somme
- 3.17.1. Il Trust ed enti pubblici.
- 3.17.2 L'intervento possibile per gli enti pubblici con l'intervento del Trust.

CAPITOLO IV
di Gregorio Pietro D'Amato
PROFILI FISCALI DEI TRUSTS

- 4.1. Disciplina Fiscale dei Trusts
- 4.2. Accettazione e validità dei trusts da parte dell'Amministrazione finanziaria
- 4.3. Imposte indirette
 - 4.3.1. Tassazione atto istitutivo
 - 4.3.2. Tassazione atti dispositivi
 - 4.3.3. Imposte di successione di registro, ipotecarie e catastali
 - 4.3.4. Trasferimento di partecipazioni sociali
 - 4.3.5 Trasferimento dei beni in trust ai beneficiari
 - 4.3.6. Successione di trustees.
 - 4.3.7. Successione di guardiani
- 4.4.1. Imposte dirette
 - 4.4.2. Trasferimento dei beni al trust
 - 4.4.3. Trasferimento di azienda
 - 4.4.4.L'imposta di successione e donazione per trasferimenti di aziende
 - 4.4.5. Redditi prodotti dai beni in trust: soggettività passiva
 - 4.4.6. Somme trasferite, periodicamente ai beneficiari
 - 4.4.7. Cessione di beni in trust
 - 4.4.8. Compensi percepiti dal trustee
 - 4.4.9. Trust residenti in paesi con regime fiscale agevolato
- 4.5. Altre tipologie ricorrenti di trusts riconosciuti in Italia

CASO RISOLTO CON LA MEDIAZIONE ED UTILIZZO DEL TRUST.
ESEMPIO PRATICO: VERBALE DI CONCILIAZIONE E TRUST

abstrat tratto dal libro
CAPITOLO II
IL TRUST: PROFILI GENERALI
di Gregorio Pietro D'Amato

2.1 Introduzioni preliminari¹.

La Convenzione dell'Aja del 1985.

Introducendo un nuovo argomento, non ci possiamo esimere, dal trattare almeno per grandi linee i tratti essenziali dell'istituto del Trust².

Con il termine inglese Trust, o più precisamente Trusts (inglese plurale), come meglio individua la migliore dottrina³, si vuole identificare un istituto giuridico sino ad ora sconosciuto nel nostro panorama del così detto diritto vivente.

Tale istituto, è entrato definitivamente nel panorama del diritto positivo, anche in Italia⁴ dopo la ratifica della convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ad opera della Legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992⁵.

¹ Questo contributo vuole prendere spunto e sollecitare la visione, anche critica, dell'istituto giuridico dei trusts sotto una veste più applicativa che dottrinarica, ed alla quale si rinvia ai numerosi e più approfonditi lavori operati da autorevole dottrina in merito per una più esauriente e completa trattazione.

² Per una più completa analisi e approfondimento si vedano: Maurizio LUPOI, in Trust, Milano Giuffrè Editore, 2001; Saverio BARTOLI, Il Trust, Ed. Giuffrè Editore, Milano 2001; trust e attività fiduciarie Quaderni n. 2 AA.VV. "Introduzione ai trust e profili applicativi" Ipsa Editore, Milano 2002; Notariato rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali, "Il trust nell'ordinamento giuridico Italiano" Quaderni n. 7 AA.VV., Ed. 2002 Ipsa Editore Milano; Andrea VICARI, in Trust e attività fiduciarie, Quaderni n. 3, Il trust di protezione patrimoniale, ed. Ipsa Milano 2003; Roberta MONTINARO, Trust e negozio di destinazione allo scopo, Ed. Giuffrè, Milano 2004; Maurizio LUPOI, L'atto istitutivo di trust, Ed. Giuffrè Milano, 2005; AA.VV. Trust opinioni a confronto atti del congressi dell'associazione Il Trust in Italia, Roma 2005 e Firenze, 2005 AA.VV. Ed. Ipsa Editore 2006; Flavio ROTA- Gino BIASINI, Il trust e gli istituti affini in Italia, Ed. Giuffrè Editore, 2007; Saverio BARTOLI- Daniele MURITANO, Le clausole dei trusts interni, Ed. Utet Torino 2008; Mariagrazia MONEGAT – Giuseppe LEPORE- Igor VALAS, Trust vol. I Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone, Trust Vol II Applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust, Ed. Giappichelli Editore Torino, 2008; Maurizio LUPOI, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Ed Cedam, 2008; Giuseppe VETTORI, Atti di destinazione e trust, Ed Cedam, 2008; AA.VV., Il trustee nella gestione dei patrimoni, Ed. Giappichelli Torino, 2009; Laura SANTORO, Il trust in Italia, Ed. Giuffrè, Milano, 2009; AA.VV., I professionisti e il trust Atti del IV Congresso Nazionale dell'associazione in Milano 2008, Il trust in Italia Milano, 2008, in Trust e attività fiduciarie, quaderni n. 10 Ed. Ipsa Editore 2009; AA.VV., Atti del V congresso Nazionale dell'associazione Il trust in Italia Sestri Levante 2011, in Trust e attività fiduciarie quaderni n. 11, Ed Ipsa editore, 2011.

³ Maurizio LUPOI, in "Trusts", Milano, 2001, seconda edizione, pagg. 8 e segg.

⁴ Sino ad ora hanno aderito alla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sul trust, la prima fra tutte l'Italia, l'Australia, Malta, i Paesi Bassi, Svizzera, il Regno Unito, il Canada. E questi ultimi due paesi hanno ratificato al Convenzione anche in rappresentanza delle isole: di Guernsey, Turks e Caicos, e delle province di Alberta la Colombia Britannica.

⁵ L'Italia ha ratificato la Convenzione, con legge n. 364 del 16 ottobre 1989, la Convenzione, stipulata all'Aja il 1° luglio 1985, "Sul riconoscimento e sulla legge applicabile al trust", entrata definitivamente in vigore il 1° gennaio 1992.

Commenti e considerazioni sulla Convenzione dell'Aja si trovano, ex multis, in Von Overbeck, Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and their Recognition, in International Legal Materials, 1986, 593 ss.; Id., La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, in Annuaire suisse de droit international, 1985, 37 ss.; Hayton, The Hague Convention on the Law Applicable to trusts and on their Recognition, in International and Comparative Law Quarterly, 1987, 278; GAILLARD & TRAUTMAN, trust in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts, in American Journal of Comparative Law, 1987, 325 ss.; Id., La Convention du 1° juillet 1985 relative au trust et à sa

La figura del trust è nata come istituto giuridico nei paesi di *common law* sino ad ora sconosciuta ai paesi, tra i quali il nostro, di stampo e natura di *civil law*, ma che, ora grazie, alla ratifica della Convenzione dell'Aja non è più tanto estranea al nostro sistema giuridico.

Infatti, la legge di ratifica ha previsto espressamente che gli stati firmatari debbano considerare il trust un istituto peculiare creato dai Tribunali di equità dei paesi della *Common Law*. I vari paesi firmatari, hanno convenuto, quindi, di stabilire disposizioni comuni relative alla legge applicabile al trust e di risolvere i problemi più importanti relativi al suo riconoscimento. La Convenzione ha dimostrato di considerare l'istituto, sia pure per il tramite delle disposizioni suddette, non incompatibile con gli ordinamenti interni. In altri termini, sostenere che il trust è inconciliabile col diritto positivo italiano non ha significato perché, per addivenire a tale conclusione, bisognerebbe affermare che tutta la legge 364/89 si ha per non scritta⁶.

Va anche detto che i trusts di cui parla la Convenzione sono una cosa leggermente diversa da quelli conosciuti di derivazione di *common law*⁷, e come ripetutamente già espresso dalla maggioranza degli studiosi in materia⁸.

Il riconoscimento internazionale è così riservato soltanto ai *voluntary trusts* ed agli *express trusts*, restando esclusi gli *statutory trusts (implied and constructive trusts)*. Non trovano, pertanto, riconoscimento, per ora, nel nostro ordinamento, i *trusts* legali o giudiziali, ma soltanto quelli costituiti per atto di volontà del disponente.

La Convenzione stabilisce la legge applicabile al trust e regola il suo riconoscimento descritto dall'art. 2, dove, per trust s'intendono:

i. i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente, settlor o **disponente** come più comunemente si usa individuare, è colui che istituisce il trust - con atto tra vivi o mortis causa;

reconnaissance, in *Revue critique*, 1986, 20; MAERTEN, *Lè régime international du trust après la Convention de La Haye du 1^o juillet 1985*, in *La semaine juridique*, 1988, 3319; Jauffret - Spinosi, *La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^o juillet 1985)*, in *Journal du droit international*, 1987, 53 ss.; REVILLARD, *La Convention de La Haye du 1^o juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, in *Rèp. Defrénois*, 1986, 3373; KOTZ, *Die 15 Haager Konferenz und das Kollisionsrecht des trust*, in *RabelsZ*, 1986, 562 ss.; GAMBARO - GIARDINA - PONZANELLI (a cura di), *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, cit., 1212 ss..

Sull'avanprogetto della Convenzione v. P. PICCOLI, *L'avanprogetto della Convenzione sul trust nei lavori della conferenza di diritto internazionale privato de l'Aja e suoi riflessi di diritto notarile*, in *Riv. not.*, 1984, 781 ss., aggiornato con l'entrata in vigore della Convenzione, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts e i riflessi di interesse notarile*, in *Riv. not.*, 1990, 92 ss..

⁶ Conf. Tribunale di Bologna 1^o ottobre 2003, in *Corriere Giuridico*, 2004, pagg. 65 e segg. e Tribunale di Firenze del 02/07/2005 in *Trust ed Attività Fiduciarie Quaderni*, n. 4 III edizione 2009 Ipsos editore.

⁷ Si veda in tal caso, Maurizio LUPOI, op. cit. dove lo definisce "amorfo", pag. 491 e segg., per le sue peculiari diversità rispetto a quello di diritto inglese, op cit a cui si rimanda per una sua esaustiva e completa trattazione.

Il trust può risultare in modo implicito quando deriva da una regola di equità attraverso un costruttivo trust resulting o può essere realizzato in modo espreso quando deriva da un atto volontario del settlor express trust.

⁸ Maurizio LUPOI, op. cit, Saverio BARTOLI *"Il Trust"*, Milano, 2002; G- DE NOVA, *"Trust negozio istitutivo e negozi dispositivi"*, in *Trust*, 2000, pag. 162; F. DI CIOMMO *Proprietà fiduciaria* 5/1999.

ii. - i cui beni siano stati posti sotto il controllo di un **trustee** (gestore) – sia esso una persona fisica o giuridica;

iii - nell'interesse di un **beneficiario** – soggetto designato nell'atto istitutivo quale destinatario dei beni e dei redditi da essi prodotti- o per un fine specifico.

Non sempre la struttura del trust è trilaterale. Può accadere infatti che il settlor o disponente designi se stesso come trustee, oppure come beneficiario; oppure può accadere che i beneficiari non siano individuati, perché è rimesso al trustee il potere discrezionale di individuarli, come avviene normalmente nei cosiddetti *charitable trusts*; oppure può accadere che il trust persegua uno scopo impersonale.

Ciò che giova sottolineare è che ove il costituente designi sé medesimo come trustee, si verificherà l'ovvia conseguenza che da quel momento gestirà i beni nell'interesse altrui.

D'altro lato, la struttura del trust può divenire quadrilaterale mediante l'inserimento nella sua organizzazione della figura del *protector* o **guardiano**. Questa figura è divenuta abbastanza popolare negli ultimi anni, ed è usata con sempre maggiore frequenza. In sostanza si tratta di suddividere i poteri gestori che tradizionalmente venivano affidati al trustee. L'utilità dell'inserimento del protector nella struttura del trust si coglie soprattutto se si pensa ai rapporti con organizzazioni imprenditoriali di tipo parabancario. Per la gestione professionale della ricchezza in campo finanziario queste organizzazioni sono ideali, ma non sempre è bene attribuire ad esse tutti i poteri di cui gode il trustee.

Il protector/guardiano del trust svolge quindi utili funzioni di sorveglianza dell'attività del trustee ed insieme è titolare di poteri straordinari, come la sostituzione del trustee, o lo spostamento della sede operativa da un luogo ad un altro, il cui esercizio si dovesse rendere necessario per ottimizzare i risultati attesi dei beneficiari.

E' richiesta, inoltre, la forma scritta non *ad substantiam*, ma solo *ad probationem*, - art. 3 -, ed inoltre 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.

Come si desume dallo stesso significato letterale del nome, il trust si fonda essenzialmente sul rapporto di fiducia – anche se va chiarito, come affermato dalla dottrina e giurisprudenza, che il trust non è un negozio fiduciario⁹ - tra disponente e trustee, rapporto che induce il primo a compiere un'attribuzione patrimoniale in favore del secondo.

⁹In tal senso, Maurizio LUPOI, op. cit., pag. 5 dove espressamente ritiene che: “Non è vero che il trust sia negozio fiduciario, come questa categoria è intesa nel nostro sistema giuridico; il trust è una forma di affidamento o in favore di terzi o per il raggiungimento di uno scopo, non necessariamente di origine volontaria.” Non solo la Suprema Corte, Sez. I, 21 maggio 1999, n. 4943 ha stabilito che: “...nella società fiduciaria, i fiduciari, dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta e immediata nei confronti di ogni consociato, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati.

In tal modo, l'atto istitutivo del trust comporta "l'uscita" dei beni in trust dal patrimonio del disponente e la segregazione dei medesimi, rispetto ai beni personali del trustee, rimanendo questi vincolato, da una obbligazione di carattere obbligatorio di destinazione, e ad amministrare e gestire i beni secondo il programma concordato, fino all'attribuzione di un beneficio finale al beneficiario.

I beni segregati, infatti, escono dal patrimonio del disponente ed entrano nel patrimonio del trustee, costituendo un patrimonio separato, distinto dai restanti beni personali di quest'ultimo ed insensibile alle vicende di questi.

Del resto lo stesso autorevole autore (Maurizio Lupoi op. cit nota precedente) descrive efficacemente la differenza tra negozio fiduciario e negozio trust, dove la controparte del trustee non è il disponente, mentre nel negozio fiduciario la controparte del fiduciario è il fiduciante. Controparte del trustee sono i beneficiari e, nei trusts senza beneficiari, il soggetto legittimato ad agire contro il trustee per l'adempimento delle obbligazioni è a carico di quest'ultimo.

2.2. L'effetto della segregazione.

L'elemento caratteristico del trust è la **segregazione** cioè la separazione dei patrimoni da quello del disponente; infatti, quest'ultimo non può avere la restituzione dei beni dal trustee a meno che ciò non sia stato espressamente stabilito nell'atto istitutivo. Rispetto al trustee: sono irrilevanti le vicende personali rispetto ai beni conferiti in trust che non entrano nella massa attiva in caso di fallimento del trustee, non possono essere aggrediti dai creditori personali del trustee, non fanno parte della sua successione e del regime matrimoniale. Rispetto al beneficiario vi è l'impossibilità dei creditori personali dei beneficiari di aggredire i beni in trust prima che questi siano trasferiti agli stessi, nonché, l'impossibilità di ottenere i beni in trust prima della scadenza del termine stabilito nell'atto istitutivo.

Del resto il trust disciplinato dalla Convenzione, prescrive specificatamente, 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;

Istituzionalmente, anche nei confronti dei terzi, le società fiduciarie non sono proprietarie dei titoli azionari loro affidati in gestione; ciò in virtù della disciplina legislativa che le regola. Non entrando i titoli azionari a far parte del patrimonio della società fiduciaria (tanto da non essere aggredibili da parte dei creditori della stessa), la loro proprietà non può che appartenere effettivamente al fiduciante, spettando, alla società fiduciaria, soltanto la legittimazione ad esercitare i diritti connessi alla partecipazione societaria. In senso conforme: Cass. civ., Sez. I, 23 settembre 1997, n. 9355 e Cass., civ., Sez. I, 14 ottobre 1997, n. 10031.

d) 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.

Il principio della segregazione dei patrimoni e la separazione dei beni in trust insensibili alle vicende personali sia del trustee, si veda art. 2 e 11 della convenzione, e sia del disponente e dei beneficiari, in base alla legge a cui si rinvia per la disciplina dell'istituto del trust, art. 6 della Convenzione, non è poi una novità nel nostro sistema giuridico.

L'effetto segregativo tipico ed essenziale nella struttura del trust, non è conseguenza della mera volontà delle parti, bensì discende da specifiche disposizioni normative, e l'art. 11 della Convenzione dell'Aja afferma inequivocabilmente che: *“Tale riconoscimento implica, quantomeno, che i beni in trust rimangono distinti dal patrimonio personale del trustee. Si verifica, quindi, che i beni conferiti in trust non entrano a far parte del patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal disponente e col fine specifico di restare separati dai suoi averi anche futuri.”*

L'effetto principale ed essenziale del trust è quello di segregare una posizione soggettiva e destinarla ad una specifica finalità, con l'effetto - tutt'altro che secondario - di renderla intangibile ai creditori del trustee. La possibilità di costituire patrimoni autonomi o separati non costituisce affatto un'assoluta novità per il nostro ordinamento: si va dalla previsione di cui all'art. 1707 c.c. sino alla previsione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare previsti ora dall'art. 2447/bis c.c. in materia di riforma del nuovo diritto societario¹⁰.

¹⁰ Si veda quanto già stabilito dal Tribunale di Bologna con la sentenza n. 4545 del 1° ottobre 2003: dove è stato esaurientemente indicato che il concetto di patrimonio separato non è sconosciuto dal nostro sistema giuridico in particolare: l'art. 1707 c.c. prevede un meccanismo di separazione per i beni mobili o i crediti acquistati in proprio dal mandatario per conto del mandante in forza di atto avente data certa anteriore al pignoramento; gli artt. 167 ss. c.c. vincolano alle esigenze della famiglia i beni costituiti in fondo patrimoniale, sui quali possono soddisfarsi solo i creditori indicati all'art. 170 c.c.; ex art. 1881 c.c. può divenire "patrimonio separato" (e non aggredibile) la rendita vitalizia costituita a titolo gratuito nei limiti del bisogno alimentare del beneficiario; l'art. 1923 c.c. sottrae le somme dovute dall'assicuratore (per assicurazione sulla vita) all'azione esecutiva dei creditori del contraente o del beneficiario, frantumando l'unicità del patrimonio; significativamente, l'art. 490 c.c. statuisce che "l'effetto del beneficio d'inventario consiste nel tener distinto il patrimonio del defunto da quello dell'erede"; l'art. 2117 c.c. (richiamato dal D.Lgs. 124/1993) consente la creazione di "patrimoni di destinazione" (così definiti da Cass. 2824/1975) come fondi speciali per la previdenza e l'assistenza. Ancor più pregnanti sono gli esempi di "segregazione" offerti dalla legislazione speciale più recente (sul punto, Trib. Bologna, decreto 18/4/2000): l'art. 3 della legge 23/3/1983 n. 77 sui fondi comuni di investimento immobiliare (ora abrogato dal D.Lgs. 58/1998) prevedeva: "ciascun fondo comune costituisce patrimonio distinto a tutti gli effetti dal patrimonio della società di gestione e da quelli dei partecipanti, nonché da ogni altro fondo gestito dalla medesima società di gestione. Sul fondo non sono ammesse azioni dei creditori della società gerente"; la norma suddetta è stata ripresa ed ampliata dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24/2/1998 n. 58) il quale, all'art. 22 (rubricato "Separazione patrimoniale"), stabilisce che "nella prestazione dei servizi di investimento e accessori gli strumenti finanziari e le somme di denaro dei singoli clienti, a qualunque titolo detenuti dall'impresa di investimento, dalla società di gestione del risparmio o dagli intermediari finanziari iscritti ... nonché gli strumenti finanziari dei singoli clienti a qualsiasi titolo detenuti dalla banca, costituiscono patrimonio distinto a tutti gli effetti da quello dell'intermediario e da quello degli altri clienti. Su tale patrimonio non sono ammesse azioni dei creditori dell'intermediario o nell'interesse degli stessi, né quelle dei creditori dell'eventuale depositario o sub-depositario o nell'interesse degli stessi"; l'art. 4 del già menzionato D.Lgs. 21/4/1993 n. 124, riformato dalla legge 335/1995, stabilisce che "fondi pensione possono essere costituiti ... attraverso la formazione con apposta

Quindi, l'effetto segregativo prodotto dal trust nel patrimonio del trustee trova una sua legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione dell'Aja ed introdotte nell'ordinamento italiano con la legge di esecuzione. In effetti gran parte della dottrina ha argomentato che la stessa legge di ratifica ha introdotto nell'ordinamento una deroga all'art. 2740 c.c. nella parte in cui è stabilito che consente limitazioni di responsabilità "nei casi stabiliti dalla legge"¹¹.

La Convenzione contiene anche una disciplina di diritto internazionale uniforme nella parte in cui descrive gli effetti minimi che il riconoscimento del trust deve produrre negli Stati aderenti. Si tratta in sostanza del c.d. effetto di segregazione patrimoniale, che costituisce l'aspetto maggiormente caratterizzante di questo fenomeno, ma contemporaneamente anche il più problematico a causa delle interferenze generate con alcuni fondamentali principi del nostro sistema giuridico tradizionale. I beni costituiti in trust danno vita, infatti, a un patrimonio separato rispetto ai beni residui che compongono il patrimonio del disponente, del trustee e dei beneficiari. La conseguenza più importante di un simile stato di fatto è che qualunque vicenda personale e patrimoniale che colpisca il disponente, il trustee, il guardiano ed anche i beneficiari, non travolgerà mai i beni in trust, che non potranno, quindi, essere aggrediti dai loro creditori personali e nemmeno subire gli effetti di un eventuale fallimento del trustee, del disponente o dei beneficiari (art. 11, co. II, lett. a, b, c, d, Convenzione dell'Aja). Per usare un'espressione cara alla dottrina che si è occupata della materia dei patrimoni separati, si può dire che i beni costituiti in trust sono a tutti gli effetti "blindati".

deliberazione di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito del patrimonio della medesima società od ente, con gli effetti di cui all'articolo 2117 del codice civile"; la disposizione dell'art. 3 della legge 130/1999 prevede che "i crediti relativi a ciascuna operazione [di cartolarizzazione di crediti] costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi"; statuizioni analoghe a quella ora richiamata sono previste dalle leggi sulla cartolarizzazione dei crediti INPS (art. 13 L. 448/1998, come modificato dalla L. 402/1999) e sulla privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico (art. 2 L. 410/2001); da ultimo, la recente riforma del diritto societario ha inserito nel codice civile l'art. 2447-bis sui "patrimoni destinati ad uno specifico affare" che, come sostiene un autore, consente alle società di realizzare un trust autodichiarato dato che l'art. 2447-quinquies c.c. esclude la possibilità per i creditori societari di far valere diritti su quel fondo così costituito.

¹¹ In tal senso Antonio GAMBARO in, *Trust, diritti reali e Trascrizioni*, l'autorevole autore argomenta che: "Nemmeno è esatto sostenere che la Convenzione non può derogare, in quanto si tratterebbe di norma di applicazione necessaria, all'art. 2740 c.c., *rectius*: non può scalfire l'interpretazione che taluno ne dà. Perché anche in questo caso la contraddizione logica in cui si cade è immediatamente evidente. Infatti la lettura dell'art. 2740 c.c. che si propone è che le limitazioni della responsabilità patrimoniale del debitore, nel senso di aggredibilità del suo patrimonio, sono fissate dalla legge e non dall'autonomia privata. A parte tutte le riserve che si possono nutrire verso simile tesi, traspare subito che, allora, il testo dell'art. 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 364 è più che sufficiente per configurare una ennesima limitazione legislativa della responsabilità patrimoniale disposta dalla norma codicistica. Sicché ancora una volta è arduo comprendere dove stia il problema. E' ovvio che recependo il trust si modifica l'assetto del diritto interno a questo riguardo, ma questo il legislatore italiano lo sapeva bene e la sua scelta non mi pare sindacabile in sede di interpretazione.

Tale effetto deriva dalla circostanza che i beni sono sottoposti a un vincolo di destinazione, in quanto destinati al raggiungimento di un determinato scopo prefissato dal disponente nell'atto istitutivo, ad un ulteriore vincolo di separazione. Per tale motivo i beni in trust si definiscono *emarking*, cioè "marchiati", affinché non si confondano con quelli degli altri soggetti del trust.

Il trasferimento dei beni al trustee non determina il sorgere di una "doppia proprietà" in capo a questi ed ai beneficiari. Infatti, mentre il primo ha un diritto pieno ed esclusivo, i secondi vantano i propri diritti non nei confronti del patrimonio in trust, bensì nei confronti del trustee stesso, circostanza per la quale, quindi, non è possibile ritenere sussistente una violazione dell'art. 832 cod. civ.¹²

2.3. Legge regolatrice del trust.

Un ulteriore elemento che emerge dalla Convenzione è l'assoluta libertà di scelta della legge regolatrice del trust¹³ da parte del settlor, cfr. art. 6 della Convenzione, per la cui operatività non prevede alcun limite in relazione ai legami oggettivi e soggettivi intercorrenti tra gli elementi del rapporto fiduciario e la legge regolatrice. La Convenzione, non indica, quale presupposto per la sua applicazione la presenza di ulteriori elementi di estraneità, se non la scelta della legge straniera applicabile, purché il diritto applicabile ex art. 6 (o, eventualmente, ex art. 7) della Convenzione, conosca il trust o la categoria di trusts in questione, secondo l'espressa prescrizione dell'art. 5. Quest'ultima disposizione conferma che l'unico presupposto applicativo della disciplina convenzionale (e del consequenziale riconoscimento del trust istituito) è la specificazione di una legge secondo le disposizioni del Capitolo II della Convenzione.

La costituzione di trusts interni ad opera di soggetti italiani che scelgano la legge inglese, come legge regolatrice del trust, non incontra limiti nell'art. 13 della Convenzione dell'Aja, norma di chiusura che mira a colpire i soli trust produttivi di effetti ripugnanti per l'ordinamento, che non siano colpiti dagli artt. 15, 16 e 18 della stessa Convenzione.¹⁴

Ancora la giurisprudenza citata ha ammesso che il trust c.d. interno - ossia non dotato di elementi di estraneità, rispetto all'ordinamento dello Stato in cui è prevalentemente localizzato,

¹² Tribunale di Firenze del 02 luglio 2005 in *Trust e Attività Fiduciarie*. Quaderni n. 4 III edizione 2009 Ed. IPSOA Milano.

¹³ In *Trust e attività fiduciarie*, quaderni n. 1, *Leggi tradotte*, AA.VV., Ed. Ipsa editore 2001; in *Trust e attività fiduciarie*, quaderni n. 5, *Leggi tradotte II*, AA.VV., Ed, Ipsa Editore , 2005; E. BERTI- RIBOLI e M. GANADO, in *Trust e attività fiduciarie*, quaderni n. 7, *la Legge di Malta sui trust. L'introduzione del trust nel diritto maltese*, Ed. Ipsa Editore 2007; I quaderni dell'associazione Italia trust Volume 1 Anno 2007, *Trust (jersey) Law 1984 La legge di Jersey sui trust nel testo vigente*; E. BARLA DE GUGLIELMI, P. PANICO, F. PIGHI, *La legge di Jersey sul trust. Jersey nel modello internazionale dei trust*, in *Trust e attività fiduciarie*, quaderni n. 8 Ed. Ipsa editore 2007; I quaderni dell'associazione Il trust in Italia volume 2 anno 2009, *Trust (Guernsey) Law 1989. La legge di Guernsey sui trust nel testo vigente*.

¹⁴ Tribunale di Bologna 01/03/2003 v. sub nota prec.

ulteriori e diversi dalla legge regolatrice scelta dal disponente - è ammissibile nell'ordinamento italiano, poiché, da una parte, la fattispecie del trust è stata immessa nell'ordinamento *de quo* a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, operata con Legge 16.10.1989 n. 364, che ha sancito la meritevolezza di tutela, e, dall'altra, il sistema della Convenzione ha come minimo presupposto applicativo la mera scelta di una legge regolatrice che conosca il tipo di trust di cui si tratta. Peraltro, nemmeno l'art. 13 Conv. varrebbe ad escludere l'ammissibilità di siffatto trust, poiché esso opera quale norma di chiusura che consente di negare riconoscimento a trusts particolarmente radicati in Stati non trust i quali, pur non incorrendo nelle sanzioni previste dagli artt. 15, 16 e 18 Conv. per il caso di contrarietà a norme inderogabili, di applicazione necessaria o di ordine pubblico, siano nondimeno produttivi di effetti ripugnanti per lo Stato del foro.

Ragionando sul significato da attribuire al concetto di trust "straniero", da una parte, pare scontato che il riconoscimento del trust (artt. 11 ss. Convenzione) postuli l'esistenza di un fenomeno giuridico estraneo al diritto interno (quale è, pacificamente, l'istituto del trust); dall'altra, poiché i lavori preparatori della Convenzione hanno escluso qualsiasi limitazione legata al sito dei beni in trust o alla nazionalità/residenza del disponente o dei beneficiari, il "riconoscimento" può prospettarsi anche quando il trust è soltanto regolato da una legge straniera e questo è l'unico elemento di estraneità, necessario e sufficiente, per farsi applicazione della disciplina convenzionale e delle norme di conflitto in essa contenute.

Altro problema, differente e logicamente successivo rispetto a quello della determinazione della legge applicabile, riguarda gli esiti del riconoscimento del trust e le preclusioni al riconoscimento o all'efficacia previste dalla stessa Convenzione qualora la scelta del disponente sia "abusiva" e, cioè, quando i suoi effetti determinino, nel Paese con cui il trust presenta i collegamenti più stretti, l'elusione di norme imperative inderogabili con atto negoziale (art. 15) e/o di norme di applicazione necessaria (art. 16) oppure quando gli effetti appaiano in manifesto contrasto con l'ordine pubblico (art. 18) o, infine, in tutti i casi in cui il riconoscimento sia "ripugnante" per l'ordinamento (art. 13).

La Convenzione prevede espressamente (artt. 6, comma 2°, e 7) dei criteri di collegamento "subordinati" nel caso in cui non sia stata effettuata la scelta della legge regolatrice o questa sia applicabile ad un ordinamento che non conosce il trust o quel tipo di trust.

La stessa Convenzione, dunque, ammette che la scelta della disciplina regolatrice possa essere effettuata su una qualsiasi normativa che conosce il trust e solo gradatamente, ed esclusivamente nelle ipotesi previste dagli artt. 6, comma 2°, e 7 comma 1°, prevede che la legge sia quella con cui il negozio presenta collegamenti più stretti. Ciò dimostra inequivocabilmente che la designazione operata dal disponente è, in linea di principio, assolutamente libera e che solo in casi

"patologici" (e al fine di "salvare" l'atto) la legge applicabile è vincolata a criteri di connessione diversi dalla mera *voluntas* del disponente (e, cioè, dà luogo di amministrazione del trust designato dal disponente, ubicazione dei beni in trust, domicilio/residenza del trustee, luogo dove deve essere realizzato lo scopo del trust)¹⁵.

In definitiva, pare chiaro che se il testo della Convenzione avesse voluto vincolare la discrezionalità del disponente sulla legge regolatrice ad elementi di collegamento con i soggetti o l'oggetto del trust, non avrebbe attribuito a tali elementi una funzione meramente sussidiaria relegandoli al ruolo di "surrogati" della volontà inespressa o male espressa, e ciò proprio per le ipotesi degli artt. 6 comma 2° e 7 comma 1° della Convenzione.

Non può, nel contempo, negarsi validità a trust interni regolati da legge straniera e riconoscere in Italia gli effetti di trusts che presentino altri elementi di estraneità.

Sarebbe paradossale che l'ordinamento italiano volesse pervenire al riconoscimento in Italia di trusts istituiti da stranieri con legge straniera aventi ad oggetto beni siti in Italia e, al contrario, intendesse disconoscere trust aventi le medesime caratteristiche costituiti dai propri cittadini.

Se questa fosse la soluzione voluta dal legislatore, essa presterebbe il fianco a rilievi di incostituzionalità sia per la propria intrinseca irragionevolezza, sia per l'ingiustificata disparità di trattamento generata. Spetta alla giurisprudenza, quindi, fornire un'interpretazione della normativa che sia in linea coi citati parametri costituzionali. A ciò si aggiunge, nel panorama dell'attività preparatoria e successiva all'approvazione della Convenzione, che non avrebbe senso che il nostro Paese si fosse affrettato a ratificar per primo (fra i paesi di *civil law*) la Convenzione rispetto agli altri paesi firmatari.

2.4. L'art. 11 della Convenzione quale norma materiale di origine internazionale.

Secondo autorevole dottrina¹⁶, l'art. 11 della Convenzione, che prevede la separazione dei beni personali del trustee rispetto ai personali¹⁷, s'inserisce in una convenzione di diritto internazionale

¹⁵ Si veda in tal senso A.A.VV. in, "Il trust nell'ordinamento giuridico italiano", in quaderni Notariato, n. 7, Milano, 2002.

¹⁶ Cfr Maurizio LUPOI, op. cit..

¹⁷ L'art. 11 della Convenzione prevede che: "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;

privato come norma di diritto materiale uniforme e sostanziale rispetto al resto delle disposizioni della stessa Convenzione che rimangono norme uniformi di diritto internazionale privato¹⁸.

In effetti, l'art. 11 della Convenzione dispone le condizioni minime per il riconoscimento di un trust "straniero" ma disciplina direttamente ed indirettamente, gli effetti minimi che il riconoscimento deve produrre, in modo omogeneo in ogni ordinamento degli Stati contraenti.

L'art. 11 della L. 364/1989, è norma successiva e speciale rispetto alla disposizione codicistica, ben può costituire, dunque, l'eccezione di fonte legislativa al principio della responsabilità illimitata¹⁹.

La libertà di scelta della legge applicabile al rapporto negoziale, indipendentemente dalla presenza di elementi di più stretto collegamento con un certo ordinamento, è un principio non estraneo al sistema di diritto internazionale privato interno e convenzionale. Il trust, però, è un atto unilaterale e non un contratto, pertanto, le norme di cui all'art. 3 della Convenzione di Roma del 19/6/1980 (resa esecutiva con la L. 975/1984), in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, prevede espressamente per le parti la "libertà di scelta" della legge regolatrice del contratto; nonché l'art. 57 della legge 31 maggio 1995 n. 218 compie un rinvio recettizio al suddetto testo convenzionale introducendo il suo contenuto tra le norme di conflitto interne sono disposizioni che afferiscono i rapporti contrattuali e non quelli unilaterali. La questione del rinvio consiste nello stabilire se, ed in quale misura, si devono prendere in considerazione le norme di conflitto della legge straniera dichiarata applicabile dalle disposizioni di diritto internazionale privato del foro .

Al riguardo l'art. 30 disp. prel. c.c. escludeva che nell'applicare una legge straniera si potesse tener conto del rinvio da essa fatto ad altra legge; mentre l'art. 13 della L. 218/95 ammette l'operatività del rinvio, pur con talune limitazioni. In particolare è ammesso sia il rinvio altrove, se il diritto dello Stato richiamato accetta il rinvio, sia il rinvio indietro alla *lex fori* .

L'applicazione del rinvio è, peraltro, esclusa in materia di forma degli atti, in materia di obbligazioni contrattuali, nonché, qualora la legge straniera sia chiamata a regolare un determinato rapporto sulla base della scelta effettuata dalle parti interessate. Ancora, in tema di filiazione, legittimazione e riconoscimento del figlio naturale, si tiene conto del rinvio solo se esso conduce all'applicazione della legge che consente lo stabilimento della filiazione o la legittimazione.

che la rivendicazione dei beni del trust sia permessa qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, abbia confuso i beni del trust con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro."

¹⁸ Cfr. Tribunale di Bologna 1° ottobre 2003, n. 4545.

¹⁹ Cfr. Tribunale di Verona, 08/01/2003 e Tribunale di Bologna sent. 4545/2003 infra cit. v. nota precedenti.

Infine, nell'ipotesi in cui la legge, art. 2 L. 218/95 dichiara in ogni caso applicabile una convenzione internazionale, la disciplina del rinvio seguirà quanto prescritto dalla convenzione stessa. Secondo il metodo unilateralista che il legislatore si limita a determinare il campo d'applicazione della propria legge. Per i casi non soggetti a questa legge, i giudici dello Stato, di cui si tratta, devono applicare la legge straniera che, al contrario, estende la sua competenza ai casi in questione.

La norma di cui all'art. 11 della Convenzione rappresenterebbe una norma materiale di origine internazionale. Si tratta di norme che derivano da convenzioni multilaterali, introdotte nell'ordinamento interno di ogni Stato, che le ratifica secondo i suoi procedimenti costituzionali, e rappresentano il vero campo d'azione delle norme materiali.

Va, infine, sottolineato che le convenzioni d'unificazione possono prevedere norme materiali destinate a regolare le relazioni tra Stati contraenti ("convenzioni con effetti *inter partes*") oppure destinate a regolare in modo generale tutte le relazioni internazionali, non soltanto tra Stati contraenti ma anche tra questi e Stati terzi "convenzioni con effetti *erga omnes*".

Tuttavia, può trarsi dalle disposizioni menzionate una conferma di quanto sinora sostenuto a proposito dell'assoluta libertà di scelta sancita dalla Convenzione dell'Aja: può tranquillamente ritenersi principio acquisito dall'ordinamento internazionale ed interno, (in virtù del richiamo effettuato dalle vigenti norme di diritto internazionale privato e della prevalente interpretazione data all'ormai abrogato art. 25 comma 1°, ultima parte, delle preleggi), quello che garantisce la libera volontà delle parti del negozio in ordine alla normativa da applicare allo stesso.

Non solo: il comma 3° della citata disposizione fa esplicitamente salva la possibilità di designare liberamente una disciplina legislativa anche quando "tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico Paese"; in tal caso, si potrebbe parlare di un contratto "interno" purché ciò non pregiudichi l'applicazione delle norme imperative di cui al testo convenzionale del "Paese di più stretto collegamento".

Così anche in linea generale non pare si possa invocare un divieto assoluto di scegliere come applicabile ad un rapporto una legge diversa da quella dello Stato cui sono riferibili tutti gli elementi sostanziali di esso. L'art. 6 della Convenzione dell'Aja stabilisce che il trust è regolato dalla legge scelta dal disponente. Pertanto, non può essere taciuto di nullità o divieto un trust c.d. "interno", e cioè - secondo la definizione dottrinale²⁰ - un trust che ha la localizzazione preponderante dei suoi beni, la sede, la sua amministrazione e la residenza dei beneficiari e del disponente, in un ordinamento diverso da quello scelto dalle parti per disciplinarlo.

²⁰ Si vedano, Maurizio LUPOI, Saverio BARTOLI, op. cit..

Può darsi che ciò possa concretizzarsi in un abuso dello strumento della *lex voluntatis*, ma, fatto è che, anche prima con l'art. 3 della Convenzione di Roma del 19-6-1980, resa esecutiva in Italia con legge 18-12-1984, n. 975, ed ora ancora con lo stesso art. 3 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento e Consiglio Europeo del 1/06/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (ROMA I), - pubblicato sulla G.U.E. del 04/07/2008 n. 177/6- e entrata in vigore il 17 dicembre 2009, che ha sostituito la convenzione di Roma del 1980, prevede solo che in tal caso non si possa derogare a quelle che la Convenzione stessa definisce come disposizioni imperative dello Stato al quale si ricollegano tutti gli elementi materiali della fattispecie posta in essere. Pertanto si ritorna all'origine a contemplare il problema della identificazione delle norme art. 11 della Convenzione di applicazione necessaria

Non è possibile, infatti, sanzionare con la nullità l'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee in quanto "negozio astratto di trasferimento" facendo riferimento ai tipi negoziali propri del nostro ordinamento, che prevede la causa come requisito di validità del contratto e, non ammette in via di principio negozi astratti. Questo, perché, anche secondo la più recente lettura dottrinale degli artt. 1324 e 1322 c.c. che sembrano ammettere la costituzione di atti unilaterali atipici, non solo la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fondamento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322 comma 2 c.c.²¹, ma, soprattutto perché la causa del trasferimento, che è ben lungi dall'essere "astratto", si deve rinvenire nel collegato negozio istitutivo di trust, che si concretizza nei suoi scopi proprio attraverso il predetto trasferimento, per il quale la meritevolezza degli interessi realizzati è stata *ex lege* sancita dalla Convenzione dell'Aja del 1985 e dalla disciplina legislativa che ne ha dato esecuzione.

Essendo la Convenzione dell'Aja una convenzione di diritto internazionale privato, essa contiene norme la cui operatività richiede, come presupposto necessario, la presenza nella fattispecie della disciplina convenzionale e delle norme di conflitto concrete di elementi oggettivi di estraneità ulteriori rispetto in essa contenute alla mera volontà del disponente di scegliere la legge straniera²².

In altri termini, sostenere che il trust è inconciliabile col diritto positivo italiano non ha significato perché, per addivenire a tale conclusione, bisognerebbe affermare che tutta la legge 16 ottobre 1989 n. 364 si ha per non scritta, e così numerose ed univoche interpretazioni giurisprudenziali che sino ad ora hanno ammesso la validità dei trusts in Italia²³.

²¹ In tal senso Cassazione 9 ottobre 1991, n. 10612.

²² In tal senso Sergio Maria CARBONE, in "Trust interno e legge straniera", in Trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano 2003, pag. 25e segg.

²³ In senso favorevole Trib. Milano 27/12/1996; Trib. Genova 24/3/1997; Trib. Lucca 23/9/1997; Corte App. Milano 6/2/1998; Pret. Roma 13/4/1999; Trib. Roma 8/7/1999; Trib. Chieti 10/3/2000; Trib. Bologna 18/4/2000; Trib. Perugia 26/6/2001; Corte App. Firenze 9/8/2001; Trib. Pisa 22/12/2001; Trib. Perugia 16/4/2002; Trib. Firenze 23/10/2002;

2.5. L'art. 13 della Convenzione.

Ulteriore critica al riconoscimento dei trusts viene dall'art. 13 della Convenzione, che recita testualmente: *"Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del trust o la categoria del trust in questione"*.

La disposizione, come ogni norma di diritto internazionale privato, non può che riguardare lo Stato come soggetto internazionale, il quale, legittimato dalla norma, potrà intervenire o non farlo con un proprio strumento normativo o con le applicazioni concrete della disciplina da parte dei giudici e delle autorità amministrative.

L'utilizzo di detta norma, lungi dall'essere obbligatoria o bizzarra, potrà avvenire soltanto in maniera conforme alla ratio del legislatore della ratifica e, quindi, anche in ossequio al principio di salvaguardia dell'autonomia privata, al solo fine di evitare il riconoscimento di trust "interni" che siano disciplinati da legge straniera con intenti abusivi e/o fraudolenti. In altri termini, non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano per disapplicare la legge scelta per la sua disciplina e per la sua costituzione evitando di riconoscerne gli effetti, ma sarà, invece, necessario desumere un intento in frode alla legge, volto, cioè, a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare ed in tal senso si è espresso il Tribunale di Bologna con decreto del 16/06/2003.

Così, ugualmente si è espresso il Tribunale di Bologna, con la oramai nota sentenza del 1° ottobre 2003. n 4545, dove ha stabilito che: *"...il Capitolo IV della Convenzione de L'Aja introduce un meccanismo parallelo a quello previsto dall'art. 3 comma 3° della Convenzione di Roma del 1980, di salvaguardia delle norme inderogabili, di applicazione necessaria o di ordine pubblico della lex fori (artt. 15, 16 e 18) e si muove nel campo degli effetti conseguenti al riconoscimento, l'art. 13 si pone sul diverso piano del riconoscimento stesso del trust (Capitolo II della Convenzione) quale fenomeno di applicazione di una legge straniera. In sostanza, mentre gli artt. 15, 16 e 18 non frappongono in linea di principio alcun ostacolo al riconoscimento dei trust e si limitano ad escludere la produzione di certi specifici effetti contrastanti con particolari norme interne, l'art. 13*

Trib. Milano 29/10/2002; Trib. Verona 6/12/2002; Trib. Roma 4/4/2003; Trib. Bologna 28/5/2003.; Trib. Bologna 16/6/2003. Trib. di Bologna 01/10/2003; Trib. Firenze del 02/07/2005; Trib. Trieste Giudice tavolo del 23/09/2005; Trib. Milano del 22/10/2009; Trib. Brindisi del 28/03/2011; Trib. Urbino del 11/11/2011 confermata con sentenza di rigetto reclamo opposizione Trib. Urbino del 31/01/2012. In senso sfavorevole all'istituto, Trib. Santa Maria Capua Vetere 14/7/1999 e Trib. Belluno 25/9/2002, tutte sul sito de l'Associazione Il trust in Italia www.il-trust-in-italia.it Conformemente ad altri precedenti giurisprudenziali sulla trascrizione: Trib. Lucca 23/9/1997; Corte App. Milano 6/2/1998; Trib. Bologna 18/4/2000, che ha ordinato al Conservatore dei RR.II. la trascrizione; Trib. Pisa 22/12/2001. Per una disamina completa si v. quaderni Trust e attività Fiduciarie n. 4 III edizione 2009 ed. IPSOA Milano

non può essere considerato come strumento volto a garantire l'applicazione della lex fori perché a ciò provvedono già le succitate disposizioni.”

La disposizione in esame concerne il riconoscimento stesso dell'istituto e, quindi, il principale fenomeno disciplinato dalla Convenzione; ciò vale soprattutto per i c.d. trusts "interni", la cui esistenza e validità dipendono dalla scelta della legge straniera e dal suo riconoscimento.

Il trust "interno" non può essere ritenuto invalido *ex se* per la carenza di elementi di estraneità, né per il suo contrasto con norme inderogabili o di applicazione necessaria o di ordine pubblico (a garanzia delle quali presiedono gli artt. 15, 16, 18, che, però, incidono sugli effetti di un trust già riconosciuto l'unica possibile e ragionevole soluzione interpretativa), a meno di non voler dare all'art. 13 *un'interpretatio abrogans* degli artt. 6 e 11, quella, appunto, di considerare la disposizione come una "norma di chiusura della Convenzione", paragonabile all'art. 1344 c.c., che mira a cogliere le fattispecie che sfuggono alle norme di natura specifica. In altri termini, l'art. 13 costituisce l'estremo ed eccezionale rimedio apprestato per i casi in cui le modalità e gli scopi di un trust, i cui effetti sfuggono alle previsioni degli artt. 15, 16 e 18, siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura di trust, ma nel quale tuttavia il negozio espliciti in concreto i suoi effetti²⁴.

Il percorso logico da seguire è, dunque, il seguente: i trusts "interni" sorgono in conseguenza della scelta, da parte del disponente, di una legge regolatrice idonea. La scelta è da ritenersi libera e legittima ex art. 6 della Convenzione. Secondo la regola generale di cui all'art. 11, i trust istituiti in conformità alla legge determinata in base al Capitolo II della Convenzione (e, quindi, anche i trust "interni") devono essere riconosciuti come tali in forza degli artt. 15, 16 e 18. Qualora i trust riconosciuti producano effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria²⁵ della *lex fori* o con principi di ordine pubblico del foro, l'applicazione della legge straniera dovrà cedere il passo a quella della legge interna. Infine, ex art. 13, qualora un trust "interno", regolato da legge straniera, produca effetti ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli artt. 15, 16 e 18, è possibile negare *tout court* il riconoscimento il quale sarebbe, a tali condizioni, inesigibile.

²⁴ In tal senso S. M. CARBONE, op. cit., dove prevede che: “ Da un lato, si ritiene che tale norma non sia una disposizione direttamente utilizzabile dai giudici in quanto non dotata del carattere self-executing. Quindi, essa può operare in senso preclusivo degli effetti del trust interno solo in presenza di una espressa e precisa volontà normativa da parte dello Stato di avvalersi di tale facoltà e di specifiche indicazioni attraverso le quali integrarne la portata normativa. Difettando nell'ordinamento italiano disposizioni del tipo ora indicato ed essendo il trust interno ricompreso nell'ambito di applicazione della Convenzione dell'Aja, la scelta della legge applicabile operata in tal caso dalle parti potrà, pertanto, essere disattesa, oltretutto per le ragioni espressamente e compiutamente previste dalla normativa uniforme (artt. 15, 16 e 18), solo in virtù della possibilità di utilizzare a tal fine il principio generale dell'ordinamento italiano in virtù del quale la presenza di un intento abusivo e/o fraudolento dalle parti è criterio preclusivo anche del riconoscimento degli effetti internazionalprivatistici dell'autonomia privata. Circostanza quest'ultima il cui impiego nel senso ora indicato è stato valutato in sede di lavori preparatori della Convenzione dell'Aja come coerente con gli obiettivi e al ratio alla base della normativa uniforme.

²⁵ In tal senso ut supra nota precedente di S. M. CARBONE.

Il riconoscimento e la giurisdizione italiana derivano dal regolamento Cee n°. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale; il riconoscimento e l'esecuzione in materia civile e commerciale l'art. 5, n. 6, prevede che: *“nella sua qualità di fondatore, trustee o beneficiario di un trustee costituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il trust ha il domicilio”*.

Così si avrà sempre competenza del Tribunale Italiano ai sensi del richiamato Regolamento Cee n°. 44/2001 in caso di controversie, pur essendo il trust regolato da leggi straniere, che insorgano tra il trustee e beneficiari di un trust, o di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust secondo quanto stabilito dall'art. 23, comma 4.

Ai sensi dell'art. 60, comma 3 del Regolamento (44/2001) sarà competente a decidere il Tribunale italiano applicando le norme del diritto positivo internazionale privato per la definizione se un trust abbia il domicilio nel territorio di uno Stato membro.

Difatti, conclude la sentenza dei giudici bolognesi sopra citata, (che merita rilievo l'interpretazione logico-teleologica del testo convenzionale) si darebbe luogo ad un'assurda contraddizione pensare che lo Stato italiano (o qualsiasi altro Paese contraente) si sia obbligato, con la ratifica, a riconoscere l'effetto segregativo del trust (art. 11) e, nel contempo, abbia voluto paralizzarlo con norme di diritto interno (come l'art. 2740 c.c.) astrattamente inquadrabili nelle fattispecie ostative al riconoscimento degli effetti del trust nell'ordinamento interno (artt. 15, 16, 18). Se questo fosse stato l'intento del legislatore, sarebbe stato più semplice per l'Italia non aderire alla Convenzione dell'Aja.

2.6. Deroga dell'art. 2740 Codice civile.

Dagli articoli 2 e 11 della Convenzione dell'Aja si ricava che i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee. Proprio l'effetto segregativo, sopra citato, crea particolari problematiche col codice civile, in particolare con la natura imperativa contenuta nell'art. 2740 cc. che sancisce la c.d. “responsabilità universale del debitore” (il debitore risponde con tutto il suo patrimonio presente e futuro di fronte ai suoi creditori) sicché le deroghe a tale generale posizione del debitore possono essere effettuate solo dalla legge (c.d. riserva di legge al principio della responsabilità universale del debitore). In pratica ciò significa che il debitore non può, con atto frutto della sua autonomia negoziale, circoscrivere la sua responsabilità patrimoniale, in caso di suo inadempimento, a soli determinati beni, essendo tale potere rimesso solo al legislatore che, per casi determinati, ha derogato a tale principio generale.

Alla luce di ciò, è indubbio che l'effetto segregativo, che viene a prodursi sui beni in trust, è l'effetto principale e più importante, tant'è che viene previsto addirittura nella scheletrica struttura

dell'art. 2, rappresentando una deroga all'art. 2740. E' altresì pacificamente indubbio che tale deroga ha la sua fonte in un atto negoziale del disponente, allorché istituisce un trust. A quanti ritengono che la struttura suddetta integri tout court un'arbitraria deroga all'art. 2740 c.c., manca di considerazione che tale decisione del disponente non è frutto di una sua arbitraria scelta, ma è stata previamente autorizzata dal legislatore nazionale allorché, con la legge di ratifica n.364/1989, ha dato integrale esecuzione alla Convenzione dell'Aja avente ad oggetto la istituzione di trust che producono quale effetto principale, stabilito nella Convenzione stessa, la segregazione dei beni che sono posti in trust. I beni in trust sono quindi a tutti gli effetti segregati dal patrimonio personale del trustee e non appartengono più né al patrimonio personale del disponente né, tantomeno, al patrimonio attuale dei beneficiari.

Conseguentemente, qualsiasi vicenda personale durante la vigenza del trust dovesse colpire costoro (fallimento, pignoramenti, esecuzioni o altro) non coinvolgerà i beni in trust che ne rimarranno indenni.

La stessa sentenza dei Giudici bolognesi, *ut supra*, continua affermando che la separazione dei beni in trust da quelli personali del trustee trova la sua fonte negli artt. 2 e 11 della Convenzione dell'Aja che hanno inserito nell'ordinamento una nuova forma di "proprietà e traggono direttamente forza, come forza di segregazione e la non applicabilità dell'art. 2740 c.c.”.

Il Giudice del Tribunale di Bologna, *ut supra*, sentenza cit., rileva che il fenomeno della separazione patrimoniale è ricorrente nella legislazione speciale e anche in quella "tradizionale" e tale circostanza sembra dunque smentire la portata di principio generale di ordine pubblico attribuita all'art. 2740 c.c., il quale pone come eccezionali le ipotesi di limitazione della responsabilità patrimoniale: proprio per l'univocità dei più recenti interventi del legislatore, la segregazione patrimoniale non può più essere considerata un "tabù" e, di contro, l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., non può valere come un "dogma sacro ed intangibile" del nostro ordinamento.

Il problema ha assunto diversi connotati quando si è giunti a definire il trust non più come diritto reale con contenuto "atipico", ma come "un'obbligazione non contrattuale gravante sul titolare di un diritto, avente per oggetto le forme di godimento ed il finale trasferimento del diritto a terzi, tutelata nell'ambito di un ordinamento distinto dallo *ius civile*, ma ad esso non contrapposto²⁶".

Che il trust non appartenga ad una forma o "sottoforma di diritto reale" è stato stabilito con la nota sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 17 maggio 1994, n. C-294/92 (G.L. Webb C/ L.D. Webb), la quale ha stabilito che :“L'azione volta a far constatare che una persona detiene

²⁶ M. LUPOI, "Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985", in Vita not., 1992, 966 e ss

un bene immobile in qualità di trustee e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della legal ownership non è un'azione reale ai sensi dell'articolo 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968"²⁷.

L'equilibrio storicamente formatosi tra la sfera dell'*Equity*²⁸ e quella del *common law* è uno dei segreti del successo del trust, perché ne risulta che il trustee, sino a quando non abusa della sua posizione può muoversi nel mondo delle relazioni giuridiche con quella discrezionalità e scioltezza che gli deriva dalla sua piena titolarità dei diritti a lui conferiti. Infatti, sempre nei medesimi limiti, *l'Equity* non ha motivo di intervenire ed il beneficiario non ha alcun che da pretendere, con la conseguenza che il potere di disposizione del trustee si muove incontrastato.

²⁷Cfr. sent. cit. dove ha stabilito ...Omissis.., Nel merito la *High Court* ha ritenuto che Webb figlio deteneva l'appartamento in forza di un *trust* implicito (*resulting trust*). Nel diritto inglese, si presume che chi finanzia l'acquisto di un bene a nome di un'altra persona senza che sia certa l'intenzione di compiere un atto di liberalità conservi la proprietà effettiva del bene, e che l'intestatario di quest'ultimo assuma, per quanto lo riguarda, la qualità di *trustee*. Per superare tale presunzione, Webb figlio ha sostenuto che l'appartamento gli era stato dato in donazione come anticipo dell'eredità (*presumption of advancement*). Questo argomento non ha tuttavia convinto la *High Court*, la quale ha dedotto dal fatto che Webb padre utilizzava l'appartamento, la di lui intenzione di conservare il bene per sé.

"Se l'articolo 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles debba essere interpretato nel senso che la causa registrata presso la *High Court of Justice, Chancery Division*, come Webb contro Webb 1990, W. n. 2827, rientra nella competenza esclusiva del giudice francese". Ritenendo che il criterio di applicazione dell'articolo 16, punto 1, sia dato dall'obiettivo in sostanza perseguito dall'attore, e che, Webb padre con la sua azione miri, in ultima analisi, a ottenere la proprietà dall'appartamento, Webb figlio e la Commissione sostengono che la controversia di cui alla causa principale rientra nell'articolo 16, punto 1. L'art. 16 attribuisce una competenza esclusiva in materia di diritti reali immobiliari ai giudici dello Stato contraente dove si trova l'immobile. Dalla sentenza 10 gennaio 1990, Reichert e Kockler (causa C-115-88, Racc. pag. I-27), sull'applicabilità di detta competenza esclusiva ad un'azione intentata da un creditore al fine di far dichiarare che non poteva essergli opposto un atto di disposizione su un immobile che il creditore stesso asseriva essere stato compiuto dal debitore in frode ai suoi diritti, risulta che non è sufficiente, affinché trovi applicazione l'articolo 16, punto 1, che l'azione riguardi un diritto reale immobiliare o che abbia un nesso con un immobile. Occorre che l'azione sia fondata su un diritto reale, e non su un diritto personale, salvo l'eccezione prevista per la locazione di immobili. L'azione per la quale è stato adito, nella specie, il giudice *a quo* è intesa a fare riconoscere che Webb figlio detiene l'appartamento a beneficio esclusivo del padre e che, in tale qualità, egli ha il dovere di compiere gli atti necessari per trasferirgli la proprietà dell'appartamento. Il padre non pretende di essere già fin da ora titolare di prerogative concernenti direttamente l'immobile ed opponibili *erga omnes*, ma invoca solo dei diritti nei confronti del figlio. Pertanto, la sua azione non è un'azione reale ai sensi dell'articolo 16, punto 1, della Convenzione, bensì un'azione personale. Omissis ... Orbene, come giustamente rilevato da Webb padre e dal governo del Regno Unito, la natura immobiliare e la posizione del bene detenuto in *trust* non incidono sulla configurazione della controversia di cui alla causa principale: questa si sarebbe presentata nei medesimi termini se avesse avuto ad oggetto un appartamento situato nel Regno Unito o un battello da diporto. La questione pregiudiziale sollevata deve pertanto essere risolta nel senso che l'azione volta a far constatare che una persona detiene un bene immobile in qualità di *trustee* e ad ottenere che le sia ingiunto di compiere gli atti necessari affinché l'attore diventi titolare della *legal ownership* non è un'azione reale ai sensi dell'articolo 16, punto 1, della Convenzione.

²⁸In tal senso Emanuela MARÈ commento alla sentenza della Corte di giustizia CEE 17/05/1994, n C-294/92 in Corriere Giuridico n 2/1995. L'autrice sostiene che *L'Equity* nasce come supporto al Diritto Comune, per sopperire alle sue deficienze e alla sua rigidità. Caratteristica dell'*equity* è ricercare la verità piuttosto che le forme, essa si ispira ai principi del diritto canonico da cui trae la propria origine: onestà, coscienza e buona fede. I rimedi equitativi svolgono la loro efficacia "*in personam*", in quanto ingiungono di tenere un comportamento determinato pena la minaccia di una sanzione, che può essere pecuniaria, ma può anche incidere sulla libertà personale.non è di una contrapposizione tra due tipi di proprietà che si tratta, bensì dell'imposizione su un soggetto, titolare di un diritto, di un'obbligazione prevista da norme di *Equity*, attraverso la quale si garantiscono i diritti del beneficiario o il perseguimento dello scopo del *trust*.

