

1. Introduzione

Il tema dell'impatto della problematica del trust sulla operatività bancaria è stato oggetto di attenzione da parte del sistema creditizio italiano sia in relazione alle sollecitazioni che in questo senso giungono dall'evoluzione delle prassi internazionali (filtrate dalla operatività delle filiali all'estero), sia in ragione dell'attenzione che al tema ha dedicato la recente dottrina nazionale, anche alla luce della ratifica che il legislatore ha operato, con legge n. 364/1989, della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 "sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento"¹.

Rendendosi interprete di questo rinnovato interesse, l'Associazione Bancaria Italiana ha approfondito il tema in parola nei suoi profili operativi attraverso l'ausilio di un apposito gruppo di lavoro interbancario e, sotto l'aspetto scientifico, giovandosi della collaborazione della Consulta per il trust, associazione volta all'approfondimento dell'istituto in esame, alla quale partecipano fra l'altro, oltre all'ABI, istituzioni universitarie ed ordini professionali.

Con questi presupposti, l'indagine svolta ha inteso in primo luogo individuare la nozione di trust ai sensi della *common law* e l'ambito di operatività dell'istituto nel contesto delle operazioni finanziarie internazionali al fine di

¹ AA.Vv., *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Milano, 1991; A. Busato, "La figura del trust negli ordinamenti di common law e di diritto continentale", in *Riv. dir. civ.*, 1992, II, p. 309; E. Corso, "Trust e diritto italiano: un primo approccio", in *Quadrimestre*, 1990, p. 496; L. Fumagalli, "La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato italiano", in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 533; A. Gambaro, "Il 'trust' in Italia ed in Francia", in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di P. Cendon, Milano, 1994, I, p. 495; Id., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, pp. 628-650; A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), "Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento", in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1211; R. Lenzi, "Operatività del trust in Italia", in *Riv. not.*, 1995, p. 1379; C. Licini, "Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di 'fiducia anglosassone' (trust)", in *Riv. not.*, 1996, p. 129; M. Lupoi, "Trust e sistema italiano: problemi e prospettive", in AA.Vv., *Fiducia*, cit., p. 101; Id., "Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985", in *Vita not.*, 1992, p. 975; Id., "Il trust amorfo", in *Vita not.*, 1995, p. 51; Id., *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994; Id., "La sfida dei trusts in Italia", in *Corr. giur.*, 1995, p. 1205; Id., voce "Trusts", in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1996; Id., *Trusts*, Milano, 1996 (ed. provv.); Id., "Lettera a un notaio curioso di trusts", in *Riv. not.*, 1996, p. 343; M. C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 997; U. Morello, "Fiducia e trust: due esperienze a confronto", in *Quadrimestre*, 1990, p. 251 (e in AA.Vv., *Fiducia*, cit., p. 17); P. Piccoli, "Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja", in *Riv. not.*, 1995, p. 37; P. Piccoli, E. Corso, M. Dolzani, "La trascrizione degli atti riguardanti trusts", in *Riv. not.*, 1995, p. 1389; si segnala altresì che oltre trenta saggi di notevole interesse sono ora raccolti in AA.Vv., *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996.

valutare le potenzialità operative che esso presenta. Dopo questa fase introduttiva, si è soffermata l'attenzione sul contenuto della menzionata Convenzione e sugli effetti che la stessa è in grado di produrre sul riconoscimento del trust da parte dell'ordinamento italiano. Così chiarito il quadro di riferimento normativo, sia nazionale che internazionale, la ricerca effettuata ha inteso verificare singole operazioni bancarie in cui può essere coinvolto il trust come delineato dalla predetta Convenzione dell'Aja, muovendo dalle più semplici per arrivare alle più complesse, valutando per ognuna di esse le reazioni dell'ordinamento, cioè valutando se il riconoscimento dell'istituto può essere consentito.

In questo progredire di difficoltà, si è pervenuto anche ad ipotesi operative nelle quali il riconoscimento del trust risulta impedito dall'esistenza di principi inderogabili o di disposizioni fiscali, la cui rimozione rende ineludibile un intervento legislativo: un simile modo di procedere riesce quindi utile anche a individuare in maniera specifica il contenuto di una futura legge, circostanziando al meglio il ricorso al Parlamento. Del resto il ricorso al legislatore in materie siffatte deve essere sempre molto ben ponderato, essendo noto che un intervento legislativo in tanto risulta efficace in quanto nasca da esigenze sentite dalla prassi, e non soltanto da considerazioni di astratto dogmatismo.

In altri termini, si è voluto esaminare nel concreto fino a qual punto risulti possibile potre in essere legittimamente operazioni bancarie in cui sia coinvolto un trust alla luce del vigente ordinamento nazionale e, per contro, quali siano invece quelle la cui pratica attuazione postula necessariamente una modifica legislativa di carattere sostanziale o fiscale: si è trattato quindi di individuare i limiti di operatività con banche italiane di trusts retti da leggi di paesi che disciplinano istituti della specie e suscettibili di riconoscimento ai sensi della Convenzione dell'Aja.

L'itinerario di ricerca seguito non risulta in conflitto con un'altra tendenza che pure si registra nei più recenti studi in tema di trust: quella volta a verificare se e in quale misura le finalità proprie di questo istituto possano essere soddisfatte facendo ricorso a strumenti noti all'ordinamento nazionale, ad esempio articolando meglio il concetto di fiducia e di intestazione fiduciaria². Infatti tali approfondimenti – che possono definirsi come finalizzati a esplorare una “via italiana” verso il trust – risultano, da un lato, utili a circoscrivere meglio l'ampiezza da attribuire e gli effetti da assegnare a una eventuale disci-

² Si veda in questa linea E. Corso, “Trust e diritto italiano: un primo approccio”, cit., passim; U. Morello, “Fiducia e trust”, cit., passim.

plina domestica dell'istituto anglosassone in discorso e, dall'altro, ne agevolano l'introduzione laddove si accertasse che almeno alcune finalità proprie del trust sono già raggiungibili nel nostro ordinamento e perciò senz'altro lecite.

D'altra parte, non pare dubbio che l'espandersi dei mercati renda difficilmente evitabile l'ipotesi che un *trustee* che voglia far valere il proprio trust in Italia in base alla Convenzione dell'Aja e nei limiti della stessa, indipendentemente dalla capacità che l'ordinamento italiano sarà in grado di mostrare per raggiungere in modo "domestico" gli obiettivi propri del trust: ben venga quindi, se possibile, una "via italiana", ma insieme ad essa ben venga anche la capacità delle banche italiane di utilizzare al meglio le potenzialità derivanti dalla ratifica della menzionata Convenzione ai fini di un'effettiva e concorrenziale operatività in Italia dei trusts di diritto straniero.

Del resto, l'approccio metodologico prescelto, esaminando caso per caso le singole fattispecie e verificando se e in quale misura sarà possibile il loro inserimento nell'ordinamento, è in grado altresì di verificare la concreta operatività dei trusts retti da leggi straniere in Italia e, nel contempo, la loro capacità a raggiungere risultati non ottenibili con altri strumenti.

I primi risultati dell'indagine effettuata secondo i criteri ora illustrati sono riportati nelle considerazioni che seguono, le quali pongono in evidenza una serie di operazioni che coinvolgono trusts riconosciuti ai sensi della Convenzione dell'Aja e che possono essere proposte all'attenzione degli operatori senza necessità di modifiche legislative. Conviene avvertire subito che si tratta di operazioni ricorrenti, ma la cui tipologia risulta limitata, sicché in prospettiva appare difficile evitare il ricorso al legislatore, se si vuole significativamente ampliare l'ambito di utilizzo dell'istituto in discorso; ad esempio, due operazioni che nei paesi anglosassoni sono agevolmente e frequentemente realizzate attraverso trusts, cioè la raccolta di risparmio e la gestione di patrimoni mobiliari, non appaiono attivabili per la presenza, nell'ordinamento italiano, della riserva di legge attribuita per dette attività a banche e ad imprese di investimento.

Tuttavia, si ritiene che, pur nei limiti evidenziati, l'avvio di una concreta operatività nel senso indicato gioverebbe a una più ampia diffusione dell'istituto in parola presso il sistema bancario e finanziario e a una migliore individuazione delle utilità che esso può comportare, circostanza che appare indispensabile per addivenire poi a scelte legislative consapevoli ed efficaci.

2. Il trust nell'esperienza di *common law*

Prima di affrontare l'esame della Convenzione dell'Aja – intorno alla quale, come accennato, ruotano gli approfondimenti operativi compiuti – è opportuno fornire brevi cenni sulla struttura e sul ruolo che il trust riveste nell'ambito dei paesi anglosassoni³, avvertendo subito che si tratta di indicazioni sintetiche e meramente orientative, posto che anche nell'ambito dell'area di *common law* l'istituto in parola conosce molteplici definizioni e diversificate discipline legislative⁴.

Il *trust*, destinato a svolgere – nei paesi di *common law* – una molteplicità di funzioni, può essere definito come un “congegno” per mezzo del quale la proprietà su un determinato bene è divisa tra una persona, chiamata *trustee*, che ha i diritti ed i poteri di un proprietario (*legal owner*), e un altro soggetto, il *beneficiary*, al cui esclusivo vantaggio devono essere usati questi poteri (*equitable owner*)⁵.

Ponendosi dal punto di vista del giurista continentale, gli aspetti più peculiari di tale istituto possono essere individuati nei principali effetti del trust nei confronti dei terzi e, secondariamente, nell'assetto dei rapporti tra *trustee* e *beneficiary*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va precisato che i terzi creditori del *trustee* non possono rivalersi sui beni oggetto del trust in quanto tale patrimonio è sottoposto a un vincolo di destinazione e separazione nell'interesse del beneficiario. Con riferimento alla posizione del beneficiario in relazione ai terzi e in particolare agli aventi causa dal *trustee*, vige il principio in base al quale è pienamente tutelato nei suoi diritti chi, contrattando con un *trustee*, acquista un diritto sulla *trust property* a titolo oneroso e in buona fede⁶. Ove queste condizioni non sussistano, nel conflitto di interessi tra acquirente in malafede e beneficiario prevarrà quest'ultimo, il quale rimarrà titolare dei beni nella forma del cosiddetto *constructive trust*⁷ con amministrazione affidata

³ Per la storia dell'istituto cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971.

⁴ Per queste ultime cfr. la completa e utile raccolta curata da M. Lupoi, *Trust Laws of the World: A Collection of Original Texts*, Roma, s.d.

⁵ A. Busato, “La figura del trust negli ordinamenti di *common law* e di diritto continentale”, cit., p. 309. Le espressioni riportate nel testo hanno sovente tratto in inganno la dottrina civilistica, che ha pensato trattarsi di due diritti reali, privi di corrispondenza negli ordinamenti di *civil law*. Di qui una resistenza concettuale alla comprensione dei *trusts*, che si è sopita solo dopo che la dottrina comparatistica ha mostrato come il tema vada posto in termini non già di diritti, ma di tutela: cfr. le opere di M. Lupoi e A. Gambaro, citate nella nota 1.

⁶ Si tratta della *bona fide purchaser doctrine*.

⁷ È questo un *trust* di creazione giudiziale posto in essere per eliminare le conseguenze di un indebito arricchimento: cfr. M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., pp.17-18.

al terzo acquirente nella qualità di nuovo *trustee*.

In relazione ai rapporti intercorrenti fra *trustee* e beneficiario, il principale dovere del *trustee* è quello di amministrare i beni secondo quanto stabilito nel negozio istitutivo del trust, comportandosi secondo il canone – facilmente assimilabile a quello del “buon padre di famiglia” vigente nei paesi romanistici – del *prudent man*. Di converso, tra i diritti del *trustee* nei confronti del beneficiario rileva particolarmente quello di essere tenuto indenne delle spese sostenute in relazione al trust nonché quello di ottenere un ragionevole compenso per i servizi prestati.

Quanto ai requisiti formali, il negozio istitutivo del trust privato⁸ non necessita di per sé della forma scritta; al contrario, il negozio che trasferisce l'oggetto del trust al *trustee* è assoggettato alle ordinarie prescrizioni formali attinenti il bene o diritto trasferito. Tale distinzione, pur rivelandosi spesso irrilevante nella pratica ponendosi in essere un unico negozio giuridico che istituisce il trust e opera il trasferimento, evidenzia tuttavia, dal punto di vista teorico, i due diversi piani su cui incidono rispettivamente le regole di *equity* e di *common law*⁹.

L'istituto così brevemente esaminato gode di una diffusione capillare nei paesi di *common law* essendo uno strumento semplice e poco oneroso per dissociare il godimento della ricchezza dalla gestione e disposizione dei beni. Infatti, oltre che per finalità di tipo più tradizionale cui sono diretti i trusts di destinazione di un patrimonio familiare o quelli con scopo morale¹⁰, particolare rilievo hanno assunto i cosiddetti *business trusts* largamente utilizzati per operazioni commerciali o finanziarie e i *pension trusts* con finalità previdenziali.

Al contrario, la circolazione di tale modello giuridico all'interno degli ordinamenti di *civil law* è stata di fatto impedita – essenzialmente – da una concezione diversa del diritto di proprietà. Questi ordinamenti, infatti, riallacciandosi al sistema delineato dal *Code Napoleon*, sono per lo più orientati nel senso di definire il diritto di proprietà come diritto di godere e disporre in modo pieno ed esclusivo del bene: situazione questa non riscontrabile nel complesso delle posizioni soggettive che caratterizzano rispettivamente il *trustee* e il beneficiario. In ogni caso, la posizione del *trustee* e del *beneficiary* sa-

⁸ Per trust privato si intende quello costituito per libera scelta da un soggetto privato: esso si contrappone ai trusts di derivazione pubblica, imposti o comunque regolamentati dalla legge quale è, ad esempio, il *constructive trust*.

⁹ Sul punto M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 113, nonché G. Borio, “Il trust: problemi aperti”, in *Comm. internaz.*, 1993, p. 874.

¹⁰ Trattasi dei cosiddetti *income trust* e *charitable trust*.

rebbero caratterizzate entrambi da elementi di realtà che appaiono difficilmente conciliabili con il principio di tipicità dei diritti reali presente negli ordinamenti romanistici, se non se ne apprezza l'appartenenza, come sopra accennato, ai diversi piani dell'*equity* e della *common law*¹¹. Di qui il ricorso, da parte della dottrina, a strumenti giuridici "domestici", ritenuti in grado di pervenire a risultati in qualche modo analoghi a quelli perseguiti dal trust, quali la fondazione, il mandato senza rappresentanza, il contratto a favore di terzi, il negozio fiduciario nella forma della *fiducia cum amico* o – per quanto riguarda la dottrina tedesca – della fiducia cosiddetta germanistica¹².

Anche se non è questo il luogo per diffondersi sullo specifico tema della presunta inaccettabilità (per il diritto italiano) di una duplice proprietà sullo stesso bene conferito in trust, non può trascurarsi che invero, dalla dottrina più recente, sia stato rilevato come "derivare direttamente dagli idiomi la conclusione dualistica, è apodittico, perché si trascura il fatto che nomi che in diverse lingue si traducono allo stesso modo nel parlare comune, non necessariamente denominano identiche situazioni nel parlare scientifico"¹³. La qualificazione del trust in termini di diritto reale va effettuato sottintendendo che la realtà del diritto del beneficiario nell'ambito della *common law* non è identificata nella categoria del diritto reale inteso nel senso della *civil law*, "ma è usata per indicare che alcune caratteristiche del diritto del beneficiario possono essere in qualche parte avvicinate ad alcune caratteristiche tipiche dei diritti reali, quali lo *ius sequelae* e la tutela reale nei confronti dei terzi"¹⁴.

Del resto, concludendo sul punto, non può non rilevarsi come recentemente la Corte di Giustizia delle Comunità europee abbia avuto modo di precisare che l'unico diritto reale sui beni in trust è quello attribuito al *trustee*¹⁵; "di diritto reale se ne vede, nel trust, uno solo, quello del *trustee*; se

¹¹ Cfr. M. Lupoi, voce *Trusts*, cit.

¹² È opportuno chiarire che il negozio fiduciario conosciuto nel nostro ordinamento – fiducia cosiddetta romanistica – si caratterizza in modo diverso dall'analogo istituto disciplinato dal diritto tedesco. Mentre, infatti, la fiducia romanistica importa il *trasferimento in proprietà* di un bene dal fiduciante al fiduciario con l'obbligo, comunque, a carico di quest'ultimo di ritrasferire la proprietà del bene a semplice richiesta, nella fiducia germanistica il negozio è costruito come *attribuzione della mera legittimazione all'esercizio del diritto* che permane in capo al fiduciante (§185 BGB). Per un'approfondita trattazione del rapporto tra fiducia e trust si veda U. Morello, "Fiducia e trust", cit., 239, ss.

¹³ C. Licini, "Una proposta per strutturare in termini monistici", cit., p. 129.

¹⁴ Ivi, p. 128, con bibliografia.

¹⁵ Corte di Giustizia delle Comunità europee, 17 maggio 1994 (in causa C-294/92), riportata in appendice a M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., p. 293, e pubblicata in *Corr. giur.*, 1995, p. 162,

ne deve vedere uno solo, perché l'*equity* proprio per questo può intervenire, per tutelare chi (l'originario disponente od i beneficiari) diritti reali non può vantare. Se potesse vantarli, ci penserebbe la *common law* a proteggerli¹⁶; la posizione dei beneficiari quindi, nell'*equity*, è quella, per usare una terminologia civilistica, di creditori del *trustee*.

3. La Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985

3.1 - Nell'ambito della XV Sessione della Conferenza dell'Aja, è stata elaborata una Convenzione, firmata il 1° luglio 1985 da 32 paesi, avente ad oggetto la legge applicabile ai trusts e il loro riconoscimento al fine di promuovere la diffusione del concetto e del valore giuridico di tale istituto anche in quei paesi in cui questo non sia previsto dalla legge. Tale Convenzione supera le incertezze che possono sorgere nei paesi di tradizione giuridica continentale circa gli effetti di trusts costituiti al loro interno, e predispone regole di conflitto idonee a risolvere i problemi relativi alla loro validità.

L'Italia ha ratificato la Convenzione con la legge del 16 ottobre 1989, n. 364¹⁷, insieme agli inglesi e agli australiani; ciò ne ha consentito l'entrata in vigore dal 1° gennaio 1992¹⁸. Tale adesione ha comportato per il nostro Paese l'impegno a riconoscere, nei termini stabiliti dalla suddetta Convenzione, l'istituto del trust – altrimenti estraneo al sistema giuridico italiano – come disciplinato negli ordinamenti che lo prevedono¹⁹.

Al fine di rilevare quali conseguenze – sul piano degli strumenti giuridici a disposizione degli operatori – siano derivate nell'ordinamento nazionale, appare opportuno procedere a un'analisi dell'articolato della Convenzione, avendo riguardo alle disposizioni maggiormente rilevanti.

con commento di E. Marè, "Trust e scissione del diritto di proprietà", nonché in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1529, con nota di G. Contaldi, "La Convenzione di Bruxelles e il trust: brevi note sull'interpretazione dell'art. 16.1 conv".

¹⁶ M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 976.

¹⁷ Pubblicata nel supplemento ordinario alla *Gazzetta Ufficiale* n. 261 dell'8 novembre 1989, unitamente a una traduzione non ufficiale della Convenzione.

¹⁸ Ai sensi dell'art. 30, comma 1, della Convenzione l'entrata in vigore della stessa è subordinata al deposito degli strumenti di ratifica da parte di tre paesi: tale condizione si è verificata nel corso del 1991 con l'adesione dell'Australia, rendendone quindi possibile il prodursi degli effetti a partire dall'inizio dell'anno successivo.

¹⁹ Va rilevato che l'Italia ha rinunciato ad avvalersi della riserva di cui all'art. 21 della Convenzione

3.2 - La Convenzione si compone di cinque capitoli: il primo (artt. 1-5) delinea il campo di applicazione della normativa; il secondo (artt. 6-10) indica i criteri di determinazione della legge applicabile; il terzo (artt. 11-14) precisa le conseguenze del riconoscimento; il quarto (artt. 15-25) e il quinto (artt. 26-32) contengono disposizioni circa le eventuali eccezioni all'applicazione della Convenzione e le sue modalità di ratifica e di entrata in vigore.

Chiarite all'art. 1 quali siano le concrete finalità della Convenzione, l'art. 2 definisce il trust come il rapporto giuridico istituito da un soggetto – con atto tra vivi o *mortis causa* – in base al quale dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico, e ne indica come caratteristiche essenziali: *a)* la separazione della *trust property* dai beni personali del *trustee*; *b)* l'intestazione in capo al *trustee* dei beni oggetto del trust, nonché *c)* l'attribuzione a quest'ultimo dell'amministrazione del trust secondo i termini da questo stabiliti e le disposizioni di legge. Oggetto della disciplina sono gli *express trusts* comprovati per iscritto²⁰ e – come detto sopra – istituiti nell'interesse di un beneficiario (*private trusts*) o per la realizzazione di un fine specifico²¹.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo in esame, “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”²².

L'esame delle disposizioni contenute nell'art. 2 fa emergere come si sia inteso fornire dell'istituto non una definizione vera e propria, bensì una mera descrizione che individui le caratteristiche che debbono ricorrere affinché si rientri nell'ambito di applicazione della Convenzione. Laddove un istituto – pur essendo definito come trust – non rispetti le caratteristiche sopra indicate, esso non sarà oggetto di regolamentazione da parte della normativa in esame²³. Nell'ambito dei lavori preparatori molti delegati si opposero all'idea di

ne in base al quale il riconoscimento avrebbe potuto essere limitato ai soli trusts regolati dalla legge degli Stati contraenti.

²⁰ L'art. 3 stabilisce espressamente che “la Convenzione si applica solo ai trusts costituiti volontariamente e comprovati per iscritto”.

²¹ Un trust non deve necessariamente avere un beneficiario; i *charitable trusts* non hanno beneficiari e in molti ordinamenti di *common law* i trusts di scopo sono ammessi con larghezza; cfr. M. Lupoi *Introduzione ai trusts*, cit., pp. 123-124.

²² Parte della dottrina preferisce impiegare il termine “disponente” allo scopo di evitare confusione con la costituzione di persone giuridiche; conseguentemente, in luogo di “costituzione” di un trust, impiega “istituzione” di un trust: così M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., passim.

²³ M.C. Malaguti, “Il futuro del trust in Italia”, cit., pp. 991-992. L'autrice fa riferimento in

una definizione in senso proprio dell'istituto, in quanto trovarne una sulla quale convergessero i consensi di tutti sarebbe stato notevolmente difficile, considerando i vari tipi di trust e le numerosissime e divergenti definizioni offerte dagli stessi autori di *common law*²⁴. Ne è risultata, quindi, non tanto una disposizione con efficacia prescrittiva, quanto una mera enumerazione di alcune delle caratteristiche del trust. Peraltro, come è stato osservato, un rapporto giuridico è definibile trust, per i fini della Convenzione, tutte le volte che esso, da qualunque legge sia regolato, possenga i connotati elencati nell'art. 2; di conseguenza, numerosi istituti di ordinamenti civilistici sono trust e debbono essere riconosciuti come tali dagli Stati aderenti alla Convenzione. Per esempio, secondo questa dottrina (che definisce "amorfo" il trust di cui all'art. 2 della Convenzione), sono trusts, in diritto italiano, le gestioni patrimoniali affidate alle Sim²⁵.

Circa la legge applicabile, la regola generale dispone che il trust è disciplinato dalla legge scelta dal costituente (art. 6). Qualora il soggetto che pone in essere il trust non indichi la legge da applicare o scelga quella di un paese che non prevede una specifica normativa sull'istituto, il trust sarà regolato dalla legge con la quale ha "più stretti legami", determinata tenendo conto in particolare: *a)* del luogo di amministrazione del trust; *b)* dell'ubicazione dei beni; *c)* della residenza o domicilio del *trustee*; *d)* degli scopi del trust e dei luoghi dove essi devono realizzarsi (art. 7).

I requisiti necessari per individuare i "più stretti legami" sono stati ritenuti in dottrina fonte di possibili incertezze: essi infatti sono tra loro concorrenti e non risolvono il problema che si viene a creare qualora un trust presenti un legame di pari intensità con più Stati, mancando un ordine di priorità in grado di guidare l'interprete nella risoluzione della questione. Si ribadisce peral-

particolare a quegli istituti, generalmente assimilati al trust, che non presentano però tali caratteristiche e che derivano dagli ordinamenti di alcuni paesi di *civil law* che hanno recepito detto modello giuridico nei loro ordinamenti modificandolo profondamente: ad esempio, è questo il caso del Messico, del Québec e del Liechtenstein. Sul tema si veda anche S. Bruno, "La circolazione del trust nei paesi di civil law: l'esperienza del Sud Africa", in *Corr. giur.*, 1996, p. 346, ss.

²⁴ In merito alla soluzione scelta infine nel testo della Convenzione, si è sottolineato come "la definizione della legge israeliana del 1979 [Israele è un paese dell'area *civil law*] è quella che si colloca più vicino alla definizione convenzionale [...] e questo dimostra che la Convenzione ha cercato un linguaggio il meno possibile legato alla terminologia tipica del trust negli ordinamenti di provenienza": cfr. M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., p. 128.

²⁵ La scelta definitoria operata dall'art. 2 non coglie appieno l'essenza del trust, ricomprendendo sotto questa espressione concerti giuridici profondamente diversi e finendo per creare un "trust sostanzialmente amorfo": cfr. M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., p. 129, nonché Id., "Il trust amorfo", cit., p. 51, ss.

tro che il problema in esame si pone solo ove nell'atto istitutivo non sia indicata la legge applicabile. A quest'ultimo proposito va tenuto altresì presente che la scelta della legge cui sottoporre la regolamentazione del trust ha una particolare rilevanza, ove si consideri che ciascuno Stato offre una normativa propria dell'istituto con sfumature ed aspetti peculiari che non possono non essere presi in considerazione dal disponente²⁶.

Poiché i trusts possono durare per periodi molto lunghi, è possibile che col tempo le parti interessate (disponente, *trustee*, *beneficiary*), intendano modificare la legge applicabile ovvero – nel caso si ricorra ai criteri indicati nell'art. 7 – la stessa legge cambi in forza di un mutamento delle circostanze di fatto. Le condizioni alle quali è consentito modificare la legge regolatrice variano però sostanzialmente da un ordinamento all'altro: è pertanto necessario innanzitutto determinare la legge in base alla quale deve essere accertata l'ammissibilità di una simile modifica. L'art. 10 risolve questo problema precisando che spetta alla legge applicabile al trust regolamentare la propria sostituzione²⁷.

Dopo aver indicato i criteri di collegamento da utilizzare per determinare la legge regolatrice del trust, la Convenzione si preoccupa di definire l'ambito di applicazione della legge designata. L'art. 8, comma 1, precisa infatti che tale legge disciplina la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del trust; segue, al comma 2, un'elencazione esemplificativa di tali questioni.

Scopo della norma summenzionata è chiarire che tutte le questioni che possono essere ricondotte alle categorie indicate debbono essere regolate dalla legge applicabile al trust in virtù dei criteri convenzionali. In tal modo viene esclusa la sottoposizione di quelle questioni ad altre leggi quali, ad esempio, la legge nazionale o quella del domicilio del *trustee*. Ciò non importa, tuttavia, che tutte le questioni siano necessariamente sottoposte alla medesima legge: l'art. 9 ammette infatti in modo esplicito il frazionamento della disciplina del trust e la regolamentazione da parte di leggi diverse di aspetti che possono essere trattati separatamente²⁸.

Ai sensi dell'art. 11, primo periodo, il trust viene riconosciuto come tale, secondo la definizione dettata dalla Convenzione in commento, qualora sia posto in essere in conformità alla legge scelta dal disponente o a quella deter-

²⁶ E. Corso, "Trust e diritto italiano: un primo approccio", cit., pp. 521-522.

²⁷ Si vedano in proposito le considerazioni di A. Saravalle, "Commento all'art. 10 della Convenzione", in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), "Convenzione relativa alla legge sui trusts", cit., p. 1265.

²⁸ Si tratta di un'applicazione, all'interno della Convenzione, del cosiddetto metodo del *dépeçage* finora prevalentemente utilizzato in materia contrattuale: così A. Saravalle, "Commento agli artt.

minata in base ai criteri indicati nell'art. 7.

Il riconoscimento comporta due ordini di effetti²⁹. Innanzitutto, esso “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 ad un notaio o altra persona che rappresenti un'autorità pubblica” (art. 11, comma 1).

Un secondo gruppo di effetti – individuati dal secondo comma dell'articolo in esame – ricomprende, invece, alcune caratteristiche ulteriori che devono essere riconosciute nella misura in cui siano contemplate nella legge da applicare al trust stesso. Tali caratteristiche consistono nella sottrazione della *trust property* alle ragioni dei creditori del *trustee* (lett. a e b), nell'escluderla dal regime matrimoniale o dalla successione dei beni del *trustee* (lett. c) e nel permetterne la rivendicazione nel caso in cui il *trustee* abbia confuso i beni del trust con i propri (lett. d)³⁰.

Da ultimo, si specifica – sempre *sub* lett. d) – che “gli obblighi di un terzo possessore dei beni del trust rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro”. La disposizione prende in considerazione il caso in cui l'abuso di potere del *trustee* si concretizzi in un atto di disposizione dei beni in trust. Laddove si verifichi un simile evento, si dovranno tenere presenti le ragioni del terzo che potrebbe avere acquistato il bene nell'ignoranza che l'oggetto del suo acquisto facesse parte di una massa separata di beni, conferita in gestione al suo *dante causa*. In questa situazione, la normativa in parola ha ritenuto di rinviare – per quanto riguarda diritti ed obblighi del terzo possessore – alla legge indicata dalle regole di conflitto del foro, considerando prioritaria la necessità di rispettare la disciplina che ogni singolo stato appresta ai problemi inerenti al trasferimento a terzi del titolo, in via onerosa o gratuita, su beni mobili o immobili.

Ai sensi dell'art. 12, il *trustee* è legittimato a trascrivere l'esistenza del trust nei registri immobiliari o dei mobili registrati di uno Stato contraente, salvo che ciò sia incompatibile o vietato dalla legislazione del luogo dove la forma-

8 e 9 della Convenzione”, in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), “Convenzione relativa alla legge sui trusts”, cit., p. 1257, ss.

²⁹ In ordine agli effetti e ai limiti del riconoscimento si veda in particolare M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 419, ss.

³⁰ In questo comma è riportata la disciplina del classico trust angloamericano, la cui finalità consiste nel permettere al *trustee* di amministrare effettivamente la *trust property* e, soprattutto, nel salvaguardare convenientemente gli interessi del beneficiario (cfr. A. Busato, “La figura del trust”, cit., p. 336).

lità deve essere compiuta. La norma ha notevole rilevanza in quanto “punto di collisione o cerniera tra la legge straniera che regola la costituzione e la validità del trust e il diritto interno destinato a ricevere l’impatto degli effetti dell’istituto”³¹. In particolare si è sottolineato come – nei paesi di diritto romanistico – i divieti e le incompatibilità richiamate nell’articolo potrebbero impedirne qualsiasi applicazione paralizzando di fatto l’operatività della Convenzione³². Inoltre, anche senza arrivare a tanto, sorgono comunque “alcune perplessità circa le modalità in cui tecnicamente sarà effettuata tale trascrizione, data la peculiare struttura dell’istituto determinata dalla contrapposizione tra il *legal title* del *trustee* e l’*equitable interest* del beneficiario”³³.

3.3 - Di notevole importanza – ai fini che qui interessano – appare il disposto dell’art. 13 della Convenzione. La norma in parola introduce un limite all’obbligo di riconoscimento affermato in via generale dall’art. 11, consentendo di rifiutarlo quando il trust, in forza dei suoi elementi significativi – ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee* – sia più strettamente collegato ad uno Stato la cui legge non contempli l’istituto del trust o la categoria del trust in questione, che non allo Stato la cui legge sia applicabile in forza delle disposizioni convenzionali.

L’interpretazione dell’art. 13 è caratterizzata in dottrina da due principali indirizzi. Secondo quello che ha raccolto da principio il maggior numero di consensi, alla base della norma si pone la riflessione che la Convenzione dell’Aja “rimane una convenzione in tema di conflitti di leggi e non ha affatto inteso trasformarsi in una convenzione di diritto uniforme”. Lo sforzo dei vari comitati che hanno predisposto il testo “è stato quindi uniformemente diretto ad evitare che in conseguenza della adesione alla convenzione il trust divenisse strumento a disposizione della pratica degli affari in un paese non trust”. Ciò è avvenuto per due diverse ragioni: “anzitutto perché un simile risultato era al di fuori delle funzioni statutarie della *Conférence de la Haye* e dei poteri dei delegati. In secondo luogo, perché era evidente [...] che il trust non può

³¹ Così M. C. Pagni, “Commento all’art. 12 della Convenzione”, in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), “Convenzione relativa alla legge sui trusts”, cit., p. 1274.

³² M. C. Pagni, *op. cit.*

³³ E. Corso, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, cit., p. 522. In tema di trascrizione si veda altresì P. Piccoli, E. Corso, M. Dolzani, “La trascrizione degli atti riguardanti trusts”, cit., p. 1389, ss.

collocarsi nel vuoto normativo: ma ciò sarebbe stato esattamente quanto sarebbe avvenuto se il meccanismo del trust fosse stato surrettiziamente importato in paese non trust³⁴. Va sottolineato che la norma si basa su un dato obiettivo e prescinde dall'intenzione – fraudolenta o meno – delle parti di sfuggire alle disposizioni della legge “naturalmente” applicabile, sottoponendo “artificialmente” la fattispecie ad altra legge, ritenuta più favorevole³⁵. Il giudice chiamato a decidere sul problema gode, inoltre, di un notevole potere discrezionale sia in ordine all'individuazione degli elementi significativi che esprimono l'appartenenza di una determinata fattispecie ad un dato ordinamento, sia in ordine alla valutazione dell'intensità del collegamento del caso con l'ordinamento che non conosca il trust, richiesta al fine di far venire meno l'obbligo di riconoscimento.

Il secondo indirizzo, al quale hanno aderito gli scrittori più recenti, muove dalla illimitata libertà che la Convenzione concede nella scelta della legge regolatrice del trust e, analizzando i lavori preparatori, giunge alla conclusione della generale libertà di istituire trusts anche da parte di soggetti appartenenti a ordinamenti che “non conoscono il trust”. L'art. 13 è allora considerato una norma di chiusura indirizzata al giudice³⁶.

In altri termini, la Convenzione non può essere considerata soltanto come uno strumento di diritto internazionale privato che consente il riconoscimento in Italia di trusts istituiti all'estero, dovendosi invece affermare che essa permetta altresì l'istituzione in Italia di trusts secondo lo schema e nel quadro degli effetti disciplinati dalla medesima: “d'altra parte, se si ammettesse che un determinato effetto pratico riferito a beni esistenti in Italia può essere conseguito da uno straniero e non da un cittadino ovvero da quest'ultimo solo in quanto costituisca all'estero la struttura giuridica destinata ad operare nel nostro sistema, sarebbe evidentemente vulnerato un limite di costituzionalità, mancando ogni giustificazione di ragionevolezza perché un determinato ambito di efficacia, che pur si riconosce attuabile nel nostro paese, lo sia in un caso e non nell'altro. Senza dire che i problemi di compatibilità con istituti del nostro ordinamento

³⁴ Le citazioni riportate in questo capoverso sono tratte da A. Gambaro, “Il ‘trust’ in Italia ed Francia”, cit., p. 502.

³⁵ L. Fumagalli, “Commento all'art. 13 della Convenzione”, in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), “Convenzione relativa alla legge sui trusts”, cit., p. 1283.

³⁶ M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., pp. 148-153; Id., *Trusts*, cit., cap. VI, e dottrina ivi riportata. Anzi, l'art. 13 sarebbe “una norma che si rivolge agli Stati [cfr. C. Jauffret, D.J. Sinosi, “La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (1^{er} juillet 1985)”,

si porrebbero anche rispetto ad istituti la cui efficacia venisse riconosciuta in funzione di un criterio di riferimento di segno internazionalprivatistico³⁷.

Il capitolo quarto della Convenzione si apre con l'art. 15, in base al quale è stabilito che il sistema previsto dalla normativa in oggetto in materia di trust non possa precludere l'applicazione delle disposizioni imperative appartenenti alla legge cui rinviano le regole di conflitto vigenti nell'ordinamento del foro adito dalle parti. L'articolo specifica che per disposizioni imperative debbono intendersi quelle cui le parti non possono derogare mediante una manifestazione di volontà e che assumono rilevanza solamente per effetto dell'intermediazione delle regole di conflitto. A scopo esemplificativo e al fine di assicurare uniformità nell'interpretazione della norma, l'art. 15 elenca taluni settori all'interno dei quali individuare le disposizioni inderogabili: si tratta, in particolare, della protezione di minori e incapaci, dei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi, della materia successoria e testamentaria, del trasferimento di proprietà e delle garanzie reali, della protezione dei creditori e del terzo in buona fede.

Al fine di attenuare il rischio che tale disposizione interpretata troppo estensivamente impedisca alla Convenzione di operare negli ordinamenti di *civil law*, il secondo comma dell'art. 15 precisa che, al ricorrere delle situazioni summenzionate, il giudice adito dovrà utilizzare "altri mezzi giuridici" al fine di realizzare comunque gli obiettivi del trust. È stato peraltro osservato che il menzionato art. 15 va inteso quale generale presidio dell'ordinamento nel quale il trust ha effetto, in grado di proteggere sia gli ordinamenti di *common law*, sia quelli di *civil law*³⁸.

Ai sensi dell'art. 18 "le disposizioni potranno non essere osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico". Dalla lettura della norma si evince che i giudici dovranno esercitare in sede applicativa tale sindacato di ordine pubblico essenzialmente sulla base di due parametri: a) valutazione degli effetti che conseguono all'applicazione delle

in *Clunet*, 1987, pp. 40, ss., 61] e quindi non esclude l'autonomia di valutazione prima delle parti e poi del giudice specie in ordinamenti che non limitino l'iniziativa dei privati all'uso di meccanismi necessariamente tipizzati. In secondo luogo essa, anche ove la si voglia intendere come indirizzata ai giudici degli Stati che non riconoscono il *trust*, sembra limitata ai casi in cui questi ritengano, di fronte a una fattispecie qualificata come *trust*, che essa sia stata impropriamente sottratta all'applicazione della propria legge [cfr. F. Hayton, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trust and on Their Recognition", in *Int. L. Q.*, 1987, 274]: così N. Lipari, "Fiducia statica e trust", in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 492.

³⁷ Ivi, p. 491.

³⁸ M. Lupoi, *Introduzione ai trusts*, cit., pp. 146-148.

disposizioni normative straniere applicabili in base alla Convenzione; b) necessità di una manifesta incompatibilità tra dette disposizioni e l'ordine pubblico nazionale, quale condizione di un'eventuale disapplicazione delle stesse.

L'art. 19 stabilisce che "la Convenzione non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale". Tale norma è volta ad evitare che la ratifica della Convenzione sia utilizzata come strumento di evasione fiscale, ma per i beni immobili, andrebbe coordinata con l'art. 12 in tema di trascrizione, poiché è con la registrazione che scatta la sottoposizione alla normativa fiscale³⁹.

4. Rapporto tra la Convenzione e l'ordinamento italiano

Ancorché la Convenzione consenta ai paesi "non trust" soltanto di utilizzare trusts disciplinati da leggi di paesi che abbiano regolamentato questo istituto, essa rappresenta un evidente passo avanti verso una sempre maggiore rilevanza del trust nell'esperienza di ordinamenti di tradizione romanistica: proprio per questo si è giustamente sottolineato in dottrina che il nucleo centrale di tale normativa è rappresentato non tanto dalla predisposizione di norme di conflitto uniforme, quanto dal "riconoscimento da parte di un paese firmatario degli effetti di un meccanismo giuridico ancorché esso sia estraneo al suo sistema tradizionale"⁴⁰.

Pertanto, una prima conseguenza della ratifica della Convenzione da parte dell'ordinamento italiano è rappresentata dal fatto che oggi sarebbero giudicati sicuramente in modo diverso i due unici casi decisi in materia sotto il vigore del codice civile del 1942, ma prima della ratifica della Convenzione⁴¹. In entrambe le questioni si è infatti esclusa la legittimità dell'istituto non soltanto in termini di irrilevanza per il diritto italiano delle relative categorie, ma addirittura di contrarietà alle norme di ordine pubblico, ostando ad una differente decisione la concezione romanistica dei diritti reali.

In particolare il Tribunale di Oristano, posto di fronte a un caso di trust suc-

³⁹ La mancanza di presa di posizione da parte delle autorità fiscali italiane in merito all'identità tributaria del trust è sottolineata da G. Gaffuri, F. V. Albertini, "Disciplina fiscale del trust: costituzione e trasferimento dei beni", in *Boll. trib.*, 1995, p. 1701, ss.

⁴⁰ Così A. Gambaro, "Il 'trust' in Italia ed in Francia", cit., p. 500.

⁴¹ Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro it.*, 1956, I, p. 1020, nonché Trib. Casale Monferrato (decreto) 13 aprile 1984, in *Riv. not.*, 1985, I, p. 240, con annotazione di M. Comoglio, e in *Giur. it.*, 1986, I, 2, p. 753, con nota di G. Cassoni, "Il trust anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento".

cessorio disposto da cittadino inglese e richiesto di pronunciarsi su chi fosse il soggetto passivo di un provvedimento di espropriazione per pubblica utilità dei beni costituiti in trust e situati in Italia, si trovò a misurare tale strumento giuridico di importazione con l'istituto della proprietà e le norme in materia di successioni. Sotto il primo – ed assorbente – profilo, di fronte al rilevato sdoppiamento tra una “proprietà legale o nominale” facente capo al *trustee* e una “proprietà sostanziale” facente capo al beneficiario, ambedue incidenti sullo stesso bene, i giudici sardi richiamarono le argomentazioni di sempre: l'assolutezza, l'illimitatezza e l'esclusività del diritto di proprietà secondo la tradizione romanistica; il principio fondamentale del *numerus clausus* dei diritti reali “preordinati e riconosciuti dal codice civile” in ordine ai quali “non è ammessa, come nei rapporti obbligatori, la libera formazione dei rapporti di carattere reale”. Tali principi furono complessivamente identificati dal tribunale nell'ordine pubblico interno e furono ritenuti limitativi degli effetti, nel nostro ordinamento, di trusts costituiti all'estero⁴².

È appena il caso di richiamare qui – oltre all'impatto della ratifica della Convenzione su queste problematiche – quanto si è avuto modo di accennare, a conclusione del par. 2, in ordine alla critica della concezione “dualistica” del diritto di proprietà nel trust e alla menzionata decisione della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

In considerazione dell'impostazione del sistema giuridico di *civil law*, la dottrina ha evidenziato taluni problemi applicativi derivanti dal riconoscimento in Italia del trust. In particolare, si sono segnalate le difficoltà relative alle modalità di trascrizione della *trust property* in assenza di un'apposita disposizione di legge che determini i comportamenti dei conservatori dei pubblici registri. Per superare queste difficoltà si è suggerito ai funzionari incaricati della tenuta dei registri immobiliari di iscrivere i beni riuniti in patrimonio “distinto” a nome del *trustee*, ma con un'apposita postilla che riveli l'esistenza del trust, senza con ciò dover indicare il beneficiario, considerato che uno degli scopi principali dell'istituto è sovente quello di non rivelare l'identità del beneficiario stesso⁴³.

⁴² È opportuno tuttavia segnalare che, in entrambi i casi, il giudice italiano si è sforzato di ricondurre la fattispecie entro schemi meritevoli di tutela, in un caso (quello di Oristano) assimilando la figura del *trustee* alla fattispecie dell'esecutore testamentario, in un altro (quello di Casale Monferrato) facendo operare la disciplina della fiducia testamentaria ex art. 627 c.c., cfr. N. Lipari, “Fiducia statica e trusts”, cit., p. 491, nota 32.

⁴³ C. Amato, “Commento all'art. 11 della Convenzione”, in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), “Convenzione relativa alla legge sui trusts”, cit., p. 1270. Sulla stessa linea interpretativa cfr. A. Gambaro, “Il ‘trust’ in Italia ed in Francia”, cit., p. 505.

Siffatta soluzione ha il pregio di consentire una concreta applicazione al principio dell'art. 12 della Convenzione, mentre una diversa alternativa – pure proposta in dottrina⁴⁴ – rappresenterebbe un deterrente per gli utenti stranieri a ricorrere al trust, ogniqualvolta esso avesse a oggetto beni immobili posti sul territorio italiano o beni mobili iscritti in pubblici registri italiani.

In realtà, il profilo ora evidenziato rappresenta solo un esempio di come la Convenzione metta a confronto, in un ordinamento di tradizione romanistica, le relazioni giuridiche connesse all'esistenza di un trust riconosciuto con le relazioni giuridiche strutturalmente diverse (ma che tendono a risultati analoghi) dell'ordinamento di *civil law* che effettua il riconoscimento. Ciò costituisce una spinta verso la creazione di strumenti giuridici nuovi o la modificazione di strumenti esistenti al fine di soddisfare esigenze simili a quelle che il trust mira a realizzare.

Anche se tale finalità è destinata a trovare compiuta soddisfazione attraverso la redazione di una disciplina nazionale del trust, occorre anche precisare che siffatta disciplina non può non presupporre la diffusione dell'istituto presso gli operatori nella forma del riconoscimento di trusts regolati da una legge straniera, ai sensi della Convenzione: altrimenti, v'è il rischio di ripetere l'esperienza francese, dove dal 1992 a oggi sono stati presentati due disegni di legge in materia, che non sono stati però esaminati dal Parlamento⁴⁵.

Può essere quindi più produttivo che nei vari settori, a cominciare da quello bancario e finanziario, si acquisisca dimestichezza con le forme più elementari e meno problematiche di trust, sfruttando il meccanismo del riconoscimento dei trusts di cui alla Convenzione, per poi elaborare una disciplina nazionale che inserisca l'Italia fra i "paesi trust".

È peraltro da tenere in considerazione che i trusts regolati da una legge straniera possono non possedere alcun altro elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano e quindi presentarsi nella prassi come rapporti interamente collegati a detto ordinamento. In adesione al secondo degli indirizzi interpretativi dell'art. 13 della Convenzione sopra ricordati, la prassi notarile segnala già casi di istituzione di trusts in Italia, nessuno dei quali dotato di collegamenti obiettivi con ordinamenti stranieri (tranne la legge regolatrice). Anzi, la dottrina comparatistica che espressamente ha affrontato questo tema ha cominciato a valutare i numerosi pro-

⁴⁴ M. C. Pagni, "Commento all'art. 12 della Convenzione", in A. Gambaro, A. Giardina, L. Ponzanelli (a cura di), "Convenzione relativa alla legge sui trusts", cit., p. 1277.

⁴⁵ La prima proposta, presentata al Consiglio dei Ministri il 19 febbraio 1992, predisponeva una nuova normativa in materia di *fiducie* ispirata al trust, novellando il terzo libro del codice civile,

fili applicativi dei trusts interni, della cui liceità non dubita⁴⁶, ed è stata seguita dagli scrittori che hanno approfondito temi applicativi specifici⁴⁷. Sarà perciò probabile che trusts “interni” si affaccino quanto prima nella vita bancaria e finanziaria italiana. Per semplicità di trattazione, le considerazioni che seguono si riferiscono esclusivamente ai trusts appartenenti al modello inglese, sebbene sia probabile che i trusts che opereranno in Italia (“interni” o esteri) siano regolati da leggi appartenenti al modello del trust internazionale o a quello del trust civilistico⁴⁸.

5. Applicazioni del trust nel campo del commercio e della finanza internazionali

L'attenzione degli operatori in relazione al trust è giustificata dalle molteplici applicazioni cui esso si presta non solo nel campo delle successioni e dei diritti reali, ma anche nel commercio e nella finanza internazionali. Appare quindi opportuno, per meglio comprenderne l'operatività, illustrare alcune forme di utilizzo del trust che maggiormente possono interessare coloro che operano nel settore bancario e finanziario.

A- Nelle operazioni di emissioni obbligazionarie – in particolare di *eurobonds*⁴⁹ – l'istituto in oggetto può essere utilizzato come segue⁵⁰. L'emittente nella qualità di *settlor* stipula un accordo (*trust deed*) con una società indipen-

introducendovi un apposito titolo dedicato al contratto di fiducia, ed emendando il secondo con alcuni articoli finalizzati a regolare gli effetti successori della *fiducie trust*. Questo disegno di legge non è stato approvato soprattutto per problemi di carattere fiscale e il secondo successivamente presentato aveva un ambito di applicazione più modesto (era sostanzialmente riferito al solo trust promosso da imprese) e per questo motivo è stato giudicato di scarsa utilità. Il testo del primo progetto di legge sulla *fiducie* si può leggere in *Giur. comm.*, 1993, I, p. 129, con commento di A. Munari, “Trust e fiducie: un importante progetto di legge francese”.

⁴⁶ M. Lupoi, *La sfida dei trusts in Italia*, cit., *passim*.

⁴⁷ Cfr. i contributi di P. Piccoli; P. Piccoli, E. Corso, M. Dolzani; C. Licini; R. Lenzi, citati alla nota 1.

⁴⁸ L'individuazione di questi tre modelli è dovuta a M. Lupoi, *Trusts*, cit., capp. IV, “Il modello del trust internazionale” e V “I trusts in ordinamenti civilistici o misti”, cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.

⁴⁹ Si tratta di titoli obbligazionari emessi sul mercato europeo come mezzo di finanziamento a lungo termine e a un tasso fisso d'interesse. Per tali titoli l'operazione prospettata nel presente paragrafo appare particolarmente utile in quanto serve ad ovviare alle difficoltà che potrebbero derivare (sia agli obbligazionisti che all'istituto emittente) dalla dispersione dei titoli tra un gruppo disomogeneo e geograficamente dislocato, qual'è quello degli intestatari di *eurobonds*.

⁵⁰ C. Amato, “Commento all'art. 11 della Convenzione”, cit., p. 1272.

dente che assume la qualifica di *trustee*. In virtù di tale accordo, il *trustee* s'impegna a gestire il pacchetto di titoli – *trust property* – a favore degli obbligazionisti in quanto beneficiari del diritto di pagamento attribuito al *trustee*; per contro, l'emittente assume le obbligazioni proprie del *settlor*, tra cui in particolare quella di pagare al *trustee* il capitale e gli interessi in conformità alle prescrizioni dell'emissione obbligazionaria.

Le caratteristiche evidenziate comportano alcune conseguenze di rilievo:

- a) dal momento che il *trustee* è il *legal owner* della *trust property*, questi può gestire detta proprietà senza i complessi meccanismi relativi al conseguimento dell'assenso da parte degli obbligazionisti. La *trust property* potrà quindi essere modificata ed ulteriori beni aggiunti ad essa senza il consenso di questi ultimi o senza il trasferimento della titolarità dei beni – così acquisiti – alla moltitudine degli obbligazionisti;
- b) dal momento che gli obbligazionisti sono i beneficiari del trust, nel caso di fallimento del *trustee* questi beni non sono oggetto di azioni esecutive da parte dei creditori del *trustee* in quanto essi non gli appartengono;
- c) se il *trustee* aliena i beni in violazione del trust, i beneficiari hanno il diritto di séguito nei confronti dell'avente causa in mala fede del *trustee*.

La possibilità per il *trustee* di agire in qualità di proprietario consente quindi di svolgere l'attività di gestione in modo più semplice ed efficace di quanto non si realizzi ricorrendo agli strumenti giuridici propri dei paesi di *civil law*.

B- Lo schema giuridico del trust può trovare utile applicazione nell'ambito di quelle complesse operazioni note come *project finance* che prevedono progetti di investimento per la costruzione e la gestione di impianti industriali ove i finanziamenti erogati dipendono principalmente non dalle garanzie reali offerte dai promotori ma dal flusso di cassa che il progetto stesso – una volta realizzato – è ritenuto in grado di generare.

In queste operazioni una banca può assumere il ruolo di *trustee* con l'incarico di raccogliere i proventi dell'impianto costruito curandone l'incasso e la ripartizione tra l'impresa appaltatrice e i soggetti finanziatori. In particolare, ove i finanziamenti siano concessi da un *pool* di istituti di credito, la banca/*trustee* incasserebbe le somme a beneficio di tutti i finanziatori assicurando la concentrazione in un unico soggetto delle funzioni attinenti al rimborso del finanziamento, che verrà successivamente ridistribuito ad ogni istituto proporzionalmente all'ammontare da ciascuno di essi erogato.

In assenza del trust il rapporto viene regolato in base alle norme sul mandato ed in particolare sul mandato conferito anche nell'interesse del terzo, qualora l'istituto capofila incaricato sia uno dei membri del *pool* di finanziatori. Ciò comporta tuttavia rispetto al *trustee* costi maggiori, poiché generalmente la remunerazione della banca capofila, per i servizi da essa resi in attuazione dell'incarico ricevuto, è maggiore di quanto verrebbe percepito da un *trustee*, in considerazione dei superiori costi organizzativi che detti servizi comportano per la banca incaricata.

Inoltre, il trust consente, rispetto al mandato, una maggiore elasticità in ordine alle funzioni che possono essere assolte dal *trustee*: ciò rileva soprattutto nei rapporti di lunga durata e nel caso di modifiche soggettive delle banche facenti parte del *pool*. In particolare, il *trustee* è incaricato dell'assolvimento di compiti molto ampi che attengono sia direttamente sia indirettamente alla gestione del contratto di finanziamento: si pensi, ad esempio, ai solleciti nei pagamenti, all'esame di eventuali modifiche contrattuali e alla gestione delle eventuali garanzie connesse al finanziamento.

C- Un'ulteriore applicazione dell'istituto deriva da una prassi piuttosto diffusa nel settore del credito documentario e consistente nel rilascio al compratore del cosiddetto *trust receipt* da parte degli istituti di credito⁵¹.

Lo strumento nasce dalla constatazione che – nelle vendite internazionali – la banca che apre la lettera di credito (*Issuing Bank*) in favore dell'acquirente desidera imporre delle garanzie di carattere reale al credito; ciò viene solitamente realizzato mediante il pignoramento della polizza di carico che il venditore presenta alla *Issuing Bank* per poter ottenere il pagamento, e che sarà girata all'acquirente solo quando il credito verrà da lui onorato.

Presumibilmente il compratore sarà in grado di estinguere il suo debito con la banca solo quando, entrato in possesso delle merci, potrà finalmente rivenderle o immetterle sul mercato: e questo potrà farlo solo se in possesso della polizza di carico, che gli conferisce il titolo sui beni acquistati.

Per conciliare queste opposte esigenze – di garanzia, da parte della *Issuing Bank*, e di disponibilità delle merci e del titolo sulle stesse, da parte dell'acquirente-debitore – in *common law* si è escogitato il seguente meccanismo: l'acquirente entra nel possesso della polizza di carico rilasciando all'istituto di credito un *trust receipt*, documento con il quale egli riconosce di avere titolo

⁵¹ C. Amato, *Commento all'art. 11 della Convenzione*, cit., p. 1273.

sulla polizza di carico (e quindi sulle merci) in qualità di *trustee*, per conto e nell'interesse, cioè, della *Issuing Bank*. Le conseguenze sono facilmente intuibili: l'acquirente sarà libero di rivendere le merci per ricavare le somme necessarie (anche) a saldare il debito con la banca, in quanto *legal owner*; d'altra parte l'istituto di credito non deve temere l'eventuale fallimento del compratore, poiché la costituzione del trust sul titolo rappresentativo delle merci consente la soddisfazione integrale delle ragioni della banca in quanto *equitable owner*. In altri termini, il fallimento del compratore non compromette le ragioni della banca, che potrà soddisfare, fuori concorso, il suo credito sulle merci.

D- Nelle operazioni di cartolarizzazione, il trust può fungere da SPV, cioè da società veicolo, cui vengono trasferiti dalla banca i crediti da cartolarizzare; il trust provvede a frazionare i crediti in quote, esattamente collegate all'attivo dei crediti acquistati, e a collocarle sul mercato (titoli *pass-through*). Il trasferimento al trust avviene in realtà a vantaggio dei portatori dei titoli (*beneficiaries*), che quindi finiscono per essere i veri titolari, pro quota, dei crediti originari⁵².

E- Interessanti prospettive possono altresì dischiudersi al trust, ove venga applicato ai valori mobiliari, cioè in quelle operazioni oggi realizzate nell'ordinamento italiano attraverso la gestione di patrimoni mobiliari operata da banche e imprese di investimento, ovvero da società fiduciarie, ricorrendo quindi all'istituto del mandato con o senza rappresentanza.

In questa fattispecie si potrebbe immaginare il trasferimento dei titoli al trust, che sarebbe però tenuto ad amministrarli nell'interesse del *beneficiary*, realizzandosi così l'effettivo distacco dei titoli in questione dalla sfera patrimoniale del disponente e la sostanziale estraneità e impossibilità dello stesso di accedere o interferire con la gestione dei beni affidati⁵³.

6. Trust e operatività bancaria nell'ordinamento italiano

Alla luce delle valutazioni fin qui espresse, occorre procedere secondo l'approccio metodologico illustrato in apertura del presente lavoro: infatti, pur

⁵² Cfr. A. Frignani, "La 'securitization' come strumento di smobilizzo dei crediti di massa (profili di diritto comparato europeo)", in *Foro it.*, 1995, V, p. 294

⁵³ M. Lupoi, *Trusts*, cit., pp. 496-502. Cfr. anche L. Zitiello, "Il trust e gli istituti corrispondenti nell'ordinamento italiano", in *Società*, 1995, p. 1031.

tenendo conto dei problemi di “ambientamento” che la ratifica della Convenzione ha provocato, occorre dare contenuto al riconoscimento di trusts disciplinati da legge straniera, che la stessa legge di ratifica ha previsto. In questo contesto, si procederà ad individuare quelle operazioni bancarie che possono coinvolgere un trust ed a valutare i limiti entro i quali siffatte operazioni possono essere consentite dall’ordinamento italiano.

Tale verifica obbedirà a due presupposti essenziali: *a)* che si tratti di trust del tipo di quello regolamentato dalla Convenzione e che quindi sia suscettibile di riconoscimento in Italia; *b)* che l’ammissibilità dell’operazione esaminata sia valutata alla luce dell’ordinamento vigente, senza quindi presupporre interventi legislativi di modifica dello stesso.

6.1 Trust e separatezza di patrimoni

Procedendo nel senso ora indicato, occorre sgombrare subito il campo da una questione preliminare.

È noto che uno dei principi ostativi alla separatezza dei patrimoni in capo ad un medesimo soggetto è rappresentato dal disposto dell’art. 2740 c.c., sicché esso potrebbe essere utilizzato per negare anche l’effetto minimale del riconoscimento del trust, consistente appunto nella separatezza del patrimonio del trust medesimo rispetto a quello personale del *trustee*. Non si ritiene peraltro che siffatto ragionamento sia convincente, poiché esso renderebbe superflua la legge di ratifica, dovendosi anzi concludere che, attraverso quest’ultima, l’ordinamento italiano ha conosciuto un’altra ipotesi di patrimonio separato, in deroga all’art. 2740 c.c.

Tuttavia, non può tacersi che questa affermazione dà luogo alla strana situazione di un cittadino italiano che, se costituisce un trust disciplinato da legge straniera e ottiene il riconoscimento in Italia, utilizza il meccanismo della “segregazione”⁵⁴ dei beni conferiti, mentre lo stesso cittadino non può realizzare il medesimo scopo in via “domestica”, dal momento che sembra arduo affermare l’ammissibilità di un contratto di trust posto in essere alla stregua dell’art. 1322 c.c., che abbia lo stesso effetto “segregante”. Una disparità di situazioni che in effetti lascia perplessi, ma che rimane difficile da superare, giacché se non risulta opponibile l’art. 2740 c.c. al riconoscimento di trusts regolati da legge straniera, non è neppure possibile ammettere con certezza un contratto

⁵⁴ Il termine “segregazione” è stato proposto da M. Lupoi, *Trusts*, cit., pp. 450-458, che distingue il patrimonio segregato da quello separato e da quello autonomo.

atipico di trust, attesa la sua contrarietà a principi fondamentali dell'ordinamento, quale quello, appunto, contenuto nell'art. 2740 c.c.⁵⁵.

Chiarito questo aspetto, si precisa che le fattispecie nelle quali è utilizzato un trust con riferimento ad operazioni creditizie sono sovente complesse e diversificate, sicché spesso il trust si presenta con risvolti e utilizzazioni variegate: per perseguire il fine che il presente lavoro si propone, si è tentato di esporre in maniera precisa ma elementare il profilo del trust, sì da porne in luce le caratteristiche e le finalità nel modo più lineare possibile.

6.2 Apertura di conto corrente a un trustee

In questa situazione si prevede che il *trustee* dichiarerà di agire per nome e conto di un trust: è vero che è immaginabile che il *trustee* non spenda il nome del trust tutte le volte in cui a ciò non lo obblighi la legge scelta⁵⁶, ma è pur vero che in tal caso, ove la banca non sappia della qualità specifica in nome della quale sta agendo il soggetto, si verserà nell'ordinaria ipotesi dell'accensione di un conto ad una persona fisica⁵⁷ e nessuna separatezza vi sarà, nei riguardi della banca, fra il patrimonio di costui ed il saldo del conto.

Tuttavia, la spendita del nome, rilevante per l'aspetto che si è messo in luce, non ha una specifica incidenza in ordine al rispetto degli adempimenti stabiliti dalla legge n. 197/1991, dal momento che essi in ogni caso avranno ad oggetto la persona (fisica o giuridica) del *trustee*, indipendentemente dalla *contemplatio domini* del trust. Identificato il soggetto, l'intestazione del rapporto di conto avverrà a "X Y, *trustee* per conto del trust Z" ovvero al "trust Z, rappresentato dal *trustee* X Y": mentre la prima alternativa appare in linea con il rilievo che la proprietà dei beni è da riconoscersi al *trustee*, la seconda appare la più seguita nelle esperienze estere ed ha il pregio di far emergere immediatamente l'esistenza del trust.

⁵⁵ È stato correttamente affermato che "la vera difficoltà" alla predisposizione di un trust domestico nell'ottica del contratto atipico non consiste tanto nel principio del *numerus clausus* dei contratti reali (anche perché la citata decisione della Corte di Giustizia ha, come detto, sgombrato il campo dal presunto "dualismo" del diritto di proprietà sui beni conferiti in trust) ma piuttosto "deriva dalla possibilità di considerare la *trust property* come un patrimonio di destinazione separato dal patrimonio personale del *trustee*. La volontà delle parti non può infatti derogare al principio della responsabilità patrimoniale generica del debitore prevista dall'art. 2740 c.c.": R. Lenzi, "Operatività del trust in Italia", cit., p. 1382.

⁵⁶ I Sul punto e in genere sulla fattispecie in esame cfr. E. Marè, "Apertura di conti correnti bancari. Prima indagine sulla prassi bancaria internazionale", in *Il fisco*, 1996, p. 2734, ss.

⁵⁷ Le considerazioni qui svolte valgono, con gli opportuni aggiustamenti, anche nell'ipotesi in cui *trustee* sia una persona non fisica.

Preliminare all'accensione del conto è la verifica dei poteri del *trustee* mediante l'analisi del documento istitutivo del trust: a questo riguardo, si osserva che l'interesse della banca alla visione di tale atto (ed all'acquisizione di una copia di esso nella pratica) è finalizzato ad accertare quanto è funzionale all'apertura ed alla gestione del conto corrente, sicché altre parti del documento, contenenti informazioni diverse (ad esempio sulla individuazione dei beneficiari) non solo non hanno interesse per la banca, ma potrebbero essere considerate riservate dal medesimo *trustee*: è pertanto corretto che la banca, dell'atto istitutivo, conosca ed acquisisca soltanto le notizie funzionalmente utili allo scopo considerato.

In tale sede di controllo, appare altresì opportuno che la banca verifichi la legittima provenienza dell'atto nonché la conformità dello stesso ai requisiti stabiliti nell'art. 2 della Convenzione dell'Aja.

Poiché il riconoscimento del trust in Italia (e il connesso effetto segregante del patrimonio) deriva – ex art. 11 della Convenzione – dalla verifica di conformità del trust stesso alla legge prescelta, si pone la questione se siffatta verifica debba essere compiuta dalla banca.

In proposito, fermo restando che, nell'esemplificazione proposta, si ipotizza che la legge sia espressamente indicata nell'atto istitutivo (tralasciando quindi l'alternativa in cui detta legge debba essere interpretativamente ricavata ai sensi dell'art. 7 della Convenzione), si può ritenere che in tanto la banca possa considerare separato il saldo del conto dal patrimonio personale del *trustee* in quanto abbia controllato che esistano i presupposti per il riconoscimento: di qui la necessità di pervenire a tale verifica, eventualmente acquisendo *legal opinions* qualificate e seguendo l'evoluzione nel tempo della legge prescelta, oneri, specie quest'ultimo, particolarmente gravosi.

A differenti conclusioni può tuttavia giungersi sul punto, laddove si rifletta che il risultato del riconoscimento del trust (e il conseguente effetto segregante) è onere del *trustee* provvedere a conseguirlo, realizzando in concreto la conformità del trust medesimo con la legge prescelta⁵⁸; una simile verifica esulerebbe quindi dai compiti della banca che, una volta accertato il rispetto dell'art. 2 della Convenzione, può legittimamente fare affidamento su quanto il *trustee* le dichiara in merito alla esistenza dei presupposti necessari per il riconoscimento del trust ai sensi della Convenzione. Ove poi questi presupposti dovessero rivelarsi insussistenti, ad esempio a seguito di contestazioni da parte dei creditori

⁵⁸ Così M. Lupoi, "Lettera a un notaio curioso di trusts", cit., p. 345.

personali del *trustee*, quest'ultimo sarà tenuto a rispondere delle eventuali conseguenze negative prodotesi. Un simile comportamento, del resto, sembra essere in linea con quanto accade in quelle ipotesi nelle quali il rapporto (o una parte di esso) è disciplinato da legge straniera (si pensi, ad esempio, a un contratto instaurato con una società costituita secondo una legislazione estera) e per il quale la verifica compiuta dalla banca è circoscritta a quelle disposizioni che attengono strettamente all'attivazione del rapporto stesso.

Poiché comunque la banca è tenuta ad una verifica documentale, può essere opportuno che l'atto istitutivo sia formato come atto pubblico o come scrittura privata con firme autenticate. In tal caso sarà più agevole per la banca dare credito al documento e, ove possibile, richiederne copia autentica, integrale o per estratto. Circa i poteri del *trustee*, va ricordato che è frequente la nomina, da parte del *settlor*, di due o più *trustee* con firme congiunte, e siffatta circostanza non è senza rilievo ai fini che qui interessano.

Nell'atto istitutivo del trust vi possono altresì essere i criteri da osservare in caso di sostituzione di uno o più *trustee* e la banca, ove le si presenti un soggetto, assumendo di essere il nuovo *trustee*, deve accertare che siano stati rispettati tali criteri. In questa come in ogni altra situazione inerente alla gestione del rapporto, la banca sconta la mancanza – del resto comune ad altre ipotesi operative più consuete per la banca, come l'ipotesi del presidente di un'associazione non riconosciuta, dell'amministratore di un condominio, ecc. – di ogni forma di pubblicità legale sia al trust sia alle modifiche che lo riguardano, rendendo quindi particolarmente rilevante e decisivo il rapporto di fiducia che deve legare la banca al soggetto che svolge le funzioni di *trustee*: solo in presenza di siffatta forte fiducia, l'operazione può essere proficuamente posta in essere. Può darsi peraltro che nello stesso atto istitutivo del trust siano altresì stabilite le procedure da osservare in caso di sostituzione del *trustee*, offrendo così alla banca elementi precisi per verificare la legittimità del sostituto.

Proprio in funzione della richiamata separatezza di patrimoni, la banca non potrà compensare sul saldo del conto così acceso proprie eventuali posizioni creditorie vantate contro la persona fisica *trustee* in virtù di altri rapporti bancari, da costui accesi *uti singulus*.

6.3 Depositi in funzione di garanzia (*escrow account*)

Il deposito di somme per fini di garanzia si caratterizza per l'alternatività e l'incertezza del soggetto in favore del quale la riconsegna delle somme mede-

sime deve avvenire: lo stesso depositante o il terzo garantito.

Seguendo gli schemi propri del diritto italiano, il deposito in questione andrebbe ricostruito come pegno irregolare ovvero ricondotto nella figura del contratto a favore di terzo⁵⁹, sicché in ogni caso la banca diverrebbe proprietaria delle somme ricevute, che vanno a confondersi nelle proprie casse. In pendenza della condizione al verificarsi della quale è subordinata l'individuazione del soggetto avente diritto alla consegna della somma, occorre assicurare l'intangibilità del denaro depositato rispetto ad eventuali pretese di creditori del depositante e del depositario⁶⁰. In particolare, questi ultimi – considerato che la banca è divenuta proprietaria della somma – potrebbero agire esecutivamente sulla medesima in via singolare o concorsuale; i creditori del depositante, da parte loro, potrebbero sottoporre a sequestro o pignoramento il credito di quest'ultimo nei confronti della banca, dovendo il depositante medesimo dimostrare in sede di opposizione che si tratta di un credito condizionato.

In questa situazione, può accadere che l'unico modo per assicurare l'intangibilità del deposito sia quello di individuare fisicamente la somma oggetto della garanzia, rendendo così regolare un deposito normalmente irregolare ma escludendo ovviamente ogni impiego *medio tempore* redditizio della somma stessa.

Per superare queste difficoltà, è immaginabile la costituzione di un trust (*escrow account*, secondo la terminologia statunitense⁶¹) secondo la normativa di un "paese trust", ove la funzione di *trustee* sia assunta dalla banca depositaria, di modo che, in attesa dell'individuazione del soggetto cui deve essere consegnata la somma, essa non sia di alcuno; solo al verificarsi dell'evento previsto, viene chiarito chi debba essere qualificato *beneficiary*: il depositante – *settlor of the trust* – al quale si riconosce il diritto alla riconsegna della somma, ovvero il terzo interessato⁶².

⁵⁹ Sul punto cfr. per tutti G. Molle, *I contratti bancari*, Milano, 1981, p. 126. Cfr. altresì G. Bisconti, "Deposito in nome di terzo e disposizione di ultima volontà (il "Totten Trust" in Italia?)", in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1959, I, p. 100.

⁶⁰ In tali fattispecie, la "somma deve, mi si passi l'assurdo, 'essere di nessuno': M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 503.

⁶¹ G. C. Marchesi, "Scambi in compensazione: l'*escrow account* e la sua gestione", in *Gazz. val. e del comm. int.*, 1989, p. 1191.

⁶² "Non è necessario sottolineare la certezza del rapporto che si consegue per mezzo del trust, né la vasta casistica alla quale esso si attaglia (penso, per riferirmi a un caso frequentissimo, al deposito nei contratti di locazione): si segrega il bene fungibile per eccellenza, il danaro, e si prevencono o si trasferiscono su piani più consoni alla natura del rapporto le liti che vedono un soggetto soccombere o di fronte alla ragion fattasi o per il prevalere di interessi certamente meno meritevoli di tutela": M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 506.

Caratteristica funzionale di tale deposito consiste nel garantire il beneficiario (chiunque sarà) attraverso l'affidamento del bene (qui somme di denaro) ad un terzo depositario (*l'escrow holder*), da lui ritenuto più "sicuro" del *principal*: infatti, vertendosi in tema di prestazione non immediatamente esigibile, il creditore ottiene dal debitore che questi si spogli intanto della disponibilità dell'oggetto della prestazione, consegnandolo ad un terzo⁶³.

Dalla struttura propria dell'istituto deriva l'insensibilità della somma alle vicende proprie del depositario, stante la separazione dei beni conferiti in trust dal patrimonio personale del *trustee*, nonché la possibilità per quest'ultimo di investire il denaro, attesa la sua funzione di gestore del patrimonio conferitogli⁶⁴.

6.3.1- Frequente è l'utilizzo dell'*escrow account* nelle operazioni di *countertrade*⁶⁵, instaurate di solito fra imprese operanti in un paese occidentale ed imprese operanti in un paese in via di sviluppo, o comunque con scarsità di valuta pregiata, e così realizzate: "per primo si esegue sempre il contratto di compravendita inerente alla fornitura dei beni dall'impresa del paese in via di sviluppo a quella occidentale. Le somme pagate da quest'ultima affluiscono su di un conto vincolato, il cosiddetto *escrow account*, aperto presso una banca di fiducia di entrambe le imprese (*trustee bank*). L'impresa del paese in via di sviluppo risulta titolare formale del conto, ma le somme versate su di esso sono vincolate esclusivamente al pagamento dei prodotti dell'impresa occidentale"⁶⁶. Questa o altre varianti applicative collegano l'utilizzo dell'*escrow account* nell'ambito di operazioni commerciali (di solito, ma non necessariamente, fra imprese di paesi diversi e di diversa caratura finanziaria), dove esso è finalizzato a garantire il definitivo pagamento del prezzo pattuito al verificarsi (o al non verificarsi) di situazioni prefigurate.

Un esempio concreto di una simile fattispecie si desume dalla decisione della

⁶³ G. Provaggi, "Agency escrow", in AA.VV. *Fiducia*, cit., pp. 300-301, al quale si rinvia anche per ulteriori varianti dell'operazione in esame.

⁶⁴ Sulla estraneità dei beni costituiti in trust rispetto a quelli propri del *trustee* cfr. L. Fumagalli, Il trust, in L. Ponzanelli (a cura di), *Gli enti non profit in Italia*, Padova, 1994, p. 145. Per una risalente fattispecie del tipo di *escrow account* cfr. M. Lupoi, "La realizzazione della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell'interesse del terzo", in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 441.

⁶⁵ P. Bernardini, "Il 'countertrade': da strumento di politica commerciale a nuova tecnica del commercio internazionale", in *Riv. dir. comm. internaz.*, 1987, p. 117; L. Pedretti, *Gli escrow accounts nelle operazioni di countertrade*, ivi, 1988, p. 452; L. Fadda, *Il countertrade*, Milano, 1988; L. Valle, "Il countertrade", in F. Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Torino, 1995, II, p. 1215.

⁶⁶ G. Provaggi, "Agency escrow", cit., p. 305.

High Court of Justice inglese del 12 giugno 1992⁶⁷, collegata a un'operazione di *countertrade*. Questi, in breve, i fatti: un gruppo italo-francese di imprese stipula con una società irakena (la SCOP) un contratto per la costruzione di un oleodotto. Il contratto prevede che il 95% del prezzo sia pagato dal committente a stadi di avanzamento dei lavori, mentre il restante 5% viene trattenuto a garanzia e pagato dalla società per metà dopo l'emissione del certificato di collaudo provvisorio e per l'altra metà dopo quella del certificato di collaudo finale dell'opera e l'ottenimento di nulla osta (*clearing certificates*) rilasciati dalle competenti autorità irakenne. I mezzi finanziari necessari al pagamento delle imprese appaltatrici vengono conferiti in *trust account* aperto a Londra e regolato dalla legge inglese, il cui *trustee* viene individuato nella filiale inglese della Rafidain Bank di Bagdad; tale *trustee agreement* prevede che i pagamenti vengano effettuati dal *trustee* sulla base della presentazione da parte delle imprese dei documenti prescritti.

Il meccanismo funziona regolarmente per l'intera durata del contratto, fino all'emissione del certificato di collaudo finale dell'opera. A questo punto però, a seguito della guerra del Golfo Persico dell'agosto 1990, diviene impossibile per le imprese appaltatrici ottenere i *clearing certificates* subordinatamente ai quali poteva essere operato dal *trustee* lo svincolo del restante 2,5% del prezzo, trattenuto a garanzia. Per superare l'*impasse*, le imprese chiedono alla corte inglese di ordinare al *trustee* lo svincolo delle somme nonostante l'assenza dei *clearing certificates*, sottolineando come la corte non possa ammettere che l'esecuzione di un trust venga vanificata dall'impossibilità del pagamento convenuto nel *trust agreement*, dovendo emettere un provvedimento che consenta l'esecuzione del trust in conformità all'originale volontà delle parti. Per contro, la SCOP eccepisce la mancanza del requisito formale necessario per lo svincolo delle somme, cioè i ripetuti *clearing certificates*.

La corte decide accogliendo le richieste dell'attore e ordinando al trust di svincolare le somme: la mancanza di un requisito formale non può impedire alla corte di pronunciarsi avendo presenti, in applicazione della legge inglese, le finalità del trust, finalità che non possono essere frustrate, appunto, da un'eccezione formale, specie quando l'intero contratto ha ormai esaurito le sue funzioni.

A commento di questa pronuncia si osserva che a una soluzione del genere, sicuramente favorevole alle imprese, ma anche alle banche finanziatrici che

⁶⁷ Saipem s.p.a. e altri c. Rafidain Bank e altri, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 219, con nota di R. Pistorelli, "Inoperatività di condizioni subordinanti il pagamento di fondi depositati in un trust account ed intervento del giudice".

le sostenevano, difficilmente poteva pervenirsi al di fuori di un trust e che quindi verosimilmente le somme sarebbero ancora bloccate laddove, in sede di predisposizione dell'operazione, le parti non avessero prefigurato l'utilizzazione del meccanismo del trust.

6.4 Trust e finanziamenti bancari

Il trust può altresì inserirsi in ipotesi di finanziamenti creditizi, la cui struttura è inevitabilmente più complessa rispetto alle operazioni finora illustrate. Si può prendere le mosse da una situazione in concreto verificatasi e concretatasi nell'adozione dello schema del trust nell'ambito delle operazioni poste in essere per la progettazione, costruzione e gestione di un impianto sportivo in Italia.

La società Z, appaltatrice dei lavori di realizzazione dell'impianto, concede in sub-concessione alla società K la gestione dello stesso, dietro pagamento di un importo *una tantum* e di un canone annuo. La società Z ha nel frattempo richiesto un finanziamento alla banca XY (non italiana), alla quale, in funzione di garanzia, la società stessa cede il credito vantato nei confronti della società K in relazione al contratto di sub-concessione. A maggior tutela della banca, la società K assume, quale accollante del mutuo, l'obbligo di soddisfare il debito della società Z derivante dal contratto di finanziamento.

A garanzia dell'obbligo di pagare alla società concessionaria Z l'importo per la sub-concessione, la società K si obbliga a inserire nei contratti relativi alla gestione dell'impianto un'apposita clausola in virtù della quale i contraenti dovranno versare i pagamenti dovuti, mediante accredito in conto, alla banca W italiana, nella qualità di *trustee*. A quest'ultima, in tale qualità, la società K conferisce mandato irrevocabile in *rem propriam* (perché conferito anche nell'interesse della mandataria) – valido per un periodo di tempo, collegato alle vicende del finanziamento – a disporre delle somme conferite in trust come segue: a) pagamento al *trustee* dei servizi resi come mandatario; b) pagamento alla banca XY mutuante degli importi dovuti dal mutuatario Z; c) pagamento alla società Z di quanto ad essa dovuto da K per il canone di sub-concessione; d) liberazione dell'eventuale residuo a favore di K. Il mandato è retto dalla legge italiana e il foro competente è quello di Milano.

Ne risulta un trust istituito – secondo la legge di un “paese trust” – dalla società K come *settlor*, del quale la banca W è *trustee* e la società Z *beneficiary*.

Senza soffermarsi sull'architettura dell'operazione - posta in essere in data

anteriore all'entrata in vigore della Convenzione dell'Aja e il cui funzionamento sembra in effetti affidato più allo strumento del mandato, attribuito alla banca W, a disporre delle somme, che al congegno del trust – è utile averla presente, sia perché rappresenta una delle poche fattispecie in cui una banca italiana, nell'organizzazione di un finanziamento destinato alla realizzazione di un'opera in Italia, è intervenuta interpretando il ruolo di *trustee*, sia perché può costituire un'utile traccia per la costruzione – oggi che la Convenzione è pienamente operante in Italia – di analoghe operazioni.

6.4.1- Un'altra fattispecie collegata all'erogazione di finanziamenti è quella rappresentata dall'ipotesi in cui la banca, per ragioni inerenti all'articolata tipologia dell'operazione⁶⁸, anziché consegnare la somma al mutuatario acquirente del bene, perché costui la trasferisca al venditore (o produttore) in contropartita del bene acquistato (o prodotto), la consegna direttamente a quest'ultimo e trova poi, in caso di mancato buon fine dell'operazione, difficoltà a farsi restituire dallo stesso le somme introitate, atteso che in effetti il rapporto di mutuo è stato stipulato con il mutuatario, al quale però la somma non è mai stata consegnata. In tale fattispecie solo con una decisione sostanzialmente equa, ma giuridicamente insoddisfacente, la Cassazione⁶⁹ ha riconosciuto il diritto della banca a perseguire il venditore.

Questo problema potrebbe essere superato laddove l'importo del mutuo fosse erogato al trust, di cui il venditore sia nominato *trustee*, con l'espressa prescrizione che solo dopo la consegna del bene al mutuatario l'importo può essere incamerato dal venditore-*trustee*: ove tale condizione non si verifichi entro il tempo prestabilito, il trust si scioglie per impossibilità nel realizzare il suo scopo e la somma viene consegnata al *settlor*, cioè alla banca. In tal modo la somma mutuata non entrerebbe nel patrimonio del mutuatario e neppure in quello del venditore, il quale, nella sua funzione di *trustee*, non può confondere l'importo con i suoi beni personali. La segregazione della somma così ottenuta, rispetto ai patrimoni degli interessati, of-

⁶⁸ Si pensi al *project financing*, nel quale il mutuante entra, in misura più o meno significativa, nel controllo della buona riuscita dell'operazione e parametrizza il proprio intervento finanziario non tanto alla capacità di restituzione del mutuatario, quanto al successo dell'iniziativa.

⁶⁹ Cass. 20 gennaio 1994, n. 474, in *Vita not.*, 1994, 1169, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 302, con nota di G. Ferrando, "Contratti collegati: il caso del credito al consumo". Secondo questa decisione, "il soggetto che in via definitiva beneficia della somma concessa in mutuo non è il mutuatario (acquirente), ma il venditore del veicolo, che rispetto al mutuo è terzo"; sebbene terzo, "in difetto del sinallagma della fattispecie complessiva risultante dal collegamento negoziale, il venditore, che riceve la somma mutuata, sicuramente deve restituirla". La sentenza "avrebbe molto più agevolmente

fre al venditore (del quale occorre evidentemente ipotizzare correttezza di comportamento, atteso che nella sua persona si sommano le funzioni di potenziale beneficiario finale delle somme e di *trustee* delle stesse) le garanzie sufficienti al pagamento del prezzo, ma rende insensibile l'operazione a qualunque vicenda negativa, con evidente vantaggio per la banca, che può agevolmente recuperare quanto erogato in caso di mancata consegna della cosa.

6.4.2- Un'altra fattispecie in cui il ricorso al trust e alla separazione dei beni ad esso conferiti può tornare utile è quella in cui il finanziamento per la realizzazione di singoli opere o progetti non venga erogato direttamente all'imprenditore, bensì a un trust, del quale l'imprenditore è il *trustee*: costui procede autonomamente alla realizzazione dell'opera attraverso la costituzione di una società (anche una Srl unipersonale) avente tale realizzazione quale oggetto sociale esclusivo, aggirando così il problema, difficilmente superabile, di un trust che svolga direttamente attività d'impresa⁷⁰. La segregazione ottenuta renderebbe il *trustee* estraneo ad eventuali crisi finanziarie proprie dell'imprenditore, impedirebbe che egli fosse da queste travolto e gli consentirebbe comunque di far fronte agli impegni presi con la banca mutuante, atteso che almeno la parte di opera realizzata con le *tranche* di mutuo erogato rimane di proprietà del trust, a garanzia dei debiti contratti.

La ricostruzione ipotizzata consente che il mutuo venga erogato alla società costituita dal *trustee*, la quale è separata rispetto al patrimonio dell'imprenditore e alle altre società che a costui facciano capo: è interessante osservare come la creazione di un trust che a sua volta costituisce una società genera un diaframma insuperabile tra questa società e quelle "a monte", interrompendo il nesso di controllo tipico del gruppo societario.

motivato, per raggiungere la medesima conclusione, qualora avesse potuto riscontrare che il venditore del bene era *trustee* della somma corrispostagli dal mutuante; cosicché, divenuto impossibile il raggiungimento dello scopo, egli era obbligato a restituire la somma al mutuante/disponente": M. Lupoi, *Trusts* cit., p. 509.

⁷⁰ Il problema di evitare la costituzione di un *trust* che eserciti direttamente l'attività d'impresa si pone con riferimento all'ordinamento italiano, mentre detta fattispecie è ampiamente diffusa negli ordinamenti di *common law* ove motivi fiscali possono rendere più conveniente, per l'operatore che intenda svolgere un'attività commerciale, ricorrere al *trading trust* piuttosto che alla costituzione di una società: cfr. riferimenti in D. J. Hayton, *The Law of Trusts*, London, 1993, p. 61, Underhill and D. J. Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, London, 1995¹⁵, p. 33, nonché D. W. M. Waters, *The Institution of the Trust in Civil and Common Law*, London, 1995, p. 337.

7. Conclusioni

Come accennato, l'esposizione sin qui compiuta conferma che, almeno alla luce delle prime riflessioni elaborate, non sono numerose le ipotesi operative che, allo stato attuale dell'ordinamento nazionale, possono coinvolgere un trust nei rapporti bancari, sia pure con la cautele che le singole fattispecie impongono: del resto, in campo finanziario, la stessa riserva di legge a favore di banche, intermediari finanziari non bancari e imprese di investimento mobiliare impedisce che lo strumento in parola possa essere utilizzato per attività di raccolta di risparmio e di gestione di patrimoni mobiliari, settori dove invece ne è frequente l'adozione in paesi di *common law*⁷¹.

Tuttavia, se, sia pure nei limitati ambiti oggi consentiti dalla legislazione vigente, le operazioni indicate fossero poste in essere con *trustee*, si acquisterebbe, da parte sia della clientela che delle banche, quella dimestichezza con l'istituto, che rappresenta il primo imprescindibile momento di conoscenza dell'istituto medesimo.

Solo attraverso una verifica nel concreto delle diverse fattispecie possono misurarsi gli effettivi margini che l'ordinamento lascia all'operatività del trust e, per contro, i contenuti minimi di un intervento legislativo: i due ambiti di indagine risultano dunque fra loro strettamente connessi ed entrambi preliminari ad una efficace messa a fuoco dei problemi collegati al recepimento del trust, operato dalla legge di ratifica della Convenzione dell'Aja.

Proprio in funzione della complessità dell'indagine avviata, l'Associazione non mancherà di proseguire nell'approfondimento del tema del trust e delle

⁷¹ L'operazione di raccolta, talora posta in essere anche da filiali estere di banche italiane, può avvenire secondo le seguenti modalità. Si prefigura una raccolta prestabilita per tagli e per ammontare globale; ai depositari la banca consegna *depositary receipts* (certificati di deposito) emessi da un trust; il diritto al rimborso del certificato (capitale e interessi pattuiti) è esercitabile quindi nei riguardi del trust, il quale a sua volta tiene depositato l'ammontare dell'emissione presso la banca; quest'ultima - alla quale il trust ha consegnato il denaro previo rilascio di apposite ricevute (*acknowledgement*) - è a sua volta obbligata a riconoscere al trust, a scadenza, quanto necessario perché questi possa estinguere i certificati emessi. Per assicurare questo adempimento, l'accordo fra banca e trust garantisce a quest'ultimo una serie di poteri volti a controllare la buona gestione della prima durante il periodo di vigenza dell'accordo stesso, nonché il potere-dovere di agire nei confronti della banca medesima in caso di inadempimento della stessa all'obbligazione di restituire le somme depositate. In tal modo: *a*) la banca seguita a poter contare sulla raccolta effettuata, ma trasferisce, sia pure dietro compenso, il servizio del debito e i suoi costi al trust; *b*) i singoli risparmiatori vedono dal trust meglio difesi i propri interessi nei confronti della banca, interessi che altrimenti, singolarmente considerati, avrebbero poche possibilità di esser fatti valere. Cfr., per ulteriori riferimenti, A. Lupoi, "Trust, sollecitazione del pubblico risparmio, prospetto, tutela del risparmiatore-beneficiario", in *Corr. giur.*, 1995, p. 752.

sue implicazioni sulla operatività bancaria; sarà cura della stessa provvedere a diffondere agli associati i risultati di tali ulteriori ricerche, nella convinzione che “i trusts arricchiranno il nostro patrimonio e daranno origine a tipi negoziali nuovi per regolare fattispecie rispetto alle quali il nostro tradizionale armamentario si è rivelato inefficace”⁷².

⁷² M. Lupoi, “La sfida dei trusts in Italia”, cit., p. 1205.