

## INTRODUZIONE

La crescente integrazione economica e sociale ha reso negli ultimi anni piu' evidente, nei paesi di *civil law*, la mancanza dell'istituto del *trust*. La magistratura di questi paesi si e' frequentemente trovata di fronte a casi in cui era necessario dare attuazione a disposizioni (per lo piu' testamentarie) contenute in *trust deeds*. Ad una prima tendenza giurisprudenziale di assimilazione del *trust* nelle categorie di *civil law* (da ricordare il Trib. d'arr. Luxemburg, 20.1.1971, che defini' il *trust* "un contratto misto di mandato, donazione, contratto a favore di terzo"), negli ultimi venti anni si e' assistito, in alcuni paesi, alla opposta volonta' di rispettare la reale natura del *trust*. Al fine di eliminare ogni incertezza riguardo la disciplina applicabile nei singoli casi concreti, si e' alla fine giunti all'approvazione di una Convenzione che disciplina la legge applicabile ed impone il riconoscimento del *trust* in quanto tale.

Contemporaneamente, la manifesta duttilita' del *trust* e la conseguente applicabilita' in svariate operazioni economico-finanziarie hanno indotto alcune giurisdizioni di *civil law* ad intervenire con leggi speciali al fine di dotare anche questi paesi di strumenti finanziari o commerciali appropriati che ricalcassero alcune utilizzazioni di *trusts* inglesi o americani (si pensi alla legge italiana n.77/1983 sui fondi comuni di investimento, o alle leggi francesi del 23.12.1988 sulla *titrisation*, del 2.1.1981, "legge Dailly", sulla cessione di crediti a titolo di garanzia, del 1.23.7.1987 sul mecenatismo). Da ultimo, la Francia ha deciso di proporre l'introduzione nel codice civile di un istituto generale ad hoc, "*la fiducie*", presentato come il gemello del *trust* nell'Europa di *civil law*.

### 1. LA CONVENZIONE DE L'AJA SULLA LEGGE APPLICABILE AI TRUSTS E SUL LORO RICONOSCIMENTO

La Convenzione de l'Aja ha origine nell'esigenza di armonizzare le regole del diritto internazionale privato, fornendo ai paesi di *civil law* gli strumenti giuridici necessari per individuare la disciplina complessiva applicabile ad un *trust*. Scopo della Convenzione non e' dunque l'introduzione dell'istituto del *trust* nei paesi di *civil law* ma piuttosto quello di porre fine al processo di elaborazione giurisprudenziale, che ha caratterizzato fino a questo momento tutte le giurisdizioni di *civil law*, diretto a sussumere l'istituto del *trust* nelle tradizionali categorie del codice civile (c.d. "denaturation du trust sur le fondement de la theorie de l'equivalence"). A questo proposito, l'art.11 della Convenzione impone alle giurisdizioni di *civil law* di riconoscere il *trust* in quanto tale.

La Convenzione e' costituita da quattro parti le cui disposizioni principali possono essere raggruppate come segue: (i) definizione di *trust*; (ii) regole destinate alla

risoluzione del conflitto di leggi applicabili; (iii) obbligo degli stati di riconoscere un *trust* in quanto tale; (iv) limiti del riconoscimento.

### **1.1. La definizione di trust**

L'art. 2 definisce il *trust* quale "rapporto giuridico istituito - inter vivos o mortis causa- da una persona, il costituente (*settlor*), qualora alcuni beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per uno scopo determinato". La definizione di *trust* e' dunque molto generica; il testo della Convenzione non azzarda alcuna qualificazione del trasferimento di beni dal *settlor* al *trustee*, non essendo proponibile nel diritto continentale la contrapposizione tra *legaled equitable ownership*. Il testo, tuttavia, fornisce alcune caratteristiche per l'individuazione di un *trust*: l'oggetto del *trust* costituisce un fondo separato dal patrimonio personale del *trustee*; la titolarita' sui beni e' in capo al *trustee*, oppure a qualche altra persona per conto del *trustee*; il *trustee* ha il potere ed il dovere (per il quale e' responsabile) di amministrare, utilizzare e disporre dei beni, secondo i termini dell'accordo e gli speciali obblighi a lui imposti dalla legge. Anche questi elementi di identificazione appaiono, in realta', molto elastici; essi non costituiscono caratteristiche proprie unicamente del *trust* di *common law*, ma anche di istituti similari utilizzati in paesi di *civil law*, quali (limitandosi all'ambito europeo): la *fiducie bancarie* del diritto lussemburghese (tuttavia limitata alle banche) introdotta nel 1983 nel codice civile, la *fondation de famille* (1926) e la *treuhandshaft* (1928) del diritto del Liechtenstein, nonche' la *fiducie* del progetto di legge francese. Questa generica assimilazione tra *trusts* e istituti similari e' importante, come vedremo, ai fini della scelta della legge applicabile nei singoli casi (secondo il disposto di cui all'art.6).

*Trustee* puo' essere sia una persona fisica che una persona giuridica: questo non e' espressamente previsto dalla Convenzione ma lo e' implicitamente, giacche' alcune disposizioni menzionano alternativamente la residenza o la sede del *trustee*.

L'ambito di applicabilita' della Convenzione e' limitato esclusivamente ai *trusts* costituiti volontariamente e provati per iscritto (art.3); sembra esclusa pertanto, in via generale, l'applicabilita' della Convenzione ai *trusts* dichiarati in via giudiziaria (*resulting trusts*, *constructive trusts*, *implied trusts*) che spesso, tra l'altro, hanno categorie corrispondenti negli ordinamenti di *civil law* (quali la gestione di affari, il pagamento dell'indebitato o l'arricchimento senza causa). Tuttavia, l'art.20 della Convenzione prevede che gli Stati ratificanti possano estendere l'applicazione della Convenzione anche a questi *trusts* dichiarati per via giudiziaria.

### **1.2. La legge applicabile**

Il costituente puo' scegliere la legge applicabile al *trust*; la scelta puo' essere espressa o implicita (art.6). Ma se l'ordinamento scelto non ha una disciplina del *trust*, questa indicazione del costituente non e' valida e vengono applicate tutte le regole stabilite nell'art.7 (art.6).

Secondo questa disposizione, dunque, le parti potrebbero scegliere di applicare una legge diversa da quella di *common law* purché si tratti di ordinamento che disciplini il rapporto giuridico di "*trust*" secondo la descrizione di cui all'art.2. Quindi anche la *fiducie* di cui al progetto di legge francese o il *trust* del diritto del Liechtenstein rientrano nell'ampia nozione di *trust* di cui all'art.2 della Convenzione; la *fiducie* del diritto del Lussemburgo e', invece, nozione troppo ristretta perché limitata alle banche.

Se il soggetto costituente non sceglie alcuna legge applicabile al rapporto o se l'ordinamento indicato non contiene una compiuta disciplina del *trust*, il rapporto sarà disciplinato secondo il criterio del collegamento. A questo proposito l'art.7 menziona quattro elementi per individuare la giurisdizione collegata ad un rapporto di *trust*: a) il luogo di amministrazione del *trust* scelto dal costituente; b) il luogo in cui si trovano i beni oggetto del *trust*; c) il luogo di residenza o la sede (per le persone giuridiche) del *trustee*; d) il luogo in cui le obbligazioni del *trust* devono essere adempiute.

La legge così individuata dovrà disciplinare: nomina, revoca, dimissioni del *trustee*; diritti, obblighi, poteri dei *trustees*; rapporto tra *trustee* e beneficiari; modifiche, termine del *trust*; distribuzione del patrimonio del *trust*.

### **1.3. Il riconoscimento**

Un *trust* che presenti le caratteristiche sopra menzionate deve essere riconosciuto come *trust* (art.11). In particolare, al riconoscimento del *trust* consegue l'assoluta autonomia dei beni oggetto del *trust* da qualsiasi vicenda del *trustee* per cui: a) i creditori personali del *trustee* non possono aggredire quei beni; b) in caso di fallimento del *trustee*, i beni non fanno parte della massa fallimentare; c) i beni del *trust* non fanno parte della comunione matrimoniale del *trustee* o del suo coniuge, né fanno parte del patrimonio ereditario in caso di morte del *trustee*; d) infine, i beni possono essere recuperati dal beneficiario se il *trustee*, in violazione dei suoi obblighi, li confonde con il suo patrimonio oppure li trasferisce a terzi (in ogni caso sono fatte salve le disposizioni dettate dai singoli ordinamenti a tutela dei terzi).

L'art.12, inoltre, prevede la possibilità di registrazione dei beni oggetto del *trust* a nome del *trustee* in qualità di *trustee*, anche se la stessa disposizione fa salve eventuali norme interne contrarie.

#### **1.4. Limiti del riconoscimento**

La Convenzione prosegue, poi, con alcune disposizioni destinate, tutto sommato, a limitare gli effetti del riconoscimento di un *trust*. In particolare, l'art.13 prevede la facoltà degli Stati di non riconoscere un *trust* allorché i suoi elementi più significativi (ad eccezione della *lex fori*, del luogo di amministrazione del *trust* e della residenza o sede del *trustee*, elementi che quindi possono essere situati anche in paesi che non contengono una disciplina del *trust*) sono più strettamente collegati con ordinamenti che non disciplinano l'istituto del *trust*. Quindi, argomentando a contrario da questa complessa disposizione sembra che, se i seguenti elementi costitutivi di un *trust*: domicilio o residenza del costituente, domicilio o residenza dei beneficiari, e *lex situs* dei beni oggetto del *trust*, si trovano in giurisdizioni che non prevedono una disciplina del *trust*, questo *trust* può non essere riconosciuto dalle Autorità competenti. Il soggetto costituente, pertanto, non può scegliere liberamente la legge applicabile ad un *trust*: deve trattarsi, innanzitutto, di un *trust* che abbia caratteristiche internazionali e, poi, la legge scelta deve contenere una disciplina di questo rapporto. In altre parole, un *trust* non può essere costituito in Italia da cittadini italiani su beni italiani con un *trustee* italiano (ad es. una società fiduciaria): questo *trust* non avrebbe carattere internazionale e non potrebbe essere riconosciuto dalle Autorità italiane. È però possibile che un cittadino italiano, che voglia costituire un *trust* su alcuni suoi beni, li trasferisca ad un *trustee* inglese (o di qualsiasi altro paese che abbia una disciplina del *trust* ad es. un paese *offshore* con disciplina fiscale favorevole): questo *trust*, secondo la Convenzione, deve essere riconosciuto nello Stato italiano.

Un'altra disposizione limitativa del riconoscimento di un *trust* è l'art. 15 che fa salve le norme di diritto internazionale privato, di volta in volta applicabili ed in quanto non derogabili, in materia di: a) protezione di minori ed incapaci; b) effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c) diritti di successione; d) trasferimento dei diritti di proprietà e di garanzia; e) protezione dei creditori in caso di fallimento; f) protezione dei terzi di buona fede. Inoltre, l'art.16 fa salve le disposizioni legislative del foro che devono essere applicate anche per situazioni internazionali; l'art.18 fa salvo il principio di ordine pubblico; l'art. 19 fa salve le disposizioni fiscali interne.

## **2. IL PROGETTO DI LEGGE FRANCESE SULL'INTRODUZIONE DEL CONTRATTO DI FIDUCIE NEL CODICE CIVILE**

La Francia ha rinviato la ratifica della Convenzione de L'Aja fino a quando il contratto di *fiducie* non sarà inserito nel codice civile; infatti, solo in quel momento sarà possibile scegliere anche il diritto francese per regolare un rapporto di "*trust*". Da circa tre anni è all'esame del Parlamento un progetto di legge che propone l'introduzione del contratto di fiducia nel codice civile, nel libro III dei contratti, nella

sezione VI bis, agli artt. 2062-2070-11. Il progetto di legge contiene alcune disposizioni civilistiche ed altre fiscali.

Per quanto riguarda gli aspetti civilistici, il contratto di fiducia si caratterizza rispetto agli altri contratti disciplinati dal codice civile, innanzitutto, per la previsione di un patrimonio a destinazione separato. La disciplina del contratto di fiducia riprende in linea generale lo schema del contratto a favore di terzo, anche se non richiede l'accettazione del beneficiario per considerare irrevocabile la prestazione pattuita dallo stipulante: dal contratto stipulato tra costituente e fiduciario nasce un diritto diretto in capo al terzo indipendentemente dalla sua accettazione. Questo diritto può avere ad oggetto il trasferimento di beni, oppure la distribuzione di utili, a seconda se il contratto di fiducia ha la funzione di assicurare, rispettivamente, la trasmissione di un patrimonio oppure la sua gestione.

Di seguito, l'esame delle principali disposizioni del progetto.

## **2.1. La definizione**

La definizione di "*fiducie*" è quella di un "contratto con il quale il costituente trasferisce tutto o parte dei suoi beni e diritti ad un fiduciario che ha l'incarico di agire per un fine determinato, a profitto del beneficiario o dello stesso costituente".

## **2.2. La titolarità del patrimonio**

Secondo l'art.2068, il fiduciario nei confronti dei terzi è considerato pieno proprietario sui beni e diritti a lui trasferiti, a meno che non venga dimostrato che i terzi avevano conoscenza dei limiti del suo potere. A fini civilistici, dunque, proprietario è considerato il fiduciario; il beneficiario, invece, per la durata del contratto è solo un creditore; terminato il periodo stabilito nel contratto (che non può eccedere 99 anni), il beneficiario diventa il vero ed unico proprietario. Tuttavia, a fini fiscali, il fiduciario non è mai considerato proprietario: costituente e beneficiario, invece, sono considerati proprietari in applicazione del principio della trasparenza. Quindi, il costituente è soggetto ad imposizione fiscale per il trasferimento dei beni ed il beneficiario, invece, è obbligato a pagare le tasse sugli utili che fossero a lui distribuiti dal fiduciario, oppure, nel caso in cui il patrimonio trasferito in fiducia fosse a lui devoluto in eredità, le tasse di successione.

## **2.3. Il patrimonio separato**

Questo contratto si caratterizza perche' il legislatore dispone espressamente la costituzione di un patrimonio separato a tutela della posizione dei beneficiari. L'art.2069 stabilisce che: beni e diritti trasferiti al fiduciario costituiscono una massa separata; il fiduciario deve prendere tutte le misure necessarie ad evitare la confusione sia con i beni personali che con altri patrimoni fiduciari; i beni possono essere aggrediti solo dai creditori nati dalla conservazione o dalla gestione di questi beni.

#### **2.4. Mezzi di tutela dei beneficiari**

Il progetto di legge dispone, pertanto, l'obbligo del fiduciario di mantenere un patrimonio separato sui beni oggetto del trasferimento. Tuttavia, nessuna disposizione disciplina i mezzi di tutela dei beneficiari nei confronti del fiduciario, in caso di violazione dell'obbligo di mantenere un patrimonio separato. Bisogna dunque fare riferimento alla disciplina generale: i beneficiari potranno pertanto agire contrattualmente, esercitando un'azione personale nei confronti del fiduciario. A differenza del diritto inglese, i beneficiari sembrano sprovvisti di alcuna azione reale sui beni che fossero stati trasferiti a terzi in violazione dell'accordo.

A questo proposito merita considerazione l'art.2068 secondo cui il fiduciario nei confronti dei terzi e' considerato avere il potere piu' pieno sui beni e diritti oggetto del contratto, a meno che non venga dimostrato che i terzi avevano conoscenza dei limiti al potere di disposizione imposti al fiduciario nel contratto. Se il beneficiario, dunque, non riesce a dimostrare la mala fede del terzo e cioe' la sua conoscenza della violazione dei limiti del potere, il trasferimento effettuato dal fiduciario e' valido e il beneficiario potra' rivalersi solo sul fiduciario con un'azione personale. E se il fiduciario e' insolvente, il beneficiario dovra' concorrere con gli altri creditori non privilegiati. Opposta e', invece, la soluzione accolta dal diritto inglese del *trust*: secondo il diritto inglese, in caso di disposizione dei beni del *trust* da parte del *trustee* in violazione del *trust deed*, i beneficiari hanno un diritto di sequela (*tracing right*) sui beni (anche su quelli in cui gli originari fossero stati trasformati - c.d. surrogazione reale) che puo' essere fatto valere nei confronti di tutti i terzi tranne quelli di buona fede dietro corrispettivo. Tuttavia, la buona fede del terzo (e cioe' la mancata conoscenza della violazione del *trust*) non si presume come nell'ordinamento francese, ma deve essere dimostrata dal terzo medesimo. Inoltre, in caso di insolvenza del *trustee*, innanzitutto il patrimonio del *trust* non e' assoggettato a procedura concorsuale; inoltre, nel caso in cui non ci fosse piu' alcun bene su cui soddisfarsi, i beneficiari vantano comunque una posizione reale sui beni acquistati dal *trustee* per uso personale in violazione del *trust*.

#### **2.5. Esclusioni**

Il progetto di legge francese fa salva l'applicabilita' di tutte le disposizioni del codice civile in materia di quota di legittima obbligatoria e prevede l'esercizio dell'azione di riduzione in caso contrario. Comunque, derogando al codice civile, il progetto di legge propone che l'azione di riduzione possa essere esercitata anche in valore e non solo in natura, se il contratto di fiducia riguarda le imprese a carattere industriale, commerciale, artigianale, agricolo o liberale o ha ad oggetto la maggioranza delle quote o azioni di una societa' avente il medesimo oggetto. La previsione di una compensazione in valore a favore degli eredi e' essenziale per l'utilizzazione del contratto di fiducia al fine del trasferimento di complessi aziendali a carattere familiare; tuttavia, l'introduzione di questa disposizione sta incontrando molti ostacoli perche' deroga ad un principio fondamentale del codice civile in materia di successione. D'altro canto, nel caso in cui si scegliesse di non derogare al codice civile, il rischio sarebbe quello di vanificare la possibilita' di usare il contratto di fiducia per il trasferimento di complessi aziendali a carattere familiare che potrebbe costituire, invece, una delle applicazioni piu' diffuse del nuovo istituto perche', garantendo i diritti degli eredi beneficiari, assicura nello stesso tempo il miglioramento della produttivita' delle aziende la cui gestione potrebbe essere affidata ad uno o piu' fiduciari competenti.

## **2.6. Intervento del giudice**

L'intervento del giudice, che costituisce una caratteristica essenziale della disciplina inglese del *trust* (sia a tutela della posizione dei beneficiari, che del trustee che debba fare uso di poteri discrezionali), e' previsto nell'art.2070-1 del progetto di legge francese su ricorso del costituente o dei beneficiari, solo quando il fiduciario viola gravemente i suoi doveri o mette in pericolo la salvaguardia degli interessi che gli sono stati affidati. In questi due casi, il costituente o i beneficiari possono chiedere: la nomina di un amministratore provvisorio, la sostituzione del fiduciario, l'interruzione del rapporto di fiducia. In ogni caso, alla pronuncia giudiziaria segue automaticamente lo spossessamento del fiduciario.

**Sabrina Bruno**