



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto privato Comparato

IL TRUST IN ITALIA E NELLA REPUBBLICA DI
SAN MARINO. LO SHAM TRUST

RELATORE

Chiar. ma Prof.ssa

Barbara Santa De Donno

CANDIDATO

Anastasia Matilde Freschi

Matr. 122873

CORRELATORE

Chiar. mo Prof.

Domenico Benincasa

ANNO ACCADEMICO 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE	p. 4
PREMESSA	
IL <i>TRUST</i>: INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO	
1. Origini storiche	p. 7
2. Definizione	p. 9
3. Principali funzioni	p. 11
CAPITOLO I	
IL <i>TRUST</i> IN ITALIA	
1.1 La Convenzione de L'Aja	p. 15
1.2 Il riconoscimento del <i>trust</i> in Italia	p. 20
1.3 L'istituzione del <i>trust</i> in Italia	p. 24
1.4 L'art 2645 <i>ter</i> del codice civile italiano e il <i>trust</i> : due istituti a confronto	p. 27
1.4.1 La pubblicità del <i>trust</i> in Italia	p. 31
1.5 Il <i>trust</i> e gli istituti analoghi dell'ordinamento italiano	p. 35
1.5.1 <i>Trust</i> e negozio fiduciario	p. 35
1.5.2 <i>Trust</i> e mandato	p. 38
1.5.3 <i>Trust</i> , fondo patrimoniale e patto di famiglia	p. 40
1.5.4 <i>Trust</i> e affidamento fiduciario	p. 43

CAPITOLO II

IL *TRUST* NELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO

- 2.1 Il sistema sammarinese delle fonti del diritto p. 46
- 2.2 La legge sul *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42 p. 49
- 2.2.1 La legge sul *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42 ed il modello
 di *trust* internazionale p. 68
- 2.3 La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino del 1° marzo 2010, n. 43
p. 70
- 2.4 La Corte di San Marino per il *trust* ed i rapporti fiduciari p. 77

CAPITOLO III

LO *SHAM TRUST*

- 3.1 Introduzione p. 85
- 3.2 Lo *sham trust* nei Paesi d'origine p. 86
- 3.3 Lo *sham trust* in Italia p. 98
- 3.4 Lo *sham trust* a San Marino: l'ordinanza della Corte per il *trust* ed i rapporti
fiduciari del 5 dicembre 2017, n. 4 p. 103

CONCLUSIONI p. 108

BIBLIOGRAFIA p. 110

INTRODUZIONE

Il presente elaborato - muovendo dall'ordinanza della Corte per il trust ed i rapporti fiduciari di San Marino del 5 dicembre 2017, n. 4 e passando per un'analisi dell'istituto del *trust* nel diritto italiano e in quello sammarinese - si prefigge l'obiettivo di ricostruire l'evoluzione della contrastata teoria dello *sham trust*.

Il termine *sham*, nato nel linguaggio comune e traducibile con l'italiano "fasullo"¹, si presta a descrivere, come del resto suggerisce questa generica espressione, numerose situazioni tra loro differenti così che, non essendoci ancora norme di legge in materia e trattandosi di questione relativamente recente, manca un'impostazione pacificamente condivisa.

L'ordinanza *de quo* ha rappresentato il punto di partenza della trattazione, in quanto, se pur riguardante altra questione², finisce con l'offrire un'interessante chiave di lettura circa la nozione di *sham* e, soprattutto, sull'applicazione della stessa negli ordinamenti di *civil law*. Il provvedimento sammarinese dunque, nonostante venga effettivamente trattato solo nell'ultima parte dell'elaborato, costituisce il filo rosso che lega i vari capitoli.

In primo luogo, nel tentativo di offrire un quadro generale del *trust*, la premessa ne ripercorre le origini storiche, la struttura e le principali funzioni; ponendo l'accento, già in questa fase preliminare, sulla duttilità che contraddistingue tale istituto.

Il resto dell'elaborato è articolato in tre parti: le prime due dedicate all'analisi del *trust*, rispettivamente in Italia e a San Marino mentre la terza, a chiusura, allo *sham trust*.

Il primo capitolo, nell'analizzare gli sviluppi del *trust* in Italia, si occupa innanzi tutto della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 in forza della quale l'istituto è entrato

¹ Cfr. M. PETRONE, *Il trust sham e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 35; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, 2016, p. 31 il quale, nell'adottare questa traduzione cita M. GRAZIADEI come originario promotore della stessa.

² La Corte fu adita dal *trustee* di un *trust* disciplinato dalla legge sammarinese al fine di essere autorizzato a compiere un atto eccedente i propri poteri. In particolare, il *trustee* chiese di poter transigere la lite che lo vedeva come convenuto dinanzi al Tribunale di Torre Annunziata sostenendo che destinare la quasi totalità del fondo in *trust* alla transazione con la curatela fosse in realtà una destinazione a vantaggio dei beneficiari e pertanto rientrante nella nozione di "utile" di cui all'art. 53 della legge del 1° marzo 2010, n. 42 sul *trust*. Tale norma infatti, nell'ambito del generale potere giurisdizionale di controllo e supervisione rimesso alla Corte, le attribuisce, tra l'altro, la facoltà di autorizzare il *trustee* a "compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri". Con riferimento al caso *de quo*, la Corte, come si vedrà (cfr. nota n. 154 del Capitolo II e par. 3.4 del Capitolo III), autorizzò il *trustee*, raccomandandogli inoltre di collocare in *sub-trust* una somma per la protezione degli interessi della figlia minore del disponente affetta da grave e permanente disabilità.

nel nostro ordinamento e ne esamina i punti principali. Prosegue con una panoramica dei momenti più salienti del travagliato processo di riconoscimento del *trust*, sulla cui ammissibilità si è molto dibattuto. Passa quindi ad un esame più accurato della fase costitutiva dell'istituto in esame, l'istituzione del *trust*, focalizzandosi su negozio istitutivo e negozio dispositivo. A questo punto, si occupa dell'art. 2645 *ter* del codice civile, il quale, con riferimento al *trust*, risulta particolarmente rilevante sotto un duplice profilo. La norma infatti, da una parte, è stata oggetto di discussione in quanto considerata da alcuni quale una sorta di “*trust* italiano” e dunque sfruttata dai detrattori dell'istituto per evidenziarne l'inutilità; dall'altra, invece, ha drasticamente ridotto la questione intorno alla pubblicità del *trust*.

Infine, in un'ottica comparativa, data la flessibilità del *trust* e le sue molteplici applicazioni, vengono analizzati alcuni istituti italiani a cui il *trust* per caratteristiche e funzioni può essere accostato.

Il secondo capitolo - dopo una breve digressione sul sistema delle fonti del diritto sammarinese, necessaria per inquadrare la peculiarità di questo ordinamento – esamina la legge del 1° marzo 2010, n. 42 per mezzo della quale San Marino si è dotata di una propria disciplina in materia di *trust*. Inoltre, considerato che la Repubblica è un Paese di *civil law* e che la legge sammarinese è la prima in lingua italiana ad offrire una disciplina materiale sul *trust*, quest'ultima viene poi comparata con il modello di *trust* internazionale al fine di evidenziarne punti di contatto e differenze. L'elaborato procede occupandosi della legge del 1° marzo 2010, n. 43 la quale disciplina il contratto di affidamento fiduciario, in questo modo rappresentando non solo una risposta civilistica al diritto dei *trust*, ma anche un valido strumento per il giurista italiano. In Italia infatti, nonostante la cosiddetta legge sul “dopo di noi”³ consideri tale contratto quale alternativa rispetto al *trust* e al vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* del codice civile, l'affidamento fiduciario non riceve alcuna disciplina rimanendo pertanto istituto di pura elaborazione dottrinale. La trattazione su San Marino termina con un approfondimento sulla Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari, istituita *ad hoc* con la legge del 26 gennaio 2012, n. 1 al fine di offrire risposte adeguate alle specifiche problematiche che coinvolgono il *trust* e più, in generale, i rapporti fiduciari.

³ Legge del 25 giugno 2016, n. 112.

Il terzo ed ultimo capitolo è dedicato allo *sham trust*. In particolare, nel tentativo di delineare i connotati della fattispecie in esame, viene per prima cosa ripercorsa l'evoluzione della nozione *sham* nei Paesi origine, sottolineandone la complessità. A seguire, si osserva come questa sia stata recepita nell'ordinamento italiano e si affrontano le principali problematiche a ciò connesse. In conclusione, viene analizzata la pronuncia della Corte di San Marino di cui sopra, la quale offre una soluzione alle predette problematiche che pare essere coerente sia con i principi in tema di *trust* sia con i principi tipici degli ordinamenti di *civil law*.

PREMESSA

IL *TRUST*: INQUADRAMENTO DELL'ISTITUTO

1. Origini storiche – 2. Definizione – 3. Principali funzioni

1. Origini storiche

L'istituto del *trust* nasce nel sistema giuridico inglese e, più in particolare, nell'ambito del cosiddetto *equity system* (XIV secolo). Quest'ultimo si presentava come risposta all'ormai troppo rigido sistema di *common law* che, eccessivamente ancorato a formalismi procedurali, aveva finito col diventare inadeguato rispetto ai bisogni sempre nuovi della vita sociale ed economica inglese.

I ricorrenti iniziarono infatti a rivolgersi direttamente al sovrano, in quanto titolare del potere e fonte di giustizia, affinché intervenisse “per soddisfare la coscienza e per opera di carità” decidendo le controversie sottopostogli *secundum equitatem*.⁴

In concreto, veniva in primo luogo rivolta una petizione al cancelliere nella sua funzione di “*keeper of the king's conscience*” e, se reputato opportuno, questa veniva trasmessa al sovrano perché la decidesse in seno al consiglio della corona.

Tuttavia, dopo la guerra delle Due Rose (1455-1485), divenendo sempre più complesso per il re riunirsi col consiglio, trovò spazio una giurisdizione autonoma del cancelliere che portò alla formazione di una vera e propria corte di cancelleria (*Chancery Court*), la cui attività si distinse per “la versatilità delle soluzioni adottate e per la funzione di carattere rimediabile avverso la fossilizzazione delle regole di *common law*”⁵.

Il sistema di diritto così delineatosi andò ad affiancarsi, come complementare⁶, a quello già esistente delle corti regie di Westminster imprimendo all'ordinamento inglese carattere dualista.

Tale carattere dualista si manifesta anche nello stesso *trust* che, sebbene abbia nel tempo assunto diverse forme, mantiene l'originaria dicotomia delle fonti: la proprietà

⁴ V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014, p. 283.

⁵ A. SALVATI, *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004, p. 13.

⁶ In questo senso la massima, emessa dalla Chancery Court stessa: “*equity follows the law*”.

in capo a chi riceve il titolo (*trustee*) trova disciplina nella *common law*, mentre i diritti del beneficiario nell'*equity*. Più nello specifico infatti, prima che le pronunce delle *Chancery Courts* riconoscessero nel *trust* un obbligo giuridico e non più soltanto morale, era solo il trasferimento di proprietà ad avvenire secondo diritto (*at law*) mentre il corrispondente diritto del beneficiario restava completamente privo di tutela. Posto dunque che il *trust* deve la sua nascita al sistema di *equity*, non si può non ricordare quello che fu il suo antecedente storico: lo *use*⁷.

Dal punto di vista storico, la prassi dello *use* consisteva nel trasferire un proprio bene (immobile) ad altri obbligando quest'ultimo a detenerlo per gli scopi del trasferente.⁸ Questo istituto, che si inseriva nel complesso quadro del sistema feudale inglese⁹, da una parte serviva a garantire il beneficio di un bene anche a chi non fosse in condizione di amministrarlo¹⁰ e dall'altra veniva impiegato per evitare il pagamento degli alti tributi dovuti ai signori feudali per la proprietà terriera.

Fu proprio nel tentativo di arginare tale evasione che nel 1535 Enrico VIII emanò lo *Statute of uses* in forza del quale diventava effettivo proprietario colui per il cui beneficio il bene era amministrato.

Tuttavia, pur incidendo profondamente sulla diffusione dello *use*, lo statuto non fu in grado di arginare un altro fenomeno che nel frattempo aveva cominciato a svilupparsi: lo *use upon a use*; per effetto di questo, verificandosi due successive operazioni di *use*, la proprietà veniva trasferita ad un soggetto e il godimento a un altro. In questo modo il primo soggetto diventava sì proprietario ma per il beneficio del terzo. Questa

⁷ Il termine deriva dal latino *opus*, traducibile con “a beneficio di”; si è poi trasformato nel francese antico *ues* (prima ancora *oes*) e infine nell'inglese *use*. G. LEPORE, *Trust nel modello inglese e nel modello internazionale: cenni sulle origini storiche*, in *Trust: aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino 2010, p. 14.

⁸ M. C. MALAGUTI, *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 2011, tavola 13, pp. 201-204.

⁹ Il sovrano, in ordine col garantirsi il controllo su tutto il territorio affidava alla gestione dei signori locali (*lords*) il godimento delle terre. A loro volta i *lords* concedevano in godimento le terre a persone di loro fiducia (*tenants*) che si obbligavano a eseguire alcune prestazioni, spesso di natura pecuniaria, in favore del concedente. Di fatto il rappresentato sistema gerarchico si risolveva essenzialmente in un articolato sistema di tassazione.

¹⁰ In questo senso, esempi di impossibilità di amministrare un bene immobile sono rintracciabili nei divieti di possedere proprietà immobiliari per determinati soggetti, quali le persone fisiche appartenenti a ordini religiosi (per le quali l'impossibilità di essere titolari di beni discendeva altresì da ragioni etiche, in quanto tale titolarità si sarebbe posta in stridente contrasto con il voto di povertà effettuato) e nei cosiddetti “*unincorporated bodies*” cfr. S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, pp. 57-58.

seconda operazione prendeva il nome di *trust*.¹¹ In altre parole, era possibile trasferire il *legal estate*¹² a uno o più soggetti (*trustee*) e l'interesse beneficiario a un altro soggetto (*cestui que trust*) o a un numero maggiore di beneficiari.

2. Definizione

La flessibilità e l'adattabilità del *trust* rendono difficile inquadrare l'istituto in un'unica definizione. Esso infatti, potendo essere utilizzato per funzioni e finalità tra loro assai diverse, si presta ad assumere un'innumerabile quantità di dati strutturali.

Tuttavia, posto che le forme in cui il *trust* può manifestarsi sono molteplici, è possibile definire quella che è la sua struttura tipica: un soggetto, denominato disponente, trasferisce beni di sua proprietà ad un altro, denominato *trustee*, affinché quest'ultimo li amministri e gestisca, in maniera autonoma e dinamica, nell'interesse di uno o più beneficiari o per il raggiungimento di uno scopo.

Accanto a queste tre figure può poi aggiungersene una quarta, il cosiddetto guardiano a cui viene affidato il ruolo di supervisore dell'operato del *trustee*. Inoltre, è bene ricordare che non necessariamente disponente e beneficiario sono due soggetti diversi; essi possono infatti coincidere dando così vita al cosiddetto "*trust* autodichiarato".

In generale, sono dunque almeno quattro i diversi significati del termine *trust*: il rapporto tra disponente e *trustee*; il vincolo di attività gravante sul fondo in *trust*; le obbligazioni del *trustee* di attuare il compito affidatogli e ciascuna di tali obbligazioni; il complesso delle posizioni giuridiche nascenti dall'affidamento.¹³

A prescindere dall'impiego che del *trust* viene fatto e dalla genesi dello stesso¹⁴, elemento caratterizzante che accomuna tutte le tipologie di *trust* esistenti è l'effetto

¹¹ M. C. MALAGUTI, op. cit., p. 204.

¹² Per *estate* si intende l'interesse al godimento del *tenant*. Più nello specifico "situazione giuridica caratterizzata dall'esistenza di un soggetto sovraordinato rispetto al titolare dell'*estate*; l'*estate* ritorna a tale soggetto sovraordinato qualora il regime di devoluzione dell'*estate* abbia termine" così M. LUPOI, voce *Trust: I) profili generali*, cit., 2.

¹³ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011, p. 9.

¹⁴ In questo senso i *trusts* possono essere distinti in espressamente istituiti e non espressamente istituiti. Alla prima categoria appartengono i *trusts* in cui il disponente definisce il compito e ne affida l'attuazione al *trustee* per mezzo del cosiddetto "negozio istitutivo"; alla seconda tutti quelli che invece trovano origine a prescindere da questo (*implied trusts*, *constructive trusts*, *resulting trusts* e *statutory trusts*).

segregativo. In forza di tale effetto, il fondo in *trust*, pur nel patrimonio del *trustee*, è vincolato alla realizzazione del compito ad esso affidato e ciò comporta che le vicende personali e obbligatorie del *trustee* non si ripercuotono sul fondo in *trust*.

Per effetto della segregazione dunque i beni destinati a formare il cosiddetto “*trust fund*”, fondo in *trust*, diventano un patrimonio autonomo e distinto privo di personalità giuridica; tale patrimonio esce dalla disponibilità del disponente e viene acquisito dal *trustee*, che ne diviene il proprietario.

Come precedentemente evidenziato, il *trust* è nato in quanto la giurisdizione di *equity* ha fatto assurgere a rilevanza giuridica un obbligo assunto dal *trustee* che non trovava riconoscimento e tutela *at law*. Il diritto del beneficiario di un *trust* a veder adempiuto detto obbligo può essere azionato dal beneficiario stesso non solo nei confronti del *trustee*, ma anche nei confronti dei terzi; in altre parole, detto diritto è opponibile ai terzi¹⁵. Intorno a tale particolarità del diritto del beneficiario è sorto un acceso dibattito circa la sua natura reale ovvero personale (obbligatoria).

La più recente dottrina anglosassone propende per una tesi ibrida che media tra le due predette impostazioni. La questione ha finito per essere posta anche nel nostro ordinamento, in particolare i primi contributi in materia di *trust* elaborarono la teoria per la quale il *trust* sarebbe fonte di uno “sdoppiamento del diritto di proprietà originario in due nuovi diritti di proprietà, contemporanei, investiti in soggetti diversi ed aventi il medesimo oggetto. Tale sdoppiamento avrebbe luogo attribuendo a soggetti diversi, al trustee da un lato, e dal beneficiario dall’altro, una distinta tutela, riconoscendosi, sulla cosa costituita in trust, al primo una signoria legale (*legal estate*), al secondo una signoria equitativa (*equitable estate*). Sì che sia l’uno che l’altro diritto, in cui si viene a scindere l’originario diritto di proprietà, sono a loro volta veri e propri diritti di proprietà (*ownership, estate*) e sì che il contenuto normale del diritto di proprietà, che contiene le facoltà di disposizione e le facoltà di godimento, viene diviso in due parti, e le facoltà di disposizione vengono attribuite al trustee, quelle di godimento al beneficiario”¹⁶.

Detta tesi, per cui il *trust* è fonte di una doppia proprietà, muoveva dalla concezione di proprietà di diritto anglosassone¹⁷ ed è rimasta la maggioritaria fino agli anni

¹⁵ S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 91.

¹⁶ R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, pp. 23-34.

immediatamente successivi rispetto la ratifica della Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985¹⁸. Ad oggi, invece, la tesi dominante ritiene che il *trust* sia fonte di una sola proprietà, quella del *trustee*, e che per effetto di ciò competa al beneficiario un diritto che, pur essendo opponibile ai terzi, ha natura obbligatoria; questo in quanto il diritto del trustee è affetto da un vincolo di destinazione a rilevanza esterna¹⁹.

In conclusione, i rapporti giuridici rientranti nella nozione di *trust* sono caratterizzati da:

- un compito attribuito al *trustee*, in favore di beneficiari o per il raggiungimento di uno scopo;
- un fondo, vincolato all’attuazione del compito;
- la sua appartenenza a un fiduciario, il *trustee*, la cui morte, incapacità, rinuncia o revoca non ha effetto sulla prosecuzione del rapporto;
- la sua segregazione nel patrimonio del *trustee*;
- rimedi giuridici contro il *trustee* spettanti ai beneficiari (o ad altri soggetti).²⁰

3. Principali funzioni

Se da un lato, come già evidenziato, la duttilità del *trust* rende quest’istituto difficilmente inquadrabile in un’unica definizione e difficilmente classificabile, dall’altro è proprio tale caratteristica che ne consente numerose applicazioni pratiche e che lo rende estremamente trasversale.

Tuttavia, anche con riguardo alle possibili modalità di impiego del *trust*, fornire un’elencazione esaustiva è un esercizio al contempo difficile e limitativo della realtà fattuale. Questo paragrafo non ha pertanto la pretesa di descrivere ogni possibile

¹⁷ La proprietà nel diritto anglosassone è concepita come un gruppo di diritti che non necessariamente fanno capo ad un singolo soggetto (*fragmentation of ownership*). Oggetto del diritto di proprietà, *rectius*, dei diritti in cui essa si articola, non è il bene in sé ma *l’estate* ad esso relativo, il bene può infatti essere considerato solo come oggetto mediato. La proprietà inglese, traducibile con il termine *ownership*, si fonda su tre elementi: il diritto di amministrare, di godere o di consumare e il diritto di disporre di un bene durante la vita o dopo la morte del titolare del diritto.

¹⁸ Cfr. par. 1.2 del Capitolo I di questa tesi.

¹⁹ M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p.622.

²⁰ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, 2016, pp. 8-9.

impiego dell'istituto ma semplicemente delineare alcuni dei settori nei quali il *trust* riveste particolare utilità.

Innanzitutto, il *trust* può trovare vari usi nel campo delle operazioni finanziarie.

Ad esempio, nei finanziamenti bancari e ciò in quanto l'effetto segregativo consente alle parti interessate di instaurare rapporti maggiormente sicuri.

Nelle operazioni di finanziamento in *pool*, una delle banche finanziatrici può assumere il ruolo di *trustee* e incassare così le somme dovute a titolo di capitale e interessi a beneficio dei finanziatori, assicurando la concentrazione in unico soggetto di tutte le funzioni attinenti alla gestione dell'operazione di finanziamento.

Ancora, nella concessione di finanziamenti a imprese in difficoltà economica, le banche, pur volendo mantenere un certo grado di controllo nelle scelte imprenditoriali, considerato che generalmente non intendono essere direttamente coinvolte nella gestione delle stesse, potrebbero avvantaggiarsi della presenza di un *trustee* incaricato della amministrazione delle somme prestate, che saranno destinate ad uno specifico scopo predeterminato.

Inoltre, altre operazioni nelle quali è apparso particolarmente appropriato l'impiego del *trust* sono quelle di *project financing*²¹ (finanza di progetto); esse si caratterizzano per il fatto che l'esecuzione dell'opera (progetto) è funzionalmente collegata al finanziamento della stessa in quanto il finanziamento è garantito dalla redditività dell'opera. In tali operazioni i promotori/finanziatori assumono la veste di disponenti e costituiscono un *trust* avente ad oggetto tutti i contratti relativi alla realizzazione dell'opera attribuendo al *trustee* l'incarico di incassare i ricavi che derivano dalla vendita di tali beni. Il *trust* produce il vantaggio di garantire in favore dei beneficiari dello stesso, l'effetto della segregazione dei proventi ricavati dal *trustee* nell'esercizio del suo incarico al fine del rimborso del finanziamento.

Sempre nell'ambito delle operazioni di finanziamento, altro impiego del *trust* è quello relativo alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti (*securitisation*)²². Nell'esperienza anglo-americana, la segregazione del portafoglio dei crediti dal patrimonio della società veicolo della cartolarizzazione è assicurata mediante

²¹ Cfr. E. FERRARIS, *Operatività del trust nelle banche*, in *Vita Notarile*, 2000, pp. 572-573.

²² Tale operazione consiste nell'acquisto di un portafoglio di crediti, facenti capo ad un determinato soggetto, da parte di una società veicolo la quale utilizza le risorse finanziarie raccolte sul mercato attraverso l'emissione di titoli che saranno rimborsati con i flussi finanziari generati dalla riscossione del medesimo portafoglio di crediti.

l'impiego di un *trust*. A maggiore garanzia degli investitori tale società affida la gestione e l'amministrazione del portafoglio di crediti ad un *trustee* che agisce nell'interesse degli investitori beneficiari.²³

Un altro campo di applicazione è quello dell'utilità sociale, frequenti sono infatti i *trust* istituiti a scopo benefico. In Italia, la scelta di istituire un *trust* di questo tipo si pone come alternativa rispetto alla costituzione di una fondazione per la maggiore snellezza della struttura e dell'operatività e per la più semplice chiusura dello stesso al momento della realizzazione dello scopo²⁴.

Simili finalità, rapportate ad una specifica persona svantaggiata, sono perseguite dai *trust*, ai quali in Italia ci si riferisce con l'espressione "dopo di noi", che rispondono alle preoccupazioni dei genitori per il tempo successivo la loro morte²⁵. Tali *trust* non hanno il fine di amministrare i beni della persona svantaggiata ma piuttosto quello di amministrare il patrimonio appositamente individuato da coloro che alla persona svantaggiata provvedono oggi, i genitori/disponenti, in vista della loro futura impossibilità a provvedere ai bisogni dei figli/beneficiari.²⁶

Più in generale, frequente è il ricorso al *trust* per tutelare una persona quando essa non sia in grado amministrare autonomamente il proprio patrimonio.²⁷

L'utilizzo del *trust* è altresì rilevante nella gestione del passaggio generazionale di un'impresa. In questa fattispecie il disponente non si limita ad imporre al *trustee* l'obbligo di non alienare l'azienda (o la partecipazione di controllo) ma introduce specifici divieti di alienazione all'interno del relativo atto istitutivo, nonché clausole

²³ M. SACCHI, *Trusts e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 533.

²⁴ G. LATORRE – R. SARRO, *Trust per la realizzazione di un ospedale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 433.

²⁵ Come si avrà modo di approfondire nel corso di questo elaborato e, in particolare, nei paragrafi 1.2 e 1.3 del Capitolo I, si noti che in Italia manca una disciplina materiale del *trust*. Infatti, tale istituto, riconosciuto nel nostro ordinamento in forza della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, deve necessariamente essere disciplinato da una legge straniera non essendocene una *ad hoc* in Italia.

²⁶ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, 2016, p.361.

²⁷ In Italia, tra le testimonianze di questo tipo di *trust*, rientrano i casi in cui occorre impedire spese improprie da parte di persone che non sono in condizione di essere interdette ma, per esempio, sono colpite da ludopatia. A. DI SAPIO, *Protective trust e amministratore di sostegno: un dialogo* (commento a decreto del G.T. presso il Trib. Bologna 12 giugno 2013), in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, pp.10-17.

volte a garantire che in futuro l'azienda (o la partecipazione di controllo) spetti necessariamente ai discendenti del disponente.

Proseguendo nella rassegna delle applicazioni del *trust* è possibile affermare che, in senso generico, tutti i *trust* svolgono un'intrinseca funzione di garanzia; tuttavia possono essere identificate diverse configurazioni dei *trust* che più in senso stretto rientrano nella categoria dei cosiddetti "*trust* di garanzia" e che pertanto più specificamente rispondono ad un'esigenza di questo tipo. Una tra queste si ha quando il disponente segrega una massa di beni con lo scopo di assicurare i propri creditori o uno specifico creditore, in questo caso, per esempio, un debitore non fallibile potrebbe utilizzare il *trust* al fine di accordarsi con i propri creditori affidando i propri beni ad un *trustee* che ne curi la liquidazione e la distribuzione del relativo ricavato.²⁸

Un'ulteriore configurazione di questa categoria di *trust* è rintracciabile nella fattispecie in cui le obbligazioni derivanti da una singola emissione obbligazionaria siano conferite nel *trust* e il *trustee* sia una società specializzata nella tutela degli interessi degli investitori. In tal caso il *trustee* rappresenta gli interessi ed esercita i diritti degli obbligazionisti senza necessità del loro consenso ed intraprende le azioni necessarie in caso di ritardo nei pagamenti.²⁹

Infine, altro interessante impiego del *trust* è ravvisabile nel cosiddetto *blind trust*. Esso si ha quando un soggetto si trova ad assumere incarichi pubblici e pertanto, per evitare potenziali conflitti di interesse, decide di conferire in *trust* le proprie partecipazioni societarie così da scongiurare eventuali imputazioni di conflitto tra interessi privati e interesse pubblico.

Come premesso, la disamina delle applicazioni pratiche del *trust* sopra riportata non ha lo scopo di fornire un'elencazione esaustiva ma piuttosto quello di sottolineare l'estrema adattabilità ed utilità dell'istituto.

²⁸ P. ZAGAMI, *La disciplina italiana della crisi da sovraindebitamento tra best practices internazionali e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p.556.

²⁹ Questa è la prassi seguita in molte piazze finanziarie internazionali, ad esempio in Lussemburgo. G. CRISTOFARO, *Il trust nel contesto delle emissioni obbligazionarie internazionali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p.151.

CAPITOLO PRIMO

IL *TRUST* IN ITALIA

1.1 La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento – 1.2 Il riconoscimento del *trust* in Italia – 1.3 L'istituzione del *trust* - 1.4 L'art 2645-ter del codice civile italiano e il trust: due istituti a confronto – 1.4.1 La pubblicità del *trust* - 1.5 Il *trust* e gli istituti analoghi dell'ordinamento italiano – 1.5.1 *Trust* e negozio fiduciario – 1.5.2 *Trust* e mandato – 1.5.3 *Trust*, fondo patrimoniale e patto di famiglia – 1.5.4 *Trust* e affidamento fiduciario

1.1 La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento

La "Convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento", sottoscritta a L'Aja nel 1985 e ratificata dalla Repubblica Italiana in forza della legge 16 ottobre 1989, n. 364 (di seguito, la "Convenzione"), risponde all'esigenza, in primo luogo, di determinare la legge applicabile ad un *trust* in una situazione di conflitto di leggi e, in secondo luogo, di ottenere il riconoscimento dei *trust* negli ordinamenti che non conoscono tale istituto. La Convenzione obbliga infatti gli stati ratificanti a riconoscere i *trust* regolati da legge straniera.

Peculiarità della Convenzione rispetto ad altre Convenzioni dell'Aja risiede nel fatto che esse trattano, sul piano delle norme di conflitto di legge, istituti dotati di apposita regolamentazione in tutti gli stati aderenti; la Convenzione invece mira a creare un collegamento tra i vari Stati, trattando un istituto che è sconosciuto nella maggior parte dei paesi di *civil law*. È proprio tale difficoltà dell'oggetto il motivo della scelta, espressamente enunciata, di lasciare spazio per l'interpretazione e l'adattamento all'interno di ciascuno stato.

La Convenzione si divide in cinque capitoli. Il primo capitolo, nei cinque articoli che lo compongono, individua il campo di applicazione della Convenzione. Gli altri, rispettivamente, hanno ad oggetto: la legge applicabile (artt. 6 - 10); il riconoscimento (artt. 11- 14); alcune disposizioni generali (artt. 15 – 25) e le clausole finali (artt. 26 - 32).

Ai sensi dell'art. 1 "la presente Convenzione determina la legge applicabile al trust e ne regola il suo riconoscimento." Tale disposizione dunque, indica esplicitamente i due ambiti di intervento della Convenzione. In particolare, il primo è costituito dall'introduzione di norme internazionalprivatistiche uniformi e cioè di norme atte a consentire l'individuazione della legge applicabile al *trust*; il secondo, consiste nel dettare una disciplina degli effetti sostanziali del riconoscimento del *trust*.

Dopo avere indicato, all'art.1, le finalità della Convenzione, all'art. 2 si delinea la nozione di *trust* che costituisce oggetto della Convenzione: "Ai fini della Convenzione, per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente – con atto tra vivi o *mortis causa* – qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato".

Tale norma, tuttavia, non ha l'obiettivo di definire cosa si intenda per *trust* ma soltanto quello di identificare quali siano gli istituti ai quali si applicano le disposizioni della Convenzione. La Convenzione è, pertanto, autoreferenziale³⁰ e, proprio perché autoreferenziale, trova applicazione ogni volta che il giudice riscontri che gli elementi del rapporto giuridico dedotto in giudizio corrispondano agli elementi descritti nell'art. 2 della stessa. Tale disposizione infatti, nonostante l'uguaglianza del *nomen juris*, presenta caratteri così vaghi da non giustificare una semplice riconduzione al modello inglese; permette invece l'adattamento di una serie vastissima di situazioni tanto degli ordinamenti di civil law che di quelli di common law. A questo proposito è stata coniata l'espressione "*trust* amorfo"³¹ per indicare un modello generale e astratto al quale è possibile ricondurre oltre al *trust* proprio degli ordinamenti di *common law*, tutti quegli istituti che presentino i caratteri dalla Convenzione delineati³².

L'art. 3 limita l'ambito della Convenzione ai soli *trust* provati per iscritto e a quelli istituiti volontariamente. Sempre con riguardo all'ambito di applicazione della

³⁰ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, 2016, pp. 237-239.

³¹ M. LUPOI, *Introduzione ai trusts: diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994; ID., *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees*, 1995, p. 15 Per il ricevimento di questa definizione nella letteratura straniera v. J. HARRIS, *The Hague Trust Convention: scope, application and preliminary issues*, Oxford, 2002, pp. 111-120.

³² Per completezza espositiva si riporta anche la tesi che, basandosi sul carattere di norma di diritto internazionale privato da riconoscersi alla Convenzione, ritiene scopo di essa sia permettere il riconoscimento di un *trust* (ovvero l'omonimo istituto di diritto anglo-americano) nelle fattispecie che comportano un conflitto tra leggi. Presupposto per l'applicazione della Convenzione è, dunque, che si sia in presenza di una fattispecie di *trust* munita di oggettivi caratteri di internazionalità, tale da giustificare il ricorso alla normativa convenzionale che regola i conflitti di legge nella materia in questione. Cfr. L. SANTORO, *Il trust in Italia*, Milano, 2004, p.38-39.

Convenzione, appare opportuno richiamare già da adesso l'art. 20 della stessa, il quale esclude i *trust* "dichiarati da provvedimenti giurisdizionali". A questo proposito, non è chiaro se un *constructive trust*³³ possa essere oggetto di riconoscimento; tuttavia, questo non impedisce che l'applicazione del diritto straniero possa essere richiesta a prescindere dalle disposizioni della Convenzione. Gli *statutory trust* (*trust* nascenti dalla legge scritta), invece, sono sempre stati riconosciuti senza necessità di applicazione della Convenzione.

L'art. 4 dispone che la Convenzione non si applica alle questioni preliminari relative alla validità degli atti *inter vivos* o *mortis causa*, con i quali si realizza il trasferimento dei beni oggetto del *trust*. Tali atti devono essere valutati, sotto il profilo della disciplina di conflitto, dalle norme ordinarie, ovvero dalle eventuali disposizioni convenzionali ad essi applicabili. Dunque, in virtù di questa norma, deve operarsi il coordinamento tra legge regolatrice dell'atto, mediante il quale vengono trasferiti i beni al *trustee*, e la legge regolatrice del *trust* individuata sulla base delle norme convenzionali.

Il I capitolo si chiude con l'art. 5 il quale dispone che "La Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo II non preveda l'istituto del *trust* o la categoria di *trust* in questione". La questione finisce inevitabilmente col coinvolgere l'esatta individuazione dell'oggetto della Convenzione; infatti, se si sposa la tesi (dominante) per cui il *trust* dalla stessa disciplinato, non corrisponde all'omonimo istituto anglo-americano ma rappresenta un modello amorfo, l'art. 5 va interpretato nel senso di ricomprendere entro la nozione di legge anche i sistemi normativi che disciplinano istituti diversi dal *trust* anglo-americano ma corrispondenti al *trust* amorfo. Pertanto, davanti alle svariate categorie negoziali che possono realizzare la fattispecie del *trust* oggetto della Convenzione, in ordine col verificare se l'ordinamento richiamato conosca o meno l'istituto del *trust*, bisognerà accertare la corrispondenza della fattispecie in concreto realizzata agli elementi che la Convenzione individua per la definizione di *trust*³⁴.

³³ I giuristi inglesi hanno solo confusamente concettualizzato questa categoria di *trust* e anzi hanno suggerito che i confini della figura sono stati lasciati volutamente vaghi per consentire al giudice di adattarli alla necessità della giustizia del caso concreto. In generale, può dirsi *constructive trust* un *trust* imposto per via giudiziale e dunque prescindendo dall'esistenza di un atto istitutivo posto in essere da un disponente.

³⁴ In questo senso Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* – op. cit., 2016, p. 247 il quale, convinto sostenitore della teoria del "trust amorfo", sottolinea come le leggi che non conoscono l'istituto del

Ai fini della determinazione della legge regolatrice del *trust*, la Convenzione individua due criteri, rispettivamente agli articoli 6 e 7: (i) la libera volontà del disponente, espressa o desumibile dall'atto istitutivo e (ii) in mancanza di quanto al precedente (i), la legge con la quale il *trust* ha legami più stretti.

L'art. 8 della Convenzione stabilisce che tutte le questioni relative al *trust* (ivi inclusa la sua validità) saranno assoggettate alla legge regolatrice individuata con i predetti criteri. Conseguentemente, un *trust* retto da una legge diversa da quella dello stato in cui è costituito reca con sé tutte le norme della legge regolatrice ed i giudici dello stato nel quale esso opera sono obbligati ad applicare tale legge regolatrice straniera.

Inoltre, la Convenzione consente che singoli elementi del *trust* siano regolati da leggi diverse, qualora la legge regolatrice del *trust* lo permetta (art. 9 della Convenzione); tale fenomeno prende il nome di “frazionamento, spezzettamento” o “*dépeçage*”³⁵.

In concreto, è possibile che un *trust* sia regolato da più leggi in tre diverse ipotesi: (i) per volontà del disponente che, ex art. 6 Conv., ha scelto più leggi regolatrici; (ii) quando, non avendo il disponente individuato alcuna legge regolatrice o avendone individuato una che non conosce l'istituto del *trust*, i criteri di collegamento di cui all'art. 7 Conv. conducono all'applicazione di più leggi regolatrici; (iii) come combinazione delle due ipotesi precedenti³⁶.

L'art. 11 della Convenzione detta la disciplina in tema di riconoscimento del *trust*. Il "riconoscimento" consiste nell'obbligatoria applicazione nel foro della legge straniera alla quale il *trust* è sottoposto³⁷. Qualsiasi *trust* istituito in conformità alle prescrizioni della legge regolatrice, individuata secondo i criteri dettati dalla Convenzione, deve essere riconosciuto quale *trust*. Conseguentemente, il riconoscimento consente l'applicazione della legge regolatrice in uno stato diverso con riferimento a tutti gli effetti e le vicende giuridiche riguardanti tale *trust*.

Ai sensi della Convenzione, dal riconoscimento del *trust* derivano i seguenti tre effetti:

- la segregazione patrimoniale dei beni conferiti in *trust*;

trust, così come delineato dalla Convenzione, sono rarissime e che, con riguardo alla questione della categoria del *trust*, il tema è pressoché privo di rilevanza pratica.

³⁵ Cfr., S. BARTOLI, *Il trust*, Milano, 2001, p. 546; L. SANTORO, *op.cit.*, pp. 64 - 66; P. LAGARDE, *Le dépeçage dans le droit international privé des contracts*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, pp. 649 ss.

³⁶ V. SALVATORE, *Il trust – Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996, p. 78.

³⁷ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust -op. cit.*, 2016, pp. 245-247.

- la legittimazione processuale del *trustee*;
- la legittimazione negoziale dello stesso.

Tale disposizione rende la Convenzione una legge uniforme, in quanto le tre regole sono dettate dalla Convenzione e non dalla legge regolatrice del *trust*³⁸.

Inoltre, l'art. 11 della Convenzione individua altre conseguenze del riconoscimento, che troveranno applicazione esclusivamente qualora la legge regolatrice del *trust* lo consenta o lo preveda. In particolare:

- i creditori personali del *trustee* non possono soddisfarsi sul fondo in *trust*;
- qualora il *trustee* sia dichiarato fallito il fondo in *trust* non confluisce nella massa fallimentare;
- il fondo in *trust* non fa parte dei beni oggetto del regime matrimoniale del *trustee* e non cade nella sua successione;
- la rivendicazione dei beni in *trust* sia permessa nella misura in cui il *trustee*, violando le obbligazioni risultanti dal *trust*, abbia confuso i beni in *trust* con i propri o ne abbia disposto. Tuttavia, i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro.

L'art. 12 prevede la possibilità per il *trustee* di rendere nota, in registri (pubblici o privati), l'esistenza del *trust*; unico limite che il *trustee* incontra è rappresentato dalla legge dello stato in cui la registrazione deve aver luogo. Anche tale norma è una disposizione di diritto uniforme.

L'art. 13 dispone che “Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi significativi, ad eccezione della scelta della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del *trustee*, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”. Tale disposizione consente di non applicare la legge straniera regolatrice di uno specifico *trust* quando i suoi elementi siano più strettamente connessi a Stati che non conoscono l'istituto del *trust* o la categoria alla quale quel *trust* appartiene; rappresenta una eccezione alla regola del riconoscimento dei *trust* retti dalla legge straniera. Si tratta di una norma di chiusura della Convenzione volta ad evitare il riconoscimento del *trust* che passi indenne attraverso le varie disposizioni protettive

³⁸ Si veda J. HARRIS, *op.cit.*, p. 313.

della Convenzione e sia, ciò nonostante, ripugnante³⁹. A vigilare che un *trust* di questo tipo non venga riconosciuto, sono sia il legislatore che il giudice; infatti, spetta al legislatore sancire fattispecie di non riconoscibilità ed al giudice spetta negare il riconoscimento del *trust* nei casi specifici e ciò senza che la mancanza di una previsione legislativa ne limiti l'ambito di azione.

L'art 15 riguarda, invece, le disposizioni che, individuate in forza degli ordinari criteri internazionalprivatistici, non possono essere in alcun modo derogate per mezzo di un atto di volontà privata e, pertanto, è espressamente stabilito che tali disposizioni prevalgono sulle disposizioni contrarie della legge regolatrice del *trust*.

1.2 Il riconoscimento del *trust* in Italia

Nonostante la ratifica della Convenzione da parte dell'Italia, l'ingresso del *trust* nell'ordinamento italiano è stato il risultato di un processo complesso.

In particolare, la questione riguardava il riconoscimento del *trust* c.d. "interno", ovvero sia quel *trust* che, in forza del riconoscimento garantito dalla Convenzione, ha ad oggetto beni situati in Italia ed è istituito da un disponente italiano, ma è disciplinato da una legge straniera. In altri termini, sono definiti interni quei *trust* che non presentano significativi elementi di contatto con ordinamenti giuridici stranieri ma, al contrario, i cui dati soggettivi e oggettivi sono legati all'ordinamento italiano, essendo l'unico elemento di internazionalità la legge regolatrice.

La dottrina e la giurisprudenza italiana si sono soffermate sull'ammissibilità nel nostro ordinamento del *trust* interno in considerazione dell'espressa eccezione al riconoscimento prevista dall'art. 13 della Convenzione. Infatti, secondo la dottrina contraria all'ammissibilità del *trust* interno, l'art. 13 conterrebbe il divieto del riconoscimento del *trust* in questione mentre la dottrina favorevole interpreta la norma nel senso che essa attribuisce al giudice la facoltà di negare il riconoscimento di un *trust* che si connota come abusivo.

Le obiezioni che venivano mosse dalla dottrina italiana al riconoscimento dei *trust* interni erano tanto di natura giuridica quanto di natura sistemica, in quanto si faceva

³⁹ M. LUPOI, *Introduzione ai Trust*, Milano, 1994, pp. 148-153.

riferimento ai potenziali disastri che il riconoscimento dei *trust* avrebbe potuto provocare in Italia.

In primo luogo, si sosteneva che la Convenzione era una convenzione di diritto internazionale privato e, pertanto, non idonea a fungere da convenzione di diritto uniforme o a introdurre un istituto straniero nel nostro ordinamento. In realtà, come già visto al precedente 1.1, la Convenzione non ha l'obiettivo di introdurre nuovi istituti negli ordinamenti degli stati contraenti quanto, piuttosto, quello di rimuovere gli ostacoli ad una attività negoziale che le parti decidono di sottoporre a legge straniera, includendo anche norme di diritto uniforme⁴⁰.

In secondo luogo, si sosteneva che i *trust* interni si sarebbero posti in contrasto con la norma di garanzia patrimoniale dettata dall'art. 2740 cod. civ. nonché al generale principio del numero chiuso dei diritti reali⁴¹. Inoltre, nel nostro ordinamento vige il principio di unitarietà della proprietà, per cui nello stesso diritto sono ricomprese le facoltà di godimento, gestione e disposizione del bene⁴², e pertanto uno sdoppiamento della proprietà sullo stesso bene non può essere ammesso dal nostro ordinamento. Tale sdoppiamento della proprietà è, invece, alla base del *trust* di diritto inglese che, pertanto, si riteneva porsi in contrasto con i principi giuridici fondamentali del nostro ordinamento.

In particolare, nell'ordinamento inglese si distingue tra *legal ownership* e *equitable ownership*, in ragione della contemporanea presenza dei sistemi di *equity* e di *common law*. In tale ordinamento, il *trustee* ha la proprietà di *common law* di qualsiasi bene conferito in *trust* ma è tenuto ad amministrarlo a vantaggio di un beneficiario (che può essere tanto il disponente quanto un terzo) che, quale *equitable owner*, può vantare diritti di proprietà "fiduciaria" contro lo stesso *trustee*⁴³.

⁴⁰ Cfr. R. LUZZATTO, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, pp.7 - 16; L. ROVELLI, *Libertà di scelta della legge regolatrice*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 505 ss.

⁴¹ Si riteneva quindi che i negozi di trasferimento dal disponente al trustee non fossero trascrivibili né iscrivibili nel registro delle imprese, ove fosse necessario. Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op.cit.*, 2016, p. 263.

⁴² Cfr. S. BARTOLI, *Gli effetti della ratifica*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea* (a cura di M. BIANCA - A. DE DONATO) in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2013, p. 40.

⁴³ A. CACCIATORE, *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*, in *Giur. Di Merito*, 2003, fasc. 9, p. 1698.

Quanto alla prima considerazione relativa alla garanzia patrimoniale, questa sembra partire da un presupposto errato. I beni affidati al *trustee* non sono beni del debitore e non rientrano neppure nella nozione di beni futuri in quanto sono trasferiti al *trustee* ma segregati all'interno del suo patrimonio. Questo arricchimento, dunque, non passa mai per il patrimonio del *trustee*⁴⁴. Inoltre, il principio di cui all'art. 2740 cod. civ. è stato progressivamente eroso da una serie di interventi normativi volti a consentire la costituzione di patrimoni separati. Basti pensare in merito alle operazioni di cartolarizzazione dei crediti ovvero ai patrimoni destinati dalle società per azioni ad uno specifico affare ex art. 2447-*bis* cod. civ. Alla luce di queste considerazioni, neanche l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 può più valere come un principio sacro e intangibile del nostro ordinamento⁴⁵. La garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cod. civ. non riguarda i beni inclusi nel fondo di un *trust* in quanto beni destinati ai beneficiari; la Convenzione protegge tale destinazione per mezzo di norme che, una volta ratificate dall'Italia, sono norme di diritto interno.

Si evidenzia, peraltro, che il diritto del *trustee*, così come risulta dalla nozione di *trust* delineata dalla Convenzione, configuri un ordinario diritto di proprietà o, secondo i casi, un diritto di credito che può formare oggetto degli ordinari procedimenti pubblicitari previsti dal nostro ordinamento⁴⁶.

Per quanto attiene alle altre questioni sollevate dalla dottrina, si paventava che i *trust* sarebbero serviti a ledere i diritti dei legittimari, a nascondere l'effettiva proprietà dei beni a coniugi e figli nonché, in generale, a frodare i creditori⁴⁷.

⁴⁴ P. MANES, *Trust e art. 2740 c.c. un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 570 - 583; S. BARTOLI - D. MURITANO - C. ROMANO *Trust e atti di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014, p. 9.

⁴⁵ Anche il Tribunale di Bologna con sentenza n. 4545/2003 riconosce che quello enunciato dall'art. 2740 cod. civ. già da tempo non costituisce più un principio inderogabile nel nostro ordinamento e a tal proposito cita, fra gli altri, il previgente art. 3 legge 23/3/1983 n. 77 (sui fondi comuni di investimento immobiliare, ora abrogato), l'art. 22 D. Lgs. 24/2/1998 n. 58 (rubricato "Separazione patrimoniale"), l'art. 4 D. Lgs. 21/4/1993 n. 124 (riformato dalla legge 335/1995, relativo alla formazione di fondi pensione con un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo), gli artt. 3 della l. n. 130/1999 e 13 della l. n. 448/1998 (sulla cartolarizzazione dei crediti), quest'ultimo come modificato dalla legge 402/1999.

⁴⁶ S. LEUZZI, *Trust e mezzi di tutela in rapporto al "vincolo obbligatorio"* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 3.

⁴⁷ Cfr. tra gli altri: F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente", su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, pp. 11ss; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*,

Al contrario, è stato osservato⁴⁸ che la frode ai creditori si è verificata ma si è anche potuto dimostrare l'inidoneità del *trust* in quanto le azioni revocatorie proposte sono state quasi tutte accolte senza particolari difficoltà e che, a parità di circostanze, è più facile che sia accolta una azione revocatoria riguardante un *trust* che non una riguardante un fondo patrimoniale; ciò perché un *trust* richiede l'enunciazione di un programma (destinazione) la cui fallacia è spesso auto-evidente, mentre il fondo patrimoniale non la richiede⁴⁹.

Ad ogni modo, tali questioni sono state superate anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza più conservatrice. Le obiezioni di diritto civile nascevano, infatti, da un'ignoranza del diritto dei *trust*, la quale ha dato luogo a eccessive rivendicazioni delle potenzialità del diritto italiano. Ad esempio, ciò ha portato ad affermare che un *trust* istituito ai sensi di legge straniera può essere considerato un negozio atipico valido di diritto italiano⁵⁰ ovvero a ritenere, in sede dottrinale, che un vincolo di destinazione su uno o più beni, opponibile ai terzi e costituito ai sensi delle norme di diritto italiano, rende non necessario il ricorso alla legge straniera e alla disciplina dei *trust*⁵¹.

È inoltre opportuno evidenziare come il ricorso al *trust* interno non richieda, oggi, alcuna specifica giustificazione, avendo la prassi dimostrato quante possano essere le diverse e meritevoli funzioni che un *trust* può svolgere. Il *trust* è quindi considerato un istituto cui può farsi liberamente ricorso alla medesima stregua degli istituti tradizionali del diritto italiano. Questa posizione, già manifestata dal Tribunale di Urbino⁵², è stata confermata dalla Corte di Cassazione⁵³ che ha espressamente escluso

in Vita Notarile, 1998, pp. 1323ss; G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, pp. 156ss.

⁴⁸ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust - op. cit.*, 2016 p. 264.

⁴⁹ Per un raffronto tra trust e fondo patrimoniale si veda M. MONEGAT, *Raffronto tra fondo patrimoniale e trust*, in *La protezione dei patrimoni*, (a cura di M. MONTEFAMEGLIO), Rimini, 2015, p. 309.

⁵⁰ Tribunale di Velletri, ordinanza del 7 marzo 2005, su cui si veda il commento di G. FANTICINI, *La posizione del Tribunale di Velletri: una critica in Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 17.

⁵¹ G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, (a cura di M. BIANCA) Milano, 2007, p. 86.

⁵² Trib. Urbino, 11 novembre 2011, in *Trust e attività fiduciarie*, 2012, p. 401.

⁵³ Cass., 9. Maggio 2014, n. 10105.

che il riconoscimento del *trust* nel nostro ordinamento richieda che esso assicuri un *quid pluris* rispetto agli istituti già a disposizione dell'autonomia privata nel diritto interno⁵⁴.

Infine, è interessante considerare la tesi per cui la Convenzione avrebbe ora perso di utilità. Tale tesi muove dall'osservazione per cui, quando fu redatta, la Convenzione avrebbe risposto alle esigenze di quei Paesi di diritto civile che ritenevano che il *trust*, in mancanza di una specifica norma, non potesse operare nei loro ordinamenti in quanto tale istituto violava principi fondamentali del relativo ordinamento. Prosegue, evidenziando come, per lo meno in Italia, tale posizione non sia più sostenibile per due ragioni: (i) sono state progressivamente chiarite tutte le incomprensioni ed obiezioni sollevate contro il *trust* e (ii) la ricerca che ha portato al contratto di affidamento fiduciario nonché la rilettura di alcuni principi e regole del diritto italiano, hanno reso possibile la costituzione di rapporti giuridici strutturalmente parificabili al *trust*.

Conclude, sostenendo che l'Italia, con riguardo alla Convenzione, sia sempre stata una *trust country* e ciò in quanto, data la nozione di *trust* amorfo di cui all'art. 2 della Convenzione stessa, l'Italia ha sempre conosciuto fattispecie che in tale nozione rientrano; tuttavia, l'inquadramento dell'Italia quale "*trust country*" non richiederebbe più di appoggiarsi alla teoria del *trust* amorfo, perché le fattispecie oggi emerse o costruite all'esito di un procedimento comparativo si rapportano direttamente alla nozione di *trust* del modello inglese⁵⁵.

1.3 L'istituzione del *trust* in Italia

Il negozio per mezzo del quale il disponente enuncia il compito e ne affida l'attuazione al *trustee* è detto "negozio istitutivo"; il *trust* che ne consegue è detto espressamente istituito. Il negozio istitutivo può essere contenuto in una disposizione testamentaria o risultare da atto scritto *inter vivos*, in questo secondo caso è detto "atto istitutivo".

Il negozio istitutivo oltre a enunciare il compito e nominare il *trustee*, determina i beneficiari o, nei *trust* non per beneficiari, lo scopo del *trust*; indica inoltre i beni

⁵⁴Tra le pronunce favorevoli all'ammissibilità del *trust*, cfr. tra le altre: Trib. Milano 27 dicembre 1996; Trib. Genova, 24 marzo 1997; Trib. Bologna, 18 aprile 2000; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001; Trib. Bologna, 16 giugno 2003.

⁵⁵ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust- op. cit.*, 2016, pp. 267-268.

oggetto del *trust*: essi sono vincolati nei *trust* autodichiarati, mentre sono trasferiti al *trustee* nei *trust* con *trustee* diverso dal disponente.

Elemento caratterizzante il negozio istitutivo dei *trust* interni⁵⁶ è la clausola che indica da quale legge straniera deve essere regolato il *trust*.

Il negozio istitutivo di *trust* è qualificabile come negozio unilaterale programmatico, recettizio e soggetto a rifiuto⁵⁷ (tranne quando il *trustee* corrisponda con il disponente). L'unilateralità del negozio istitutivo è evidente in figure di *trust* quale quello testamentario e quello costituito *inter vivos* in cui il disponente si autonoma *trustee* (cosiddetto *trust* "autodichiarato"), ma deve essere sottolineata anche in ogni altra ipotesi di *trust* espressamente istituito, la cui fonte, in altri termini, non può ritenersi un contratto.

La causa del negozio istitutivo tra vivi è il programma della segregazione delle posizioni soggettive, al servizio del compito affidato al *trustee*. Essa si articola dunque in numerosissime cause concrete, tante quante sono le tipiche funzioni del *trust*.

Diversità tra la prassi straniera e la prassi dei *trust* interni è ravvisabile con riferimento al ruolo delle premesse dell'atto istitutivo. Infatti, se la prassi straniera dedica poca attenzione alle premesse, la prassi italiana considera che l'enunciazione del compito affidato al *trustee* e il modo per attuarlo riescono più chiari qualora il negozio istitutivo includa la descrizione dei motivi, delle ragioni e delle finalità che hanno mosso il disponente ovvero delle circostanze estrinseche nelle quali il *trustee* si troverà a operare.

La conoscenza di questo complesso di dati è utile per guidare il *trustee* nella realizzazione del compito, il giudice nell'interpretazione delle clausole dispositive e gli uffici tributari nell'inquadramento degli atti posti in essere dal disponente e dal *trustee*.

Unico requisito di forma previsto dalla Convenzione è che il *trust* sia provato per iscritto (art. 3), la prassi dei *trust* interni tuttavia tende a sottoporre le sottoscrizioni dell'atto istitutivo alla autenticazione notarile o a stipulare l'atto istitutivo nella forma dell'atto pubblico.

⁵⁶ Per *trust* interni si intendono quei *trust* che vincolano beni in Italia e sono istituiti da italiani, ma sono disciplinati da una legge straniera. Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op.cit.*, 2016, p. 263; vedi anche par. 1.2 di questo Capitolo.

⁵⁷ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op.cit.*, 2016, p. 7.

La sostanziale differenza tra questi due tipi di scritture risiede nel fatto che, nel caso si tratti di stipulare un atto pubblico, il notaio, in forza dell'art. 47 della legge notarile⁵⁸, deve indagare circa la volontà delle parti e dirigere personalmente la compilazione dell'atto. Con riguardo all'istituzione di *trust*, dovendo il relativo negozio essere necessariamente sottoposto a legge straniera, il notaio è tenuto a valutare se l'intendimento della parte sia realizzabile secondo le disposizioni della legge straniera e se le espressioni linguistiche cui ricorrerà – scritte in italiano e pertanto in una lingua che normalmente, eccezione fatta per la legge sul *trust* di San Marino, è diversa da quella legge regolatrice – produrranno gli effetti che la parte ha dichiarato di volere. Le obbligazioni del notaio rispetto alla realizzabilità degli effetti voluti dipendono dalla formulazione dell'incarico professionale⁵⁹; tuttavia è da ritenere:

- che le obbligazioni di diligenza siano particolarmente intense in presenza di nuove figure negoziali (il notaio non può cioè presupporre nella parte quelle conoscenze di base dell'istituto che può invece presupporre, pur con varia intensità a seconda della condizione della parte e della complessità dello specifico negozio, quando si tratti di applicare il diritto italiano);
- che siano configurabili obbligazioni di protezione che discendono dallo *status* e che, guardando solo al rapporto tra il notaio e il cliente, si atteggiavano quali effetti naturali del contratto⁶⁰.

Inoltre, sempre in riferimento agli obblighi gravanti sul notaio, egli, tanto con riguardo alla scrittura autenticata quanto all'atto pubblico, deve procedere a controllo di legalità (art. 28 legge notarile). Il notaio non può cioè ricevere o autenticare atti se “essi sono espressamente proibiti dalla legge”⁶¹.

⁵⁸ L.16 febbraio 1913 n. 89, così come modificata dalla l. 28 novembre 2005, n. 246. In particolare, art. 12 lett. b): “l'articolo 47 è sostituito dal seguente: «Art. 47. – 1. L'atto notarile non può essere ricevuto dal notaio se non in presenza delle parti e, nei casi previsti dall'articolo 48, di due testimoni. 2. Il notaio indaga la volontà delle parti e sotto la propria direzione e responsabilità cura la compilazione integrale dell'atto”.

⁵⁹ Si distingue a questo proposito tra notaio consulente e notaio non consulente. La giurisprudenza prospetta chiaramente i due casi, tra le altre: Cass., 18 ottobre 1995 n.10842 “Quando le parti si rivolgono ad un notaio per ottenere la sua consulenza, quale tecnico del diritto in relazione ad un contratto da esse o da altri predisposto, mirano ad assicurarsi che il contratto stesso sia non solo formalmente perfetto, ma anche idoneo a produrre il risultato pratico perseguito.”

⁶⁰ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust -op. cit.*, 2016, pp. 283-284.

⁶¹ Tale controllo si applica anche agli atti regolati da legge straniera.

Almeno da un punto di vista logico⁶², il negozio istitutivo di *trust* deve essere nettamente tenuto distinto dal negozio dispositivo che, funzionalmente collegato rispetto al primo, rende in concreto possibile l'attuazione del programma risultante dal negozio istitutivo attraverso il trasferimento al *trustee* delle posizioni soggettive di cui si avvarrà per svolgere il compito affidatogli dal disponente: cosiddette beni in *trust* o, collettivamente considerate, fondo in *trust* (“*trust fund*”).

Il trasferimento al *trustee* avviene in forme identiche a quelle richieste in generale per gli atti traslativi; per opera del disponente o di terzi, potranno, a seconda dei casi, essere previsti uno o più atti dispositivi.

I negozi dispositivi hanno una causa tipica consistente nella attuazione del compito rimesso al *trustee* e cioè della causa concreta del negozio istitutivo.

Grazie a tale collegamento con il negozio istitutivo, essi producono un effetto ulteriore rispetto a quello loro tipico: l'affidamento dell'oggetto della disposizione al *trustee* per il perseguimento dello scopo del *trust* e la sua conseguente segregazione nel patrimonio del *trustee*.⁶³

Un negozio istitutivo non accompagnato da negozi dispositivi rende il compito inattuabile e le obbligazioni del *trustee* inesigibili.

Nel *trust* testamentario il negozio programmatico (istitutivo) e il negozio dispositivo coincidono; questo avviene anche nel *trust* autodichiarato con l'ulteriore particolarità che, in questo caso, il negozio dispositivo produce direttamente il vincolo sui beni in *trust* senza alcun trasferimento.⁶⁴

1.4 L'art. 2645 *ter* del codice civile italiano e il *trust*: due istituti a confronto

L'art. 2645 *ter* è stato introdotto nell'ordinamento italiano con il D. L. 30 dicembre 2005, n. 273, poi convertito con la L. 23 febbraio 2006, n.51. Esso consente la trascrivibilità di atti pubblici con cui beni immobili e beni mobili registrati sono destinati alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con

⁶² Spesso infatti il negozio dispositivo risulta dal medesimo documento di quello istitutivo.

⁶³ M. LUPOI, *Trusts*, 1997, Milano, p. 482.

⁶⁴ Le posizioni giuridiche soggettive rimangono sottoposte al vincolo nel patrimonio del disponente che se ne sia dichiarato *trustee*.

disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche. L'articolo *de quo* è in materia di *trust* rilevante in quanto: *i*) ha riaccessa la diatriba circa l'ammissibilità del *trust* interno, nella misura in cui il vincolo di destinazione introdotto dalla norma è stato interpretato come "*trust* italiano"; *ii*) ha fortemente ridimensionato la questione intorno all'ammissibilità della pubblicità del *trust*.

Tale norma, per la sua rubrica ("trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche") e la sua collocazione nel codice civile, appare quale una disposizione sulla trascrizione. Tuttavia, se definirla in questo modo è corretto, è al contempo limitativo. Infatti, non si può prescindere dal considerare le tracce di disciplina sostanziale che dal testo⁶⁵ della norma risultano.

Essa pare introdurre gli "atti di destinazione" quale categoria generale e di questi fornisce alcune caratteristiche:

- è necessaria la presenza di un soggetto "conferente", esso può destinare beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri "alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma";
- la destinazione comporta un vincolo sui beni e la durata di tale vincolo è "per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria";
- l'atto di destinazione risultante da atto pubblico è trascrivibile;
- la trascrizione dell'atto rende "opponibile ai terzi il vincolo di destinazione";
- il conferente e "qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso" possono agire per la realizzazione degli interessi di cui sopra;
- "i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione";

⁶⁵ "Gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo".

- “i beni conferiti e i loro frutti possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti” per la realizzazione del fine di destinazione.

Da tali caratteristiche emerge un duplice profilo del vincolo di destinazione, uno statico e uno dinamico: il primo esclude i beni vincolati dal principio della responsabilità patrimoniale generica ex art. 2740 del codice civile, rendendoli disponibili solo per i debiti contratti per la realizzazione della finalità; il secondo obbliga taluno a perseguire la finalità, potendo il disponente e i terzi interessati agire contro costui per la sua attuazione⁶⁶.

È proprio muovendo dall’osservazione di tali profili e delle caratteristiche sopra descritte che parte della dottrina⁶⁷ ha tentato di legittimare l’ingresso del *trust* nel nostro ordinamento attraverso il vincolo di destinazione.

Si osserva infatti che il gestore, come il *trustee*, quale titolare di un ufficio, ha il potere-dovere di amministrare i beni vincolati, come confermato dalla previsione che per la realizzazione degli interessi ai quali la destinazione è finalizzata possono agire il conferente e qualsiasi interessato. Il vincolo si caratterizza per il distacco totale del conferente dai beni destinati, pena la qualificazione del rapporto in termini di mandato, e l’impossibilità, dunque, che al conferente spetti il controllo sull’amministrazione dei beni. I creditori personali del gestore non possono aggredire i beni destinati, mentre il gestore risponde personalmente dei debiti finalizzati alla destinazione. Come nel *trust*, i beni sostituiti a quelli originari non rientrano nel patrimonio personale del gestore ma sono inclusi nel patrimonio di destinazione.

Questa posizione non appare sostenibile. Al di là di occasionali punti di contatto infatti, uno studio rigoroso del *trust*, fa emergere una serie di differenze con il vincolo dell’art. 2645-ter del codice civile troppo importanti per essere sminuite⁶⁸.

In sintesi, l’“atto di destinazione”, come delineato nell’art. 2645 *ter* c.c., non è legato al campo delle obbligazioni fiduciarie; le poche frasi delle quali si compone la norma,

⁶⁶ M. LUPOI, *Gli “atti destinazione” nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, n. 2, pp. 169-173.

⁶⁷ Tra gli altri, vedi: G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista dir. civ.*, 2006, n.2, pp. 161 ss., 203 ss.; L. F. RISSO - D. PARISI, *Destinazione negoziale di beni ad uno scopo e tutela dei creditori*, in *Trusts*, 2017, p.135 ss., i quali denunciano la “sconcertante conseguenza di individuare nell’ambito dell’ordinamento due istituti (il *trust* interno regolato da legge straniera e i negozi di destinazione regolati dalle legge italiana) con caratteristiche per certi versi analoghe ma pretendendo poi di negare alla “destinazione italiana” una sua autonomia causale se pur atipica, riconosciuta invece al *trust*, e di individuare profili di compatibilità con le norme imperative interne per i due istituti”.

⁶⁸ L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust nell’ordinamento giuridico italiano*, Napoli, 2017, pp. 248-249.

non a caso collocata fra le norme sulla pubblicità, sono insufficienti a delineare una disciplina degli “atti di destinazione” e la nozione di “beneficiario”, se pur presente, è appena accennata.

Più in dettaglio, sul piano strutturale, in forza dell’art. 2645 *ter* c.c. possono essere vincolati letteralmente “beni immobili o beni mobili registrati”, e soltanto attraverso una interpretazione estensiva o analogica è possibile includere altre tipologie di beni, l’oggetto del *trust* invece non conosce simili limitazioni. La durata del vincolo non può eccedere i novanta anni o la vita della persona fisica beneficiaria, mentre per il *trust* la legge non prescrive la durata, bensì indica il periodo massimo entro il quale debba avvenire l’individuazione dei beneficiari titolari di posizioni quesite. Un *trust* può essere senza beneficiari determinati o determinabili, mentre l’art. 2645 *ter* sembra escludere un vincolo di scopo.⁶⁹ Ulteriore differenza è poi ravvisabile con riguardo la forma: infatti se si imponesse il requisito della forma dell’atto pubblico *ad substantiam* per l’istituzione del *trust*, si produrrebbe l’effetto paradossale di negare la riconoscibilità in Italia di *trust* di *common law* stipulati con scrittura privata non autenticata e depositati presso il notaio ai sensi dell’art. 106 n. 4 della legge 16 febbraio 1913, n. 89⁷⁰, peraltro in contrasto con l’art. 3 della Convenzione il quale pone come unico requisito formale che il *trust* sia provato per iscritto.

Sul piano funzionale, proseguendo nella disamina delle differenze tra i due istituti, il *trust* non integra una separazione patrimoniale *tout court*⁷¹.

Nel patrimonio separato vi è una traslazione della responsabilità dal patrimonio generale a quello separato, così che i creditori del patrimonio separato prevalgono rispetto ai creditori generali in quanto essi soli possono soddisfarsi sul patrimonio separato, là dove i creditori ordinari conservano la garanzia patrimoniale generica. Inoltre, tra patrimonio separato e patrimonio ordinario vi è una comunicazione unidirezionale degli arricchimenti, perché entrambi appartengono allo stesso soggetto

⁶⁹ “[L’]espresso riferimento normativo all’azione del soggetto beneficiario lascia intendere che è necessaria la presenza di un beneficiario determinato. Ciò impedisce la costituzione di un vincolo a destinazione generica come, per esempio, la cura dei disabili o dei poveri, a meno che non sia cura dello stesso conferente individuare un soggetto che si faccia portatore di questi interessi (es. la direttrice di un certo istituto). In concreto sembra quindi non ammissibile un “atto di destinazione di scopo”, che presenti caratteristiche analoghe ai *trust* di scopo.” G. OBERTO, *Atti di destinazione (art. 2645-ter c.c.) e trust: analogie e differenze*, in *Contatto e impresa/Europa*, 2007, pp. 351 ss. e 412.

⁷⁰ A.C. DI LANDRO, *L’art. 2645.ter. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Not.*, 2009, pp. 583 ss.

⁷¹ Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 566 ss.

ed egli può disporre come meglio ritiene. Nel *trust* tutto ciò è assente: non c'è né la traslazione di responsabilità dal patrimonio generale a quello separato, né il possibile passaggio unidirezionale di ricchezza dal patrimonio separato a quello generale, ma soltanto una segregazione netta tra le due sfere⁷².

In conclusione, come affermato da autorevole dottrina⁷³, è possibile definire l'“atto di destinazione” come un frammento di *trust*; tutto ciò che è nell'“atto di destinazione” è anche nei *trust*, ma i *trust* si presentano con una completezza di regolamentazione e una collocazione nell'area della fiducia che l'“atto di destinazione” non presenta. Talvolta questi ulteriori elementi non saranno decisivi e allora converrà ricorrere al diritto interno e all'“atto di destinazione”; negli altri casi converrà ricorrere ai *trust*.

1.4.1 La pubblicità del *trust* in Italia

L'introduzione dell'art. 2645 *ter* nel codice civile italiano ha fortemente ridimensionato il dibattito sull'ammissibilità della pubblicità del *trust*, fornendo ulteriore elemento a favore della tesi – già assolutamente maggioritaria⁷⁴ – che prevede la possibilità di trascrivere il *trust*.

Tale disposizione sembra infatti risolvere definitivamente il problema della trascrivibilità del *trust*, contenendo una norma che — oltre a legittimare espressamente la trascrizione di atti di destinazione — prevede testualmente ed in linea generale il fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, e dispone specificamente la preclusione dell'esecuzione forzata sui beni oggetto di vincolo, salvo che per debiti contratti per lo scopo di destinazione.⁷⁵

⁷² L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust - op. cit.*, p. 257-258.

⁷³ M. LUPOI, *Gli “atti destinazione” nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. - op. cit.*, pp. 169-173.

⁷⁴ Per le posizioni della giurisprudenza, cfr. tra le altre: Trib. Milano 23 febbraio 2005; Trib. Trieste 23 settembre 2005 “Sono oggetto della pubblicità immobiliare non gli atti ma gli effetti da questi prodotti: sia in forza dell'art. 12 della Convenzione (norma direttamente applicabile nell'ordinamento interno), sia per le disposizioni del sistema tavolo (R. D. n. 499 del 1929), deve disporsi l'intavolazione del diritto trasferito al trustee (di impronta proprietaria ma vincolato al perseguimento di uno scopo, temporalmente e condizionatamente limitato) con l'annotazione delle condizioni e dei termini dell'atto di trust, per rendere ostensibili i limiti imposti e la legittimazione attribuita al trustee.”; Trib. Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 372. In dottrina, cfr. tra le altre: F. CERIO, *La trascrizione del trust interno auto-dichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili*, in *Trusts*, 2005, p. 185; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 446-448; P. PICCOLI, *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, pp. 227ss.

⁷⁵ G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione - op. cit.*, p.211.

È opportuno precisare che la pubblicità del *trust* deve concernere, non già il negozio istitutivo, bensì soltanto il negozio dispositivo⁷⁶ e le successive vicende relative a beni del *trust fund* e concretantisi in negozi o in provvedimenti giudiziari soggetti – in considerazione dei loro effetti giuridici – a pubblicità secondo l’ordinamento dello Stato in cui la pubblicità dovrebbe effettuarsi.⁷⁷

Come sopra accennato, anche prima che l’art. 2645 *ter* c.c. consentisse di trascrivere gli “atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”, legittimando del tutto anche la trascrivibilità del *trust*, la tesi favorevole era già pressoché pacifica.

Infatti, a seguito della ratifica della Convenzione, essendo divenuto certo l’obbligo di riconoscere nel nostro ordinamento i *trust* dalla stessa contemplati, i sostenitori della tesi contraria alla pubblicità avevano visto levarsi un coro crescente di critiche.

Prima di quel momento, il principale argomento da questi addotto si traduceva nell’incompatibilità del *trust* con l’ordinamento italiano, in quanto, essendo considerato fonte di una situazione implicante “sdoppiamento della proprietà”, veniva reputato indegno di giuridica cittadinanza nel nostro diritto.

È dunque evidente come la Convenzione, sancendo il riconoscimento del *trust*, avesse già fortemente ridotto il dibattito, tuttavia non è comunque mancato chi ha continuato ad esprimersi in termini inequivocabilmente contrari alla trascrizione sostenendo che la tesi favorevole non potesse fondarsi né sull’art. 2643 c.c. né sull’art. 2645 c.c.⁷⁸.

Al di là di queste piuttosto rare prese di posizione, dopo la ratifica della Convenzione, il dibattito spostò il proprio focus sull’art. 12 Conv. e, in concreto, sul se la pubblicizzazione del *trust* fosse o meno vietata nel nostro ordinamento.

L’art. 12 della Convenzione infatti consente al *trustee* di pubblicizzare l’esistenza, sui beni mobili e/o immobili oggetto di *trust*, del vincolo di destinazione che ne discende a patto che “ciò non sia vietato dalla legge dello Stato nella quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa”.

⁷⁶ Per la distinzione tra negozio istitutivo e negozio dispositivo, cfr. par. 1.4 di questo Capitolo.

⁷⁷ S. BARTOLI, *Il trust*, *op. cit.*, p. 572.

⁷⁸ Tra gli altri, cfr. F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile- op. cit.*

Brevemente, i principali argomenti addotti dai sostenitori della tesi favorevole alla pubblicità erano⁷⁹:

- la scarsa incidenza che la ratifica della Convenzione avrebbe se il *trust* non fosse pubblicizzabile e come tale non opponibile ai terzi: aver assunto gli obblighi di riconoscimento del *trust* che dalla ratifica discendono, e poi escludere la trascrivibilità della figura, significherebbe di fatto privare quest'ultima del suo aspetto più qualificante, in quanto il vincolo di destinazione risulterebbe sistematicamente inopponibile e relegato in un contesto meramente obbligatorio;
- l'inconfigurabilità di una violazione dei principi dell'unicità della proprietà e della tipicità dei diritti reali: in primo luogo affermando che la garanzia costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost. non si estende alla configurazione del suo contenuto e, in secondo luogo, muovendo dall'esistenza nel nostro ordinamento di numerose fattispecie che depongono in questo senso (tra le altre, fattispecie di tipo obbligatorio - come i regolamenti condominiali - che, per giurisprudenza ormai pacifica, sono trascrivibili e quindi opponibili; fattispecie - come la multiproprietà - che pur mettendo in discussione il dogma romanistico della perpetuità del diritto di proprietà, sono ormai considerate trascrivibili; fattispecie - come l'affidamento in gestione - in cui si verifica, in virtù di espresse previsioni normative, una scissione tra titolarità sostanziale (e godimento) del bene da un lato e titolarità formale (e gestione) del medesimo dall'altro);
- l'elencazione di cui all'art. 2643 c.c. è da considerarsi tassativa non già quanto agli atti ivi menzionati, bensì come agli effetti giuridici da essi prodotti, come si evince dalla presenza di una norma come l'art. 2645 c.c.

È evidente dunque come l'art. 2645 *ter* si inserisca in un filone dottrinale e giurisprudenziale già affermato.

Tuttavia, se da un lato tale norma sancisce definitivamente la possibilità di trascrivere il *trust*, dall'altro solleva nuovi problemi. In particolare, essi riguardano la formulazione della disposizione; ci si chiede cioè se l'art. 2645 *ter* c.c. preveda solamente i requisiti necessari al fine di trascrivere il vincolo di destinazione o se, autonomamente, detti anche i requisiti sostanziali di legittimità del vincolo per il diritto

⁷⁹ Cfr. S. BARTOLI, *Il trust, op. cit.*, pp. 582 -588.

italiano. A seconda che si riconosca o meno un'autonomia alle norme prescrittive di requisiti sostanziali, rispetto a quelle che riguardano la trascrizione in senso stretto, ne risentirà la questione dei limiti entro i quali un *trust* regolato dalla legge straniera può considerarsi trascrivibile. Ciò perché la trascrizione è comunque disciplinata – a prescindere dalla legge che disciplina i requisiti di forma e di sostanza del *trust* – dalla legge italiana, quale *lex rei sitae* (art. 55 della legge 31 maggio 1995 n. 218).⁸⁰

Per esempio, se si considerasse quale requisito ai fini della trascrizione il requisito della durata del vincolo posto dall'art. 2645 *ter* c.c. (durata non superiore a novanta anni o alla durata della vita della persona fisica beneficiaria), rimarrebbe esclusa la trascrizione di *trust* disciplinati da leggi che non prevedono limiti di durata o che consentono una durata maggiore. Allo stesso modo, considerato che l'art. 2645 *ter* c.c. sembra ammettere solo vincoli per beneficiari e non di scopo, se tale carattere venisse elevato a requisito per la trascrizione resterebbero esclusi i cosiddetti “*trust* di scopo”. L'interpretazione che individui nei suddetti limiti “sostanziali” di durata e di scopo requisiti finalizzati esclusivamente alla trascrizione non sembra essere sostenibile. Piuttosto, sembrerebbe trattarsi di requisiti attinenti alla sostanza del vincolo di destinazione, che come tali sono disciplinati da altre disposizioni e cioè da quanto stabilito nella legge regolatrice della sostanza del *trust* (artt. 6-7 della Convenzione). Tali disposizioni possono legittimamente prevedere requisiti diversi dall'art. 2645 *ter* c.c., che non è norma di diritto internazionale privato, ma unicamente norma di diritto italiano. Questa conclusione trova peraltro pieno riscontro agli artt. 8, lett. *f*, e 2, comma 1, della Convenzione; infatti, il primo articolo espressamente qualifica la durata come materia rientrante nell'ambito di applicazione della legge regolatrice ed il secondo equipara i *trust* istituiti nell'interesse di un beneficiario a quelli creati per un fine specifico.

Altro problema è quello relativo alla forma dell'atto, in quanto considerare la previsione della forma pubblica di cui all'art. 2645 *ter* c.c. quale requisito per la trascrizione, sembrerebbe condurre all'impossibilità di legittimare forme meno rigorose di *trust* previste da leggi straniere. Tuttavia, occorre tener conto sia della vigenza della Convenzione, la cui applicazione verrebbe di fatto vanificata se non si consentisse l'opponibilità a terzi di tali *trust*; sia del fatto che la forma dell'atto istitutivo del *trust* è regolata dalla legge applicabile alla sua sostanza. Inoltre, sembra

⁸⁰ G. PETRELLI, *op. cit.* p.211.

eccessivo ravvisare nella previsione di cui all'art. 12 Conv. un divieto o una incompatibilità nella disposizione di diritto interno che richieda l'atto pubblico quale requisito di forma.

In conclusione, qualsiasi *trust* che sia riconosciuto in Italia in conformità alle previsioni della Convenzione deve ritenersi trascrivibile a norma dell'art. 2645 *ter* c.c., e ciò anche laddove i requisiti di sostanza e di forma, prescritti dalla legge regolatrice, non coincidano con quelli ricavabili dall'art. 2645 *ter* stesso.

È infatti caratteristica del diritto internazionale privato quella di recepire gli istituti stranieri nella loro originaria configurazione, come modellata sulla base delle norme giuridiche materiali richiamate dalle norme di conflitto applicabili, l'adattamento degli istituti stranieri ha infatti luogo solo quando strettamente necessario. La recezione in questi termini riguarda non solo le norme straniere ma anche gli atti validamente formati all'estero, la cui circolazione è assicurata dalle norme di diritto internazionale privato e processuale⁸¹.

1.5 Il *trust* e gli istituti analoghi dell'ordinamento italiano

Date le molteplici e svariate potenzialità che il *trust* può soddisfare, gli istituti che si prestano ad una comparazione con quest'ultimo sono numerosi e diversi sono gli ambiti cui ciascuno appartiene (diritto dei contratti, diritto di famiglia, ecc.).

Di seguito si propone una breve panoramica di alcuni dei principali istituti a cui il *trust* può essere accostato.

1.5.1 *Trust* e negozio fiduciario

Un primo istituto con il quale *trust* presenta innegabili punti di contatto è il negozio fiduciario; tale affinità è tuttavia soltanto apparente in quanto *trust* e negozio fiduciario si differenziano profondamente sia sotto il profilo della struttura che sotto quello della tutela degli interessati.

⁸¹ Cfr. R. BARSOTTI, *Confronto e collegamento in foro di norme materiali straniere*, Padova 1974, pp. 77 ss; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale privato italiano*, Milano 1974, p. 123 ss.

Il legislatore, individuando alcune figure disciplinate in leggi speciali, si è occupato solo marginalmente del negozio fiduciario; viceversa dottrina e giurisprudenza hanno contribuito in materia determinante alla costruzione dell'istituto⁸².

Secondo la definizione tradizionale⁸³, il negozio fiduciario è l'istituto mediante il quale un soggetto, fiduciante, investe un altro soggetto, fiduciario, della proprietà di un bene, di altro diritto reale ovvero di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio, attribuendogli, allo stesso tempo, l'obbligo di ritrasferirgli in futuro il diritto, di trasferirlo ad un terzo o, comunque, di farne un uso determinato. Tale titolarità è tuttavia destinata ad essere circoscritta, nell'ambito dei rapporti tra le parti, da pattuizioni di carattere obbligatorio (cosiddetto *pactum fiduciae*). Il termine fiduciario infatti, deriva dal fatto che il fiduciante, in relazione all'osservanza dell'obbligo, fa affidamento sulla lealtà di comportamento del fiduciario; ne consegue che il fiduciario, anche in violazione dell'obbligo assunto, potrebbe validamente disporre del bene trasferitogli e che, in questo caso, il fiduciante avrebbe come sola tutela il ricorso al risarcimento del danno⁸⁴.

La rilevanza dell'atto di trasferimento della proprietà, da un lato, e degli scopi sottesi all'accordo obbligatorio, dall'altro, hanno portato la dottrina a collocare il negozio fiduciario nella categoria dei negozi indiretti⁸⁵; la figura fiduciaria sarebbe infatti caratterizzata dall'eccedenza del mezzo adoperato di fronte allo scopo che si vuole perseguire⁸⁶.

⁸² Il codice civile, pur non disciplinando espressamente l'istituto in questione, se si eccettua il caso di cui all'art. 627 c.c., lo ammette implicitamente in base al generale principio di autonomia negoziale sancito dall'art. 1322, 2° comma c.c. in forza del quale i privati possono stipulare contratti anche al di fuori dei tipi di legge, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. Di seguito il testo dell'art. 627 c.c. "Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta. Tuttavia, la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace. Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere".

⁸³ Cfr., tra gli altri: F. SANTORO PASSERELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Cercola, 2012, pp. 179 ss; C. M. BIANCA, *Diritto civile.3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 711; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996, p. 956.

⁸⁴ Cfr. Trib. Milano, sez. pen., 3 ottobre 2006.

⁸⁵ Il fenomeno del negozio indiretto ricorre quando un negozio tipico viene posto in essere dalle parti per raggiungere un fine determinato, diverso da quello tipico previsto dalla legge.

⁸⁶ Può invece reputarsi superata la tesi per cui il negozio fiduciario sarebbe assimilabile alla simulazione; infatti, mentre nel negozio fiduciario entrambi i negozi posti in essere (uno reale e l'altro obbligatorio)

La natura giuridica del negozio fiduciario è stata oggetto di dibattito. In particolare, alcuni autori⁸⁷ sostengono che il negozio in esame sia caratterizzato da una *causa fiduciae*, la quale consiste nell'affidamento del fiduciante sul leale comportamento del fiduciario; il fiduciario dovrà cioè utilizzare il diritto che gli viene trasferito per un fine più ristretto rispetto a quello che la titolarità dello stesso gli permetterebbe. In altri termini, l'effetto obbligatorio costituisce la causa giustificatrice dell'effetto reale. In questo modo, muovendo da tali considerazioni, altra dottrina⁸⁸, data l'unità del negozio e la sua causalità, ha considerato il negozio fiduciario quale atipico reputandolo così ammissibile tutte le volte in cui l'effetto obbligatorio, ai sensi dell'art. 1322 c.c., è meritevole di tutela.

Tesi opposta⁸⁹ sostiene che, ammettere una *causa fiduciae*, porterebbe ad un'arbitraria e non consentita astrazione parziale della causa del negozio tipico; finendo così con l'attribuire a quest'ultimo una funzione che sarebbe incompatibile con la sua stessa causa. Altra tesi, seguita dalla giurisprudenza prevalente⁹⁰, sostiene che nel negozio fiduciario concorrano due negozi: il patto di fiducia e il mandato senza rappresentanza, l'uno dispositivo e l'altro, conseguente, di natura obbligatoria, distinti ma collegati funzionalmente.

In generale dunque, è esclusa una rilevanza esterna del *pactum fiduciae*.

Diversi sono gli scopi per cui un negozio fiduciario può essere disposto. In particolare, possono individuarsi: negozi fiduciari a scopo di amministrazione, garanzia e liberalità.

Considerate tali principali caratteristiche del negozio fiduciario, risulta evidente che l'istituto in questione presenta, rispetto al *trust*, una certa affinità.

In particolare, un primo elemento di analogia tra i due istituti può essere individuato nella relazione di carattere fiduciario che, da una parte, lega disponente e *trustee*, e

sono effettivamente voluti dalle parti, nella simulazione, e in particolare in quella relativa, è voluto solo il negozio interno.

⁸⁷ Cfr. per tutti: C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345 ss; ID., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust e agency*, Milano, 1991, pp. 1 ss.

⁸⁸ Cfr. tra gli altri: A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995, p. 609ss; U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 59ss.

⁸⁹Cfr. tra gli altri: R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, p. 673ss; L. CARIOTA FERRARA, *I negozi fiduciari*, Padova, 1936, p.124.

⁹⁰ Cfr. tra le altre: Cass. n. 10590/2009; Cass. n. 4886/2003; Cass. n.6024/1993.

dall'altra, fiduciante e fiduciario. Tuttavia, tale relazione non può essere sopravvalutata in quanto non costituisce un dato essenziale del *trust*, la cui fonte non è sempre ravvisabile in una manifestazione di volontà del disponente e dunque in un rapporto strettamente di fiducia⁹¹.

Ulteriore elemento che accomuna i due istituti risiede nel fatto che, tanto nel negozio giuridico quanto nel *trust*, la titolarità della proprietà fiduciaria in capo al fiduciario/*trustee* è diretta al soddisfacimento del fine specifico perseguito dal fiduciante/disponente. In entrambi gli istituti infatti, si verifica il trasferimento di un diritto di proprietà solo in senso formale e non sostanziale⁹²; tuttavia, ciò non risulta sufficiente per determinarne l'assimilabilità. Vi è infatti una fondamentale differenza a separare il negozio giuridico dal *trust*: i beni trasferiti in *trust* sono legati da un vincolo reale di destinazione allo scopo e, di conseguenza, detti beni non entrano a far parte del patrimonio del *trustee* ma ne costituiscono uno separato. Pertanto, solo nel *trust* la posizione del beneficiario è pienamente tutelata; questi infatti può opporre i propri diritti ai creditori personali del *trustee* ed ai terzi in mala fede e può inoltre esperire azioni di carattere persecutorio che invece non competono al fiduciante, il quale, al contrario, corre il rischio di non recuperare i propri beni per la difficoltà di provare il *pactum fiduciae*, peraltro non opponibile ai terzi.

1.5.2 *Trust e mandato*

Preventivamente, è bene specificare che, in questa sede, la comparazione tra *trust* e mandato si riferisce al mandato senza rappresentanza. Infatti, il mandato con rappresentanza, difetta, in capo al mandatario della posizione giuridica di carattere reale che invece consente un'assimilazione alla titolarità giuridica propria del *trustee* e, per certi versi, del mandatario senza rappresentanza.

Di frequente il *trust*, muovendo dalla tesi per cui la fiducia andrebbe ricondotta entro lo schema della rappresentanza indiretta, è stato accostato al mandato.

In particolare, potrebbe riscontrarsi una certa similitudine rispetto al *trust* con riguardo al fatto che, in entrambi gli istituti, vi è un soggetto, *trustee*/mandatario, che agisce in nome proprio a vantaggio di un altro soggetto, beneficiario/mandante.

⁹¹ Si pensi ai *trust* istituiti per legge, *statutory trust*, il cui riconoscimento è in Italia ormai pacifico.

⁹² Su tale tesi, cfr. Trib. Casale Monferrato, decreto 13 aprile 1984, in *Riv.not.*, 1985, n.34, pp. 240ss.

Tuttavia, differente è il contenuto del potere gestorio affidato al *trustee* da un lato e al mandatario dall'altro: nel primo caso infatti, il *trustee*, agendo da proprietario, ha la facoltà di porre in essere qualsivoglia atto materiale⁹³ mentre il mandatario può compiere solo gli atti e i negozi giuridici che specificatamente gli sono stati attribuiti dal mandante.

Inoltre, il *trustee* assume obblighi nei confronti dei beneficiari ma non del disponente, mentre il mandatario nei confronti del mandante.

Il *trustee*, nello svolgere il compito affidatogli, non acquista diritti a titolo personale mentre il mandatario assume su di sé diritto ed obblighi che si impegna a ritrasferire al mandante.

Con riguardo alla natura dell'atto, si noti che il *trust* può essere istituito con atto unilaterale mentre il mandato è un contratto.

Anche sotto l'aspetto del regime di separazione l'analogia tra *trust* e mandato non appare realizzabile. In particolare, l'art. 1707 del codice civile⁹⁴ segrega i beni acquistati in nome proprio dal mandatario così che, i creditori di questo, sebbene tali beni siano inclusi nel patrimonio del mandatario, non potranno far valere le proprie ragioni su di essi. La *ratio* della segregazione è la stessa sottesa al *trust*: un diritto viene acquistato da un soggetto non per confondersi col suo patrimonio ma per essere destinato al raggiungimento di un certo scopo. Tuttavia, se nel *trust* l'effetto segregativo si manifesta sin dal principio del rapporto gestorio, nel mandato questo si realizza solo con riguardo ai beni che il mandatario acquisti nell'esercizio dell'attività gestoria. A titolo di esempio, nella prassi ordinaria del mandato, il mandatario riceve la provvista dal mandante anteriormente all'acquisto, di conseguenza questa resta esclusa dalla segregazione, e ciò avviene nonostante i beni acquistati durante l'attività gestoria, altro non siano se non la trasformazione della provvista stessa⁹⁵.

⁹³ Purché, ovviamente, rientrante in quanto previsto nel negozio istitutivo e dunque rispondente al fine per cui il *trust* è stato istituito.

⁹⁴ “I creditori del mandatario non possono far valere le loro ragioni sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario ha acquistati in nome proprio, purché, trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento, ovvero, trattandosi di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo”.

⁹⁵ M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: “trust” e istituti civilistici*, in *FI*, n.1, pp. 3391 ss.

Dunque, differenza sostanziale tra mandato e *trust* risiede nel fatto che, nel primo caso, l'effetto di segregazione riguarda solo i beni derivanti dall'attività gestoria del mandatario e non anche quelli di cui il mandatario diviene proprietario per effetto di atti strumentali al compimento dell'attività affidatagli ⁹⁶, mentre, nel secondo, investe completamente il fondo oggetto di *trust*.

1.5.3 *Trust*, fondo patrimoniale e patto di famiglia

Il fondo patrimoniale, disciplinato dall'art. 167 del codice civile⁹⁷, è l'istituto in forza del quale, i coniugi (separatamente o congiuntamente) o un terzo, possono costituire un patrimonio destinato, vincolando determinati beni al soddisfacimento dei bisogni della famiglia. In altri termini, il fondo patrimoniale consiste nella co-gestione da parte di entrambi i coniugi di uno o più beni destinati ai bisogni della famiglia; tali beni sono caratterizzati da due vincoli di natura reale: da un lato, verso i coniugi, i quali, se vi sono figli minori, non possono disporre dei beni senza autorizzazione giudiziaria (art. 169 c.c.), dall'altro, verso i creditori, i quali non possono procedere ad esecuzione forzata sui beni e sui frutti che il creditore sapeva essere stati contratti per bisogni estranei alla famiglia (art. 170 c.c.)⁹⁸.

Dunque, nel loro complesso, i beni del fondo patrimoniale costituiscono un patrimonio di destinazione e, più in particolare, un patrimonio separato.

Così, pur se limitatamente all'ambito delle disposizioni familiari, il fondo patrimoniale potrebbe essere assimilato al *trust*, in quanto in entrambi si realizza l'effetto segregativo.

Ulteriore elemento che consente l'accostamento dei due istituti è la loro struttura bifasica; infatti, tanto nel *trust*, quanto nel fondo patrimoniale, è necessaria la presenza di due negozi: uno istitutivo ed uno di trasferimento.

⁹⁶ F. ROTA - G. BIASINI, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2012, pp. 292-293.

⁹⁷“Ciascuno o ambedue i coniugi, per atto pubblico, o un terzo, anche per testamento, possono costituire un fondo patrimoniale, destinando determinati beni, immobili o mobili iscritti in pubblici registri o titoli di credito, a far fronte ai bisogni della famiglia. La costituzione del fondo patrimoniale per atto tra vivi, effettuata dal terzo, si perfeziona con l'accettazione dei coniugi. L'accettazione può essere fatta con atto pubblico posteriore. La costituzione può essere fatta anche durante il matrimonio. I titoli di credito devono essere vincolati rendendoli nominativi con annotazione del vincolo o in altro modo idoneo”.

⁹⁸ F. ROTA - G. BIASINI, *op. cit.*, 2012, p. 307.

Brevemente considerate le principali analogie tra gli istituti in esame, è ora opportuno sottolineare gli elementi che li distinguono. Ciò, specialmente considerato che la dottrina ha più volte sostenuto come il *trust* sia da reputarsi preferibile rispetto al fondo patrimoniale⁹⁹, in quanto, con la sua flessibilità, sarebbe più idoneo a soddisfare le esigenze di tutela della famiglia che il fondo patrimoniale mira a garantire.

Innanzitutto, il fondo patrimoniale risulta indissolubilmente legato, dalla costituzione fino allo scioglimento, alla figura dei coniugi e quindi del matrimonio, mentre il *trust* può essere istituito da chiunque.

Inoltre, anche con riguardo all'oggetto, il *trust* non conosce limitazioni, mentre i beni conferibili nel fondo patrimoniale devono necessariamente rientrare nella categoria dei beni immobili, dei beni mobili registrati e dei titoli di credito.

Diversa nei due istituti è anche la durata: il fondo patrimoniale, infatti, presuppone l'attualità del vincolo coniugale; in linea generale, si può affermare che l'estinzione del vincolo matrimoniale è causa di cessazione del fondo patrimoniale. Tale regola, ai sensi dell'art. 171 c.c., subisce una deroga in presenza di figli minori in quanto, in questo caso, il fondo necessariamente dura fino al compimento della maggiore età da parte dell'ultimo figlio.

Ulteriore differenza riguarda i soggetti beneficiari. Mentre nell'ambito della stessa famiglia il *trust* può essere indirizzato a tutela di uno o più dei suoi componenti (si pensi a soggetti posti in situazione di particolare debolezza, quali, ad esempio, figli incapaci), il fondo patrimoniale, con il generico riferimento ai bisogni della famiglia, non consente di discriminare tra i membri di quest'ultima. Inoltre, in conseguenza del fatto che il fondo patrimoniale non preveda beneficiari in senso tecnico, a coloro a favore dei quali il fondo è istituito, non è riconosciuta una posizione di diritto soggettivo che gli permetta di agire nei confronti dei coniugi amministratori in caso di violazione della destinazione dei beni.

Infine, l'amministrazione del fondo patrimoniale segue le disposizioni previste in tema di comunione legale, così che, per gli atti di straordinaria amministrazione, sarà necessario il consenso di entrambi i coniugi. Dunque, nel caso in cui la coppia versi in uno stato di crisi, si corre il rischio che l'amministrazione ne risenta¹⁰⁰ o, addirittura,

⁹⁹ Cfr. tra gli altri: M. L. CENNI, *Trust e fondo patrimoniale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, pp. 523 ss; S. BARTOLI, *op. cit.*, pp. 323-324.

si immobilizzi; nel *trust*, al contrario, è solo l'atto istitutivo a fornire le indicazioni generali cui il *trustee* dovrà attenersi nell'esercizio dell'attività gestoria.

Sempre nell'ambito del diritto familiare, vi è poi un altro istituto che si presta ad essere comparato al *trust*: il patto di famiglia. Tale istituto, analogamente a quanto accaduto ed accade con riguardo al fondo patrimoniale, è stato più volte messo in discussione, essendone stati evidenziati i limiti rispetto al più duttile *trust*¹⁰¹.

Il patto di famiglia, introdotto con la l. 14 febbraio 2006 n.55 e disciplinato agli artt. 768 *bis*- 768 *octies* c.c., è definito come “il contratto con il quale, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie, l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti.”

Con il patto di famiglia si è cercato di offrire uno strumento che potesse rispondere alle criticità del passaggio generazionale e garantire la continuità dell'impresa.

Da una parte, gli assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni societarie devono liquidare gli altri partecipanti al contratto, ove questi non vi rinunzino in tutto o in parte, con il pagamento di una somma corrispondente al valore delle quote, anche in natura. Dall'altra, i beni assegnati con lo stesso contratto agli altri partecipanti non assegnatari dell'azienda, secondo il valore attribuito in contratto, sono imputati alle quote di legittima loro spettanti; l'assegnazione può essere disposta anche con successivo contratto che sia espressamente dichiarato collegato al primo e purché vi intervengano i medesimi soggetti che hanno partecipato al primo contratto o coloro che li abbiano sostituiti. Infine, quanto ricevuto dai contraenti non è soggetto a collazione o a riduzione.

¹⁰⁰ A questo proposito, si ricordi che la costituzione di fondo patrimoniale è, se pur sconsigliabile, senz'altro ammissibile anche in sede di separazione personale dei coniugi. Cfr. G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999, p. 687.

¹⁰¹ Cfr., tra gli altri: A. VICARI, *Gestione del passaggio generazionale delle imprese del patto di famiglia al trust*, in *Contabilità e bilancio*, 2010, n.23, p.10-13; A. PISCHETOLA, *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita notarile*, 2010, p.967; R. SICLARI, *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, n.2, pp. 130 ss, in particolare l'autore sostiene che “il trust, grazie alle sue prerogative, risulta essere lo strumento che, meglio degli istituti di diritto interno, riesce a tutelare gli interessi in gioco nel passaggio generazionale delle imprese. Nel confronto con il patto di famiglia si evidenziano pregi e difetti dei due istituti, che coordinati e armonizzati potrebbero dar luogo ad un risultato ottimale nella gestione del passaggio generazionale delle imprese.”; M. GIULIANO, *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2016, n.6, pp. 929 ss.

Mediante il ricorso a tale contratto, il risultato pratico a cui si arriva, è quello di attribuire l'impresa ad uno solo dei discendenti dell'imprenditore, normalmente quello che ha manifestato le maggiori capacità imprenditoriali, e di compensare gli altri con una somma di denaro¹⁰². Si realizza così, una sorta di divisione anticipata rispetto alla morte dell'imprenditore. Le assegnazioni che vengono fatte con tale patto sono definitive e non possono più essere messe in discussione.

Tra i principali limiti che il patto di famiglia presenta rispetto al *trust* vi sono:

- (i) la possibilità di trasferire l'azienda o la partecipazione societaria esclusivamente ad uno o più discendenti; infatti, laddove l'imprenditore non abbia discendenti o reputi più idoneo a succedergli un altro soggetto, non potrà avvalersi del patto di famiglia;
- (ii) il fatto che, come sostenuto dalla dottrina prevalente, appare esclusa la possibilità che il contratto possa essere concluso senza la partecipazione dei legittimari. In questo modo, il contratto, rimanendo assoggettato alla mancata intesa tra i legittimari, risultato subordinato più alla volontà degli eredi che a quella dell'imprenditore che deve disporre della propria impresa;
- (iii) l'obbligo di liquidazione è posto a carico del discendente assegnatario e non dell'imprenditore che solitamente ha i mezzi patrimoniali.

1.5.4 *Trust* e affidamento fiduciario

Il contratto di affidamento fiduciario è definito come quel contratto a mezzo del quale “un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l'individuazione di taluni beni da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario”¹⁰³.

Si tratta di in istituto di pura elaborazione dottrinale, tanto che, se pur menzionato come strumento alternativo al *trust* e al vincolo di destinazione ex art. 2645 *ter* c.c.,

¹⁰² A. VICARI, *Gestione del passaggio generazionale delle imprese – op. cit.*, 10.

¹⁰³ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. Not.*, 2012, n.3, p. 517.

dall'art. 6 della legge n. 112 del 2016 (cosiddetta legge sul “dopo di noi”)¹⁰⁴, non riceve alcuna disciplina¹⁰⁵.

Il contratto di affidamento fiduciario condivide con il *trust* l'impressione di un vincolo sull'attività dell'affidatario; quest'ultimo infatti, dovrà gestire e, se del caso, disporre dei beni per la realizzazione del programma destinatorio.

Tale programma, oltre ad unificare i beni affidati nelle loro variazioni, permutazioni e sostituzioni ed operare così la surrogazione reale¹⁰⁶, stabilisce quali siano gli interessi preminenti e se necessario li gradua, definendo il metro di giudizio di qualsiasi comportamento che potranno tenere le parti del rapporto.

Il venir meno dell'affidatario per qualsiasi causa (decesso, sopravvenuta incapacità, inadempimento, ecc.) non determina lo scioglimento del rapporto, il quale prosegue in capo ad un nuovo affidatario “per mezzo di meccanismi incentrati sulla nozione civilistica della autorizzazione avente fonte contrattuale e comportante un rapporto dominicale necessariamente temporaneo tra l'affidatario e i beni affidati, sempre soggiacente all'esercizio del potere da parte del soggetto che è titolare dell'autorizzazione”¹⁰⁷.

Posta questa configurazione del contratto, appare naturale riconoscergli l'effetto segregativo del patrimonio affidatario, senza il quale costui sarebbe esposto alle pretese dei suoi creditori personali¹⁰⁸.

Infatti, i beni necessari per l'attuazione del programma, non si confondono con il patrimonio di proprietà dell'affidatario poiché non è questo l'interesse delle parti, le quali, anzi, non vogliono che l'affidatario possa trarre alcun *commodum* da quei beni: e ciò non perché essi sono destinati ma piuttosto perché rappresentano la provvista per l'esecuzione del programma a favore di terzi¹⁰⁹.

¹⁰⁴ In particolare, la legge sopra citata è rubricata: “Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare”.

¹⁰⁵ Cfr. L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust -op. cit.*, p. 264; M. LUPOI, *Le ragioni della proposta dottrinale del contratto di affidamento fiduciario: la comparazione con il trust*, in *Fondazione italiana del notariato*, 2017, n.1, p. 128.

¹⁰⁶ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011, p. 245.

¹⁰⁷ M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. Not.*, 2012, pp. 517-518.

¹⁰⁸ Tale conclusione è stata messa in discussione dai primi commentatori, attraverso il richiamo all' art. 2740, 2° comma c.c. Cfr., tra gli altri: F. AZZARI, *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n.112*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 120 ss.

¹⁰⁹ M. LUPOI, *op. cit.*, in *Fondazione italiana del notariato*, 2017, n.1, p.131.

Tuttavia, a differenza del *trust*, il contratto di affidamento fiduciario deve essere costruito e interpretato in base alla legge italiana, il che se da un lato avvantaggia l'interprete, il quale strutturerà il contratto secondo il modello dell'art. 1411 c.c. o del contratto plurilaterale, dall'altro rischia di annichilire le particolarità del negozio appiattendolo su figure già conosciute¹¹⁰.

¹¹⁰ A. C. DI LANDRO, *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n.112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, pp. 47 ss e 60-61.

CAPITOLO II

IL *TRUST* NELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO

2.1 Il sistema sammarinese delle fonti del diritto – 2.2 La legge sul *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42 – 2.2.1 La legge *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42 ed il modello di *trust* internazionale 2.3 La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino del 1° marzo 2010, n. 43 - 2.4 La Corte di San Marino per il *trust* ed i rapporti fiduciari

2.1 Il sistema sammarinese delle fonti del diritto

Prima che in Europa fossero introdotte le codificazioni, la Repubblica di San Marino, che tutt'oggi è priva di un codice civile, fondava il proprio sistema delle fonti sul diritto comune. Esso assumeva il ruolo di regola generale, mentre le norme statutarie e le leggi - in altre parole il diritto scritto - rappresentavano l'eccezione e dovevano pertanto essere applicate nei rapporti giuridici in modo strettamente letterale¹¹¹.

Nel tempo, tuttavia, una profonda evoluzione del diritto sammarinese ha fortemente ridotto la vigenza del diritto comune, depotenziandolo del proprio valore di fonte precettiva. Infatti, il diritto comune, perdendo il suo ruolo centrale di norma generale, ha assunto rispetto alla legge successiva, un rapporto di concorrenza e sussidiarietà; quest'ultima è priva di effetto abrogativo, ed anzi, ha solo l'effetto di rendere inapplicabile il diritto comune incompatibile, il quale tornerà a regolare la materia nel caso in cui l'applicazione della nuova norma venga meno.

Fondamentale in questo processo evolutivo, al di là dell'esigenza di adattare taluni istituti alle profonde trasformazioni sociali ed economiche ed il conseguente ricorso a disposizioni più dettagliate e puntuali, fu senz'altro l'adozione di un ordinamento costituzionale.

In particolare, la legge 8 luglio 1974, n.59, rubricata "Dichiarazione dei diritti dei

¹¹¹ Cfr. causa civile 14 del 1947 in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963, p. 17 "le disposizioni delle *leges statutae* e delle leggi speciali sono di strettissima applicazione in quanto devono allontanarsi il meno possibile dal diritto comune nel quale esse disposizioni restano inquadrare e al quale deve farsi ricorso per completare, integrare e interpretare ogni disposizione, anche dubbia, del diritto speciale, o particolare o municipale o d'eccezione." ; causa civile 163 del 1961 in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1962 – 1969, p. 184 "le parole dello Statuto e delle riformazioni devono prendersi nel significato del diritto comune ed in conformità al diritto comune deve essere risolto per quanto possibile ogni dubbio".

cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese”, modificata e integrata dalla legge 26 febbraio 2002, n.36, non solo ha introdotto nella Repubblica una vera e propria costituzione rigida fondata sulla gerarchia delle fonti¹¹², ma ha anche definitivamente sancito il ridimensionamento del diritto comune. Infatti, l’art. 3-*bis*, 6° comma, della sopra citata legge, prevede che “la consuetudine ed il diritto comune costituiscono fonte integrativa in assenza di disposizioni legislative”.

Pertanto, nel rinnovato ordinamento costituzionale, il diritto scritto, anche se diritto speciale e cioè di stretta applicazione, assume una collocazione prioritaria, mentre il diritto comune e la consuetudine, in quanti fonti secondarie, sono applicate solo a fini integrativi e interpretativi.

La prevalenza della fonte legislativa rispetto al diritto comune è stata più volte avvalorata e confermata dalla Giurisprudenza; a tal proposito significativa è la pronuncia del Collegio Garante, la Corte Costituzionale sammarinese, n.4 del 2 dicembre 2009. Il Collegio, chiamato a decidere sul valore retroattivo della legge ordinaria di interpretazione autentica in relazione ai principi di diritto comune, ha stabilito che, alla luce di quanto previsto dall’art. 3-*bis* della legge di revisione costituzionale, “il diritto comune non può paralizzare il Legislatore espressione della sovranità popolare”.

In sintesi, sono fonti del diritto e della procedura civile sammarinese: (i) il complesso delle leggi scritte, cosiddetto *ius proprium*, articolato in *leges statuta*e e leggi posteriori o *reformationes*; (ii) le consuetudini locali; (iii) il diritto comune.

Va infine ricordato che il diritto comune vigente a San Marino, come stato autorevolmente affermato¹¹³, “non è il diritto romano giustiniano, ma quel diritto che si venne formando e svolgendo sulla base del diritto romano, del diritto canonico e della consuetudine, negli Stati più civili del continente europeo e in particolar modo in Italia. Esso deve cercarsi negli scritti dei più autorevoli giureconsulti e nelle decisioni dei più rinomati Tribunali”. Il diritto comune è così da rinvenirsi negli scritti giuridici che si sono formati commentando il diritto romano giustiniano, integrato dal diritto canonico e da quello consuetudinario, tenendo in considerazione della loro applicazione legislativa e giurisprudenziale in Europa e particolarmente in Italia.

¹¹² Cfr. A. SELVA, *Manuale di diritto privato*, San Marino, 2011, pp. 20-21.

¹¹³ Sentenza del Giudice delle Appellazioni civili V. SCIALOJA, 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 18.

È pertanto bene specificare che il diritto comune vigente a San Marino non può essere considerato una mera riedizione del diritto romano ammodernato ovvero del diritto comune vigente in Europa prima delle codificazioni; piuttosto, si tratta di una esperienza giuridica che, grazie all'interpretazione giurisprudenziale, utilizza il prodotto di quelli¹¹⁴. Il diritto comune è dunque un diritto esistente, applicato e da applicare, che si deve inquadrare nella dimensione applicativa dell'oggi¹¹⁵; è nella attività dei giudici che le fonti del diritto sammarinese, siano esse legislative, consuetudinarie o di diritto comune, trovano la loro sintesi.

Infatti, come sottolineato in una storica decisione, “in un diritto che (quale il sammarinese) ha per sfondo il diritto comune i procedimenti interpretativi ed analogici debbono avere maggiore sviluppo che non in un diritto il quale non conosce che la legge scritta e cioè l'interprete dovrà cogliere ogni legge per vedere se essa, oltre la sua lettera, non introduce in realtà principi nuovi. Sempre per quel richiamo alla coscienza comune che è base dei diritti positivi che hanno a fondamento il diritto comune, sembra che sarebbe un falsare lo spirito di quei diritti e togliere il loro pregio, il decidere oggi una causa così come avrebbe potuto essere decisa nel secolo XVII e sarebbe un non attingere alla coscienza storica sammarinese ed alla sua tradizione di libertà, il pensare che qui i rapporti tra potere sovrano, cittadini e stranieri si siano immobilizzati, sicché la discrezionalità possa esplicitarsi in forme che in ogni altro paese sarebbero considerate arbitrarie”¹¹⁶.

¹¹⁴ Cfr., tra gli altri A. LANDI, *Note a margine di un recente convegno sul diritto comune vigente*, 1995, reperibile su <http://www.idr.unipi.it/iuracommunia/landi.html>, ove, con riferimento al diritto sammarinese vigente, conclude: “nell'individuazione di questo diritto vigente (ma si potrebbe forse dire vivente [...]) consiste proprio l'alta funzione del giurista. Si può in definitiva continuare a parlare di diritto comune, purché sia chiaro - una volta di più - che non si è in presenza d'una riedizione del diritto romano ammodernato, né d'un diritto comune preservato intatto dall'Ancien Régime fino ai nostri giorni, quanto piuttosto d'un'esperienza giuridica che, mercé la continua interpretazione giurisprudenziale, con la propria sensibilità e con quella coscienza comune di cui parlava Jemolo, utilizza ancora con profitto il venerando prodotto normativo di un ordinamento carico di secoli”.

¹¹⁵ F. MUSSONI, *Trust e attività fiduciaria nella Repubblica di San Marino*, in *I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino sui trust*, San Marino, 2007, p. 173.

¹¹⁶ Sentenza del Giudice delle Appellazioni Civili A.C. JEMOLO, 15 luglio 1953, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, pp. 34 ss.

2.2 La legge sul *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42

Dopo Malta, Italia, Olanda e Lussemburgo, San Marino fu il quinto Paese di *civil law* a ratificare la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985; in particolare con il decreto consigliere n. 119/2004. D'altra parte, fu il secondo, dopo il Liechtenstein, a sviluppare una legge interna che disciplinasse in modo completo il *trust* senza aver prima sperimentato un periodo di dominio inglese o comunque senza averne subito l'influenza nella sua storia precedente¹¹⁷.

La legge che introdusse il *trust* nell'ordinamento sammarinese, rubricata "l'istituto del *trust*", fu la l. del 17 marzo 2005, n. 37, oggi sostituita dalla legge del 1° marzo 2010, n. 42. Contestualmente alla ormai abrogata legge del 2005 ne fu emanata un'altra, la n. 38, avente per oggetto il regime di tassazione del *trust* ed ancora oggi in vigore. A seguire, furono emanati una serie di decreti disciplinanti diversi aspetti di carattere amministrativo e operativo¹¹⁸.

La legge sul *trust* di San Marino (di seguito, la "Legge") disciplina organicamente detto istituto, inserendosi in modo compatibile nel sistema delle regole e delle norme del diritto sammarinese. Più in particolare, ai sensi dell'art.3 della Legge, l'ambito di applicazione della stessa è circoscritto ai soli *trust* istituiti per volontà del disponente. L'art. 2 fornisce la definizione di *trust* prevedendo che "si ha *trust* quando un soggetto è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico ai sensi della Legge". La figura centrale dell'istitutivo è dunque il *trustee*, che è titolare di un determinato bene o complesso di beni che egli amministra ed impiega nell'interesse di uno o più beneficiari, ovvero per il perseguimento di uno scopo specifico.

Dalla disposizione in esame, risulta evidente la possibilità di istituire tanto *trust* per beneficiari quanto *trust* di scopo, rispettivamente definiti all'art. 1 come "il *trust* istituito a vantaggio di uno o più beneficiari" e "il *trust* istituito per perseguire uno o più scopi". In particolare, con riferimento allo scopo perseguibile, esso, in forza di

¹¹⁷ P. PANICO, *Trusts in a civil law environment: the new laws of San Marino*, in *Trusts & Trustees*, 2006, p.20.

¹¹⁸ Decreto Delegato 16 marzo 2010, n.49 "Ufficio di trustee professionale"; Decreto Delegato 16 marzo 2010 n.50 "Iscrizione e tenuta del Registro dei *trust* e modalità di vidimazione del Libro degli eventi"; Decreto Delegato 16 marzo 2010 n.51 "Individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in *trust*"; Decreto Delegato 5 maggio 2010 n.85 "Ratifica Decreto Delegato 16 marzo 2010 n. 51 - Individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in *trust*"; Decreto 8 giugno 2005 n.84 "Formalità e comunicazioni all'Amministrazione Finanziaria in ordine al reddito prodotto dal *trust*".

quanto prescritto all'art. 6, dovrà necessariamente essere "determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume". Sempre l'art. 6, prevede, con riguardo al *trust* di scopo, l'obbligo di individuare un guardiano, mentre, con riguardo al *trust* per beneficiari le regole che ne assicurino la presenza quando per qualsiasi ragione manchino i beneficiari o sia previsto dalla legge; in queste ipotesi, il guardiano è legittimato ad agire contro il *trustee* inadempiente; nei *trust* di scopo invece ha l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo.

L'art. 2 specifica inoltre che "non è incompatibile con l'esistenza di un *trust* la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio di *trustee*¹¹⁹, oppure si riservi alcuni diritti o poteri. Il disponente e il *trustee* possono essere beneficiari del *trust*, ma il *trustee* non può essere l'unico beneficiario del *trust*".

Ai sensi dell'art. 11, oggetto del *trust* può essere qualsiasi bene originariamente conferito dal disponente o di cui il *trustee* diventi titolare nell'esercizio del proprio ufficio a seguito di operazioni di investimento o disinvestimento, ivi compresi i proventi e i frutti prodotti da tali beni. È inoltre incluso nel fondo in *trust* il lucro conseguito dal *trustee* per effetto di atti o omissioni compiuti in violazione dei propri obblighi. Circa la nozione di bene l'art. 1 specifica che si tratta di "qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica".

Come sancito dall'art. 12, 1° comma "il fondo in *trust* è separato dai beni personali del *trustee* e da quelli di pertinenza di altri soggetti o di altri *trust*. In particolare:

- a) i beni in *trust* non possono essere oggetto di azioni da parte dei creditori personali del *trustee*;
- b) in caso di concorso dei creditori, o procedura concorsuale del *trustee*, i beni in *trust* sono separati dagli altri beni del *trustee* e sono esclusi dal concorso dei suoi creditori personali;
- c) i beni in *trust* non rientrano tra quelli cui si applica il regime patrimoniale della famiglia e non sono inclusi nella successione del *trustee*".

Questa segregazione patrimoniale tipica del *trust* comporta l'imposizione di un vincolo di destinazione avente efficacia reale, che determina la costituzione, in capo ad un unico soggetto, il *trustee*, di più patrimoni distinti e separati fra loro, ciascuno avente una propria destinazione: da una parte, il patrimonio personale del *trustee*, vincolato al soddisfacimento dei creditori di quest'ultimo; dall'altra, il distinto

¹¹⁹ Cosiddetto *trust* autodichiarato.

patrimonio oggetto del *trust*, vincolato al perseguimento dello scopo voluto dal disponente. Ciò fa sì che i beni in *trust* non possano essere aggrediti né dai creditori del disponente (che non è più proprietario di essi, avendone trasferito la proprietà al *trustee*, salvi gli effetti di un'eventuale azione revocatoria), né dai creditori del *trustee* (poiché i beni in *trust* sono segregati in un distinto patrimonio). Le vicende personali del *trustee* sono dunque irrilevanti per i beni in *trust*; tali beni, infatti, oltre a non essere aggredibili dai suoi creditori personali, non rientrano nella massa in caso di fallimento, non sono compresi nel regime patrimoniale della famiglia e non fanno parte della sua successione¹²⁰.

Ai sensi dell'art. 21, 2° comma, il *trustee* è tenuto a conservare i beni in *trust* rispettando tale separatezza di patrimoni. In caso di confusione dei beni in *trust* con il proprio patrimonio personale, in forza dell'art. 55, 1° ed ult. comma, il *trustee* cui non sia imputabile la confusione, il beneficiario o il guardiano hanno diritto ad ottenerne la separazione, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno.

Al fine di rendere effettivo il vincolo di destinazione impresso sui beni in *trust*, il *trustee* non solo deve mantenere questi ultimi separati dal proprio patrimonio personale, ma, ex art. 12, ult. comma, sempre che l'atto istitutivo non disponga diversamente, è altresì tenuto "ad eseguire ogni formalità utile per tutelare l'effettività del vincolo di destinazione". In questo senso, l'art. 29 prevede che "se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il *trustee* compie i necessari adempimenti a fini di pubblicità per rendere noto che egli è titolare dei beni in *trust* nella qualità di *trustee* o comunque per fare risultare l'esistenza del *trust* secondo la legge del luogo nel quale i beni si trovano"; in tal modo manifestando l'esistenza di un vincolo di destinazione che protegge tali beni da eventuali aggressioni di creditori personali del disponente o del *trustee* stesso.

Il già citato art. 6 disciplina l'istituzione del *trust*, in particolare definendo quali siano i requisiti di forma e contenuto da rispettare nella redazione dell'atto istitutivo¹²¹. In primo luogo, prescrive che il *trust*, tanto *inter vivos* quanto *mortis causa*, vada istituito per atto scritto. In secondo luogo, specifica che, laddove l'atto sia stipulato tra vivi nella Repubblica di San Marino, è richiesta la forma dell'atto pubblico (senza che sia

¹²⁰ E. SENINI, *La nuova legislazione della Repubblica di San Marino sul trust*, 2006, pp. 370- 371.

¹²¹ Si ricordi che ai sensi dell'art. 2, 4° comma "il medesimo atto istitutivo può istituire *trust* per beneficiari e *trust* di scopo".

necessaria la presenza di testimoni) o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio, mentre, laddove l'atto sia stipulato tra vivi "altrove", ad esso deve essere allegata la dichiarazione di un Avvocato e Notaio sammarinese, il quale ne attesti la validità ai sensi della legge. In terzo luogo, stila un elenco di tutti gli elementi che devono risultare dall'atto istitutivo. In particolare:

- a) la volontà del disponente di istituire il *trust*;
- b) l'individuazione del trustee;
- c) l'individuazione dell'agente residente qualora il trustee sia un trustee non residente;
- d) l'individuazione dei beni in trust o i criteri che conducono alla medesima;
- e) l'obbligazione del trustee di comunicare all'agente residente ogni fatto o atto che debba risultare dal Libro degli eventi, di cui all'articolo 28 e di cui si dirà più avanti;
- f) nei trust di scopo:
 - i) l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume;
 - ii) l'individuazione del guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo o i criteri che conducono alla medesima;
- g) nei *trust* per beneficiari:
 - i) l'individuazione dei beneficiari, o i criteri che conducono alla medesima, o l'individuazione del soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari;
 - ii) le regole che assicurino la presenza di un guardiano, legittimato ad agire contro il *trustee* in caso di inadempimento quando per qualsiasi ragione non esistano beneficiari e negli altri casi previsti dalla legge;
- h) il criterio di distribuzione del fondo al termine del *trust* per cause diverse dalla revoca del *trust*.

Prevede inoltre che, se non disposto diversamente, il *trust* è irrevocabile. A questo proposito, l'art. 14 stabilisce che la revoca deve avere la stessa forma richiesta per la modifica dell'atto istitutivo¹²² e che essa non pregiudica l'efficacia degli atti legittimamente compiuti dal *trustee* fino a quel momento; quest'ultimo è tenuto a

¹²² Come si dirà più avanti, si tratta della medesima forma richiesta per l'atto istitutivo ex art. 6, 1° comma.

trasferire i beni in *trust* secondo le disposizioni dell'atto istitutivo (in mancanza, al disponente o ai suoi successori).

L'art. 6 infine, ammette la possibilità di stipulare l'atto istitutivo e gli atti dispositivi, con cui si trasferiscono i beni in *trust*, mediante procura, speciale o generale, purché questa rivesta la stessa forma prevista dall'atto istitutivo.

Prima di procedere all'analisi del testo legislativo, vale la pena focalizzare l'attenzione su quanto prescritto alla lettera c) dell'art. 6. Tale disposizione, in linea con l'obbligo di ottenere la dichiarazione di un Avvocato e Notaio sammarinese per il caso in cui l'atto istitutivo tra vivi sia stipulato all'infuori della Repubblica, prevede l'obbligo di individuare un agente residente ogni qualvolta il *trustee* non abbia residenza a San Marino. Ai sensi dell'art. 1 per agente residente si intende "un professionista iscritto nell'Albo degli Avvocati e Notai o dei Dottori commercialisti o dei Ragionieri commercialisti della Repubblica di San Marino." Obiettivo è dunque quello di assicurare un collegamento con l'ordinamento sammarinese.

Una volta concluso l'atto istitutivo, entro un termine di quindici giorni, il *trustee* residente o l'agente residente (sulla base delle informazioni fornitegli dal *trustee* non residente), redigono un attestato del *trust* contenente quanto prescritto dall'art. 7, 1° comma¹²³; in particolare, esso costituisce una sorta di estratto del *trust* e ne riporta i connotati principali. Tale attestato deve essere sottoscritto dal *trustee*/agente residente con sottoscrizione autenticata dal notaio, il quale, nei successivi dieci giorni, ne cura il deposito presso l'Ufficio del Registro dei *trust*¹²⁴.

A questo punto, l'Ufficio cura l'iscrizione del *trust* nel Registro trascrivendo l'attestato e rimette al notaio la certificazione attestante l'avvenuta iscrizione. Nell'inerzia del notaio, sarà il *trustee*/agente residente a provvedervi autonomamente entro i successivi dieci giorni. Per il caso in cui né il notaio né il *trustee*/agente residente abbiano

¹²³ Art. 7, 1° comma: "(...) a) la denominazione del trust scelta dal disponente o, in sua mancanza, dal trustee; b) l'indicazione della sua revocabilità o irrevocabilità; c) l'indicazione del trustee e le eventuali limitazioni dei suoi poteri; d) l'indicazione del guardiano, ove previsto, e la natura dei suoi poteri; e) l'indicazione del disponente; f) nei trust per beneficiari o anche per beneficiari l'indicazione dei beneficiari con diritti attuali sul fondo in trust, ove esistenti; g) la data dell'atto istitutivo e la durata del trust, se prevista nell'atto istitutivo; h) la legge regolatrice del trust; i) una delle seguenti indicazioni: i) "è un atto istitutivo di trust per beneficiari"; ii) "è un atto istitutivo di trust di scopo"; iii) "è un atto istitutivo di trust per beneficiari e di trust di scopo"; j) la descrizione dello scopo del trust qualora si tratti di un trust di scopo; k) l'indicazione dell'agente residente, ove previsto".

¹²⁴ Il Registro dei trust è stato istituito con la legge in esame (l. n. 42/2010), in particolare ex art. 8, 1° comma. L'Ufficio del Registro dei trust è stato successivamente istituito ed individuato in forza del d. n. 50/2010, esso si trova presso l'Autorità di Vigilanza (la Banca Centrale di San Marino) che è anche tenutaria del Registro.

provveduto all'iscrizione, il soggetto tenentario del Registro dei *trust* commina loro una sanzione amministrativa di Euro 2.000,00 (art. 8). Una sanzione amministrativa è comminata al *trustee*/agente residente anche per il caso in cui, ricorrendo una delle condizioni di cui all'art. 8, comma 6¹²⁵, questi ometta di richiedere la cancellazione del *trust*. In questo senso è inoltre previsto che la mancata cancellazione del *trust* è opponibile ai terzi solo se questi fossero stati a conoscenza della causa che imponeva la cancellazione stessa (art. 8, 7° comma).

Durante la vita del *trust*, l'atto istitutivo può essere modificato. In particolare, ai sensi dell'art. 13, è possibile prevedere che le disposizioni in esso contenute e la scelta della legge regolatrice¹²⁶ siano modificabili nell'interesse dei beneficiari o per promuovere lo scopo del *trust*. La modifica dell'atto istitutivo, da farsi con la medesima forma per quest'ultimo prevista ex art. 6, 1° comma¹²⁷, non pregiudica gli effetti degli atti che il *trustee* abbia validamente compiuto prima della stessa. Anche in questo caso, come con riguardo all'iscrizione dell'atto istitutivo, il *trustee*/agente residente deve redigere un attestato; esso, nel rispetto dei termini di cui all'art. 13, 3° comma¹²⁸, dovrà poi essere trasmesso all'Ufficio del Registro che provvederà alle relative annotazioni a margine dell'attestato originale. In caso di mancata comunicazione è comminata al *trustee*/agente residente una sanzione amministrativa di Euro 2.000,00.

Il *trust* ha effetto dal momento in cui il *trustee* diviene proprietario di quanto sia

¹²⁵ Art. 8, 6° comma: "Il trustee residente o l'agente residente devono richiedere la cancellazione del trust dal Registro entro venti giorni: a) dall'attribuzione del fondo in trust ai soggetti aventi titolo, a seguito dell'estinzione del trust; b) dalla modifica della legge regolatrice del trust, ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 56; c) dalla scoperta di una causa di invalidità dell'atto istitutivo, o dal suo accertamento in sede giudiziaria".

¹²⁶ L'art. 4 prevede che, nel caso di *trust* esteri (*trust* la cui legge applicabile è di uno Stato estero), l'individuazione della legge regolatrice e il riconoscimento di questi, purché creati per volontà del disponente e provati per iscritto, sono retti dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985. Sempre con riguardo ai *trust* esteri l'art. 56 prevede che: "Gli atti istitutivi di trust esteri in cui sia disponente una persona fisica o una persona giuridica residente in San Marino sono sottoposti ai medesimi requisiti di forma previsti dall'articolo 6, comma 1, della Legge. I trust esteri con sede di amministrazione nella Repubblica di San Marino devono essere iscritti in apposita sezione del Registro dei trust. Si applicano l'articolo 7 nonché i commi 3, 4, 5 e 6 dell'articolo 8 della Legge. I trustee residenti di trust esteri debbono avere i requisiti previsti dall'articolo 18 della Legge".

¹²⁷ Come in questo paragrafo già evidenziato, ex art. 6, 1° comma, l'atto istitutivo è tassativamente da redigersi per atto scritto. In caso di atto tra vivi dovrà distinguersi a seconda che questo venga stipulato a San Marino o altrove: nel primo caso dovrà rivestire la forma dell'atto pubblico o della scrittura autenticata; nel secondo, posto il rispetto delle previsioni del luogo in cui l'atto viene redatto, esso dovrà essere accompagnato da una dichiarazione di un Avvocato e Notaio della Repubblica.

¹²⁸ Art. 13, 3° comma: "Il trustee residente o l'agente residente comunicano mediante attestato all'ufficio del Registro dei trust le modifiche riguardanti gli elementi indicati nell'attestato di cui all'articolo 8, entro quindici giorni dal momento in cui le opera o le riceve. (...)".

oggetto del *trust* e, a meno che si tratti di *trust* di scopo, non può durare oltre cent'anni decorrenti dall'atto istitutivo (art. 9).

Ai sensi dell'art. 10, il *trust* è invalido qualora:

- (i) l'atto istitutivo:
 - sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume;
 - non rispetti gli obblighi di forma previsti dall'art. 6, 1° comma;
 - non riporti tutte le indicazioni previste ex art. 6, 2° comma o queste, se pur presenti, siano indeterminate;
 - non rispetti i requisiti di cui all'art. 7, salvo quelli per i quali la legge disponga diversamente;
 - sia simulato o sia simulato il trasferimento di beni al *trustee*;
- (ii) i beni in *trust* o una parte di questi servirono o furono destinati a commettere un fatto che costituisce reato secondo la legge della Repubblica, o ne rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto;
- (iii) si verifichi una delle ipotesi di invalidità previste dal diritto sammarinese per i vizi della volontà degli atti a contenuto patrimoniale.

Nei casi di cui al n. (i) l'invalidità è sanata quando la causa viene rimossa. L'invalidità può essere fatta valere da chiunque abbia interesse senza limiti temporali e può essere rilevata d'ufficio dall'Autorità Giudiziaria; essa, inoltre, non pregiudica i diritti dei terzi che in buona fede abbiano acquistato a titolo oneroso dal *trustee* dopo l'iscrizione del *trust* nel Registro di cui all'art. 8. L'invalidità di una singola disposizione comporta l'invalidità totale dell'atto se risulta che il disponente non avrebbe istituito il *trust* senza quella specifica previsione; al contrario, l'invalidità di singole disposizioni non comporta invalidità dell'intero atto quando le disposizioni invalide sono sostituite di diritto da norme imperative.

Oltre che per le cause previste nell'atto dispositivo, il *trust*, ex art. 15, può estinguersi per diversi ragioni. In particolare: per il decorso del termine; per effetto della dichiarazione di revoca e per il venire meno del fondo in *trust*. Inoltre, con riferimento specifico al *trust* di scopo, ulteriore causa di estinzione è rappresentata dal raggiungimento dello scopo, ovvero dalla sopravvenuta impossibilità di conseguirlo. Nei *trust* per beneficiari invece, determinante per la sopravvivenza del *trust* è l'esistenza degli stessi; infatti, il *trust* si estingue quando manchino i beneficiari, dei soggetti che possano esserlo o comunque dei soggetti che possano individuarli; quando

non venga ad esistenza un beneficiario nel termine previsto dall'articolo 48, comma 1¹²⁹. Sempre con riguardo ai *trust* per beneficiari, un'ulteriore ipotesi di estinzione si verifica quando siano i beneficiari stessi a pretendere la cessazione del *trust* ex art. 50, 3° comma¹³⁰. Come nel caso di modifica e revoca, anche l'estinzione non pregiudica l'efficacia degli atti precedentemente compiuti dal *trustee*. Verificatasi una causa di estinzione, il *trustee* esaurisce le eventuali operazioni in corso e non ne intraprende di nuove. Una volta redatto il proprio rendiconto finale e l'inventario del fondo in *trust*, egli ha poi l'obbligo di trasferire il fondo agli aventi diritto secondo quanto disposto dagli artt. 16, 2° comma e 15, 3° comma¹³¹; a questo punto, ogni obbligazione sul *trustee* gravante passa di diritto a coloro ai quali il fondo in *trust* è trasferito, nel limite del valore dei beni da ciascuno ricevuto.

Il Capo I del Titolo III della Legge, costituito dagli artt. 17 – 47, è interamente dedicato al *trustee*. L'art. 18, 1° comma, introducendo un notevole elemento di differenza rispetto alla legge del 2005, prevede che l'ufficio di *trustee* possa essere ricoperto “da una o più persone, fisiche o giuridiche, nessuna delle quali sia trustee di più di un trust sottoposto alla Legge ovvero da una o più persone, fisiche o giuridiche, indicati quali soggetti designati nell'ambito delle normative antiriciclaggio emanate dalla Repubblica di San Marino o da altri Stati in attuazione delle direttive dell'Unione Europea o a queste ultime sostanzialmente equivalenti.” Infatti, prima che il testo legislativo venisse modificato¹³² la possibilità di ricoprire il ruolo di *trustee* era

¹²⁹ Art. 48, 1° comma: “Il trust cessa se, non essendovi stati beneficiari in vita al momento dell'istituzione del trust, almeno uno di essi non viene in essere nei successivi trenta anni”.

¹³⁰ Art. 50, 3° comma: “Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, tutti i beneficiari con diritti determinati sul fondo in trust o, in loro mancanza, tutti i beneficiari possono pretendere dal trustee la cessazione del trust e il trasferimento dei beni in trust in proprio favore o secondo le loro indicazioni”.

¹³¹ Art. 16, 2° comma: “Redatto il proprio rendiconto finale e l'inventario del fondo in trust, il trustee trasferisce il fondo agli aventi diritto, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo del trust. Qualora le disposizioni dell'atto istitutivo del trust non siano applicabili all'intero fondo, il trustee trasferisce i beni in trust residui al disponente o ai suoi successori e, in loro mancanza, all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino”. L'art. 15, 3° comma disciplina specificatamente l'ipotesi in cui il *trust* si estingue per mancanza dei beneficiari e in particolare prevede che, in questo caso, “i beni in trust sono trasferiti all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino”.

¹³² Art. 19, l. n. 37/2005 (abrogata): “1. L'esercizio dell'ufficio di trustee richiede l'autorizzazione da parte dell'Autorità di Vigilanza, ed è assoggettato alla vigilanza della medesima Autorità. 2. L'autorizzazione è rilasciata esclusivamente alle società bancarie, finanziarie e fiduciarie, la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino. 3. L'Autorità di Vigilanza stabilisce con proprio provvedimento: a) le condizioni e le modalità per ottenere l'autorizzazione; b) i requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società che esercitano l'ufficio di trustee; c) i requisiti di onorabilità dei soggetti che partecipano

circostritta a due sole categorie: i *trustee* autorizzati e i *trustee* certificati. Per *trustee* autorizzati si intendevano le società bancarie, finanziarie e fiduciarie aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino e autorizzate dall'Autorità di Vigilanza a svolgere l'attività di *trustee*, mentre, per *trustee* certificati, le società fiduciarie e le altre imprese di investimento aventi sede legale e sede dell'amministrazione fuori dal territorio della Repubblica e operanti in regime di reciprocità, purché soggette a vigilanza prudenziale, tenute al rispetto della normativa anti-riciclaggio e non costituite o amministrate in Paesi elencati in un apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza.

Come emerge dalla relazione sul progetto di legge del 2010¹³³, il legislatore ha considerato la precedente limitazione come ostacolo all'impiego del *trust* in tutte quelle situazioni nelle quali le circostanze di fatto richiedevano l'intervento di un *trustee*, con caratteristiche personali diverse da quelle di un intermediario finanziario e che fosse vicino alle esigenze dei disponenti e dei beneficiari (ad esempio, nel caso di *trust* per soggetti deboli, *trust* di opere d'arte e collezioni, *trust* di famiglia). Al contrario, obiettivo della nuova formulazione, era ed è tutt'ora, quello di incentivare l'utilizzo del *trust*, offrendo la possibilità di ricorrere ad un *trustee* di fiducia che comunque mantenga le necessarie garanzie di professionalità.

Prima di accettare l'incarico, il soggetto nominato *trustee* con atto tra vivi deve informare per iscritto il disponente di un eventuale conflitto di interessi di cui egli, a qualunque titolo, è portatore rispetto ai beneficiari o allo scopo del *trust*; se invece a trovarsi in conflitto è il nominato tramite testamento, questi deve tempestivamente

al capitale sociale delle società che esercitano l'ufficio di trustee; d) le disposizioni sulla vigilanza delle società che esercitano l'ufficio di trustee, gli obblighi di comunicazione, anche in relazione alla delega di funzioni; e) le modalità di rinuncia all'autorizzazione; f) le cause di revoca e di sospensione dell'autorizzazione; g) le modalità di tenuta e di consultazione dell'albo dei trustee autorizzati. 4. Se nessuno tra i beneficiari, il disponente o il guardiano del trust ha la residenza, il domicilio, la cittadinanza o la sede legale nella Repubblica di San Marino, o se lo scopo del trust non deve ivi attuarsi, il compimento in San Marino di atti o operazioni inerenti a trust è inoltre consentito solo ai seguenti soggetti, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione fuori dal territorio della Repubblica, operanti in regime di reciprocità: a) banche; b) società fiduciarie; c) altre imprese di investimento; purché soggette a vigilanza prudenziale; tenute al rispetto delle normative antiriciclaggio; non costituite o amministrate in Paesi individuati in un apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza. 5. In deroga a quanto previsto dai commi precedenti, se il trust ha una pluralità di trustee ed almeno uno di essi è un trustee autorizzato, oppure, ricorrendone i presupposti, un trustee qualificato, l'ufficio di trustee può anche essere ricoperto da una persona fisica. In tal caso, i trustee prendono le proprie deliberazioni all'unanimità e operano congiuntamente”.

¹³³ Cfr. Segreteria di Stato per il bilancio e le finanze, *Relazione sul progetto di legge, l'istituto del trust*, 2009, reperibile su <https://www.consigliograndeegenerale.sm/on-line/home/streaming-video-consiglio/scheda17016696.html>.

darne notizia all'Autorità Giudiziaria Infatti, a meno che l'atto istitutivo non disponga diversamente, il conflitto di interessi è inconciliabile con l'esercizio dell'ufficio di *trustee* (art. 23, 1°-3° comma). A seguito dell'accettazione espressa o tacita della nomina ai sensi dell'art. 17¹³⁴, sul *trustee* incombono alcuni obblighi che la Legge sammarinese ha disciplinato nel dettaglio agli artt. 20 – 30. In sintesi, e parzialmente riprendendo quanto sopra già esposto, il *trustee* deve:

- svolgere il proprio ufficio con la diligenza del buon padre di famiglia che deve provvedere alla cura di interessi non propri. Nel caso in cui il *trustee* svolga professionalmente la propria attività, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata (art. 20);
- tutelare l'integrità dei beni in *trust* e garantire la separazione di tali beni rispetto a quelli personali, o di pertinenza di altri *trust* (art. 21);
- se l'atto istitutivo non dispone diversamente, gestire il *trust* con l'obiettivo di preservarne ed accrescerne il valore, diversificando gli investimenti e potendosi avvalere della consulenza di soggetti dotati di specifiche competenze professionali in materia di gestioni patrimoniali (art. 22);
- agire in modo imparziale, salvo quanto disposto dall'art. 24¹³⁵
- salvo quanto disposto dalla Legge e dall'atto istitutivo, garantire la riservatezza delle informazioni di cui è in possesso per ragioni del proprio ufficio e non impiegarle a proprio o altrui vantaggio (art. 25);
- tenere una contabilità ordinata e completa dei fatti che interessano il fondo in *trust*. In particolare, salvo diverse disposizioni dell'atto istitutivo, il *trustee* valuta¹³⁶ periodicamente il valore di mercato del fondo in *trust* e redige un Libro degli eventi¹³⁷, numerato progressivamente in ogni pagina e vidimato da

¹³⁴ Perché si configuri ipotesi di accettazione tacita occorre che il *trustee* nominato compia un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'ufficio.

¹³⁵ L'art. 24 prevede una deroga all'obbligo di imparzialità, in quanto, se l'atto istitutivo non dispone diversamente, prevede la possibilità per il *trustee* di un *trust* con più beneficiari o più scopi, di avvantaggiarne soltanto uno o più.

¹³⁶ Tale valutazione è da farsi secondo le modalità e in applicazione dei criteri stabiliti dal Decreto Delegato 16 marzo 2010 n.51 "*Individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust*".

¹³⁷ Art. 28, Il libro degli eventi: "1. Il trustee residente o l'agente residente istituiscono, aggiornano e custodiscono il Libro degli eventi del trust, nel quale registrano in ordine cronologico gli atti e gli eventi relativi al trust dei quali abbiano conoscenza. Devono in ogni caso risultare dal Libro degli eventi: a)ogni informazione che il trustee non residente abbia comunicato all'agente residente; b)la descrizione

un notaio, nel quale registrare tutti gli atti e gli eventi relativi al *trust*. Nel Libro degli eventi dovranno annualmente essere trascritti: il bilancio del *trust*; l'inventario del fondo in *trust* e una relazione contenente il riepilogo e la descrizione dei principali eventi modificativi della consistenza e composizione del fondo in *trust* (art. 26);

- inviare al guardiano¹³⁸ il bilancio, l'inventario e la relazione di cui all'art. 26. Inoltre, nei *trust* con beneficiari il *trustee* deve comunicare a questi ultimi l'esistenza del *trust*, il proprio nominativo e domicilio e le disposizioni dell'atto istitutivo che prevedono tale diritto, gli atti o i fatti modificativi o estintivi del diritto e inviare – se richiesto – l'inventario dei beni rispetto ai quali il beneficiario richiedente vanta un diritto e la stima del loro valore di mercato (art. 27)¹³⁹;
- compiere tutti gli atti che prevedono adempimenti ai fini di pubblicità della propria qualità di *trustee* o comunque dell'esistenza del *trust* (art. 29).

Inoltre, ai sensi dell'art. 23, 4° comma, il *trustee*, neppure per interposta persona, può acquistare la posizione giuridica di beneficiario o accettarla in garanzia, stipulare atti relativi a beni in *trust* con se stesso (fatto salvo il caso in cui operi in qualità di *trustee* di un altro *trust* e ciò sia consentito dall'atto istitutivo), fare concorrenza per conto proprio e di terzi all'attività esercitata come *trustee*. D'altra parte, ex art. 23, 4° comma, se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il *trustee* può contrarre con se stesso qualora sia una società autorizzata a svolgere attività bancaria o finanziaria e

degli eventi riguardanti i beneficiari e lo scopo; c) la descrizione dei beni in *trust*; d) le attribuzioni effettuate in conformità all'atto istitutivo del *trust*; e) gli atti di delega; f) i procedimenti di cui il *trustee* sia parte in tale qualità; g) il dissenso manifestato ai sensi dell'articolo 30 o dell'articolo 52; h) i documenti di cui all'articolo 26 comma 3, salvo quanto disposto dall'articolo 26, comma 4; i) le variazioni dei *trustee* e dei guardiani; j) l'esercizio dei poteri relativi alla individuazione di beneficiari e alla attribuzione di diritti determinati. 2. L'agente residente richiede annualmente al *trustee* non residente di comunicargli ogni fatto o atto che debba risultare dal Libro degli eventi. 3. Il Libro degli eventi è numerato progressivamente in ogni pagina e vidimato in ogni foglio. 4. Con decreto delegato da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della Legge sono stabilite le modalità relative alla vidimazione. 5. Il Libro degli eventi è esibito, su richiesta, al guardiano e all'Autorità Giudiziaria, nonché alla Autorità di Vigilanza secondo le disposizioni da essa emanate. 6. L'atto istitutivo può attribuire ad altri soggetti il diritto di consultare il Libro degli eventi e di estrarne o meno copia”.

¹³⁸ Naturalmente, nei *trust* per beneficiari, l'invio al guardiano è da farsi solo laddove quest'ultimo sia esistente.

¹³⁹ Introducendo una novità rispetto alla legge n. 37/2005, l'art. 27, 4° comma prevede che sia l'atto istitutivo a definire i limiti delle comunicazioni ed informazioni verso i beneficiari. Tuttavia, in caso gli obblighi di comunicazione vengano del tutto esclusi o radicalmente limitati, è obbligatoria la nomina di un guardiano che deve essere informato e possa agire contro il *trustee* in caso di inadempimento.

stipuli contratti attinenti alla propria attività.

Per il caso in cui il disponente abbia nominato più *trustee*, salva diversa disposizione dell'atto istitutivo, essi devono agire congiuntamente, ma ciascuno ha comunque il potere di compiere gli atti urgenti per la conservazione del fondo in *trust*. Se l'atto istitutivo prevede la possibilità di amministrazione disgiuntiva, ogni operazione relativa ai beni in *trust* deve essere comunicata preventivamente a tutti gli altri *co-trustee*, i quali hanno la possibilità di fare annotare il proprio eventuale dissenso sul Libro degli eventi (art. 30).

Accanto agli obblighi e ai divieti di cui sopra, il *trustee* dispone dei poteri disciplinati dagli articoli 31- 38. L'art. 31 sancisce che il *trustee* esercita sui beni in *trust* "tutti i poteri spettanti al titolare del diritto, salve le limitazioni risultanti nel Registro dei trust" e che è legittimato ad agire ed essere convenuto in giudizio in tale qualità. Nello svolgimento della propria attività, il *trustee* ha il potere di chiedere consulenza a professionisti relativamente a determinati atti da compiere e conferire loro incarico per il compimento di una attività professionale e può essere tenuto, per previsione espressa contenuta nell'atto istitutivo, ad ottenere il consenso di altri soggetti prima di esercitare un determinato potere (art. 32).

La Legge ha posto come regola generale il potere di delega in capo al *trustee*; infatti, ex art. 33, salvo diversa disposizione della legge o dell'atto istitutivo, egli può delegare i propri poteri con riguardo al compimento di atti o operazioni relative all'amministrazione del fondo in *trust* e al compimento di atti dispositivi di beni in *trust*. È in ogni caso esclusa la possibilità di delegare il potere di decidere secondo quali modalità e tempi attribuire i beni in *trust*, di nominare un nuovo *trustee* e di delegare ulteriormente a terzi. Il soggetto delegato¹⁴⁰ è tenuto a rispettare gli stessi obblighi previsti in capo al *trustee*, mentre quest'ultimo, è tenuto a vigilare sull'operato del delegato e risponde delle istruzioni e delle direttive impartitegli¹⁴¹. Qualsiasi beneficiario o il guardiano può agire direttamente contro il delegato.

¹⁴⁰ L'art. 33 precisa ulteriormente che il *trustee* può delegare ai beneficiari solo qualora il *trust* abbia un guardiano legittimato ad agire contro il *trustee* e il guardiano consenta (art. 33, 6° comma), e che la scelta relativa agli investimenti del patrimonio in *trust* può essere delegata solamente a banche o ad imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, non costituite o amministrate in Paesi individuati con apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza, le quali procedono alla selezione degli investimenti secondo i criteri specificati dal *trustee* in apposito documento (art. 33, 3° comma).

¹⁴¹ Tuttavia, l'art. 42, 5° comma prevede che il *trustee* non è responsabile dell'inadempimento dei soggetti delegati, laddove la delega sia stata conferita in buona fede e con la diligenza richiesta.

È inoltre, previsto, in caso vi siano più *trustee*, che solo uno di essi possa essere delegato all'amministrazione del fondo e al compimento di atto dispositivi di beni in *trust*; in questo caso gli altri *trustee* sono esonerati dalla responsabilità per gli atti compiuti dal *trustee* delegato e quest'ultimo, una volta all'anno, dovrà loro comunicare gli atti compiuti allo scopo di formare collegialmente il bilancio annuale. Ai sensi dell'art. 34, la delega, a pena di invalidità, deve risultare da atto scritto avente data certa, individuare il soggetto delegato ed il *trust*, nonché specificare i poteri delegati, la data da cui ha effetto e il periodo o l'occasione per cui è concessa. A meno che l'atto istitutivo non disponga diversamente, il *trustee* non può concedere deleghe che prevedano: la possibilità per il delegato di nominare un proprio sostituto; l'esonero o la limitazione di responsabilità del delegato nei confronti del *trustee* e del beneficiario; la facoltà del delegato di agire in conflitto di interessi con il beneficiario o con lo scopo del *trust*.

Ulteriori poteri del *trustee*, salvo sia diversamente disposto nell'atto istitutivo sono: il potere di assicurare i beni in *trust* quando si tratti di beni soggetti a perire o a essere danneggiati (art.35); il potere, qualora i beni in *trust* siano prevalentemente composti da denaro o da cespiti liquidabili, di effettuare anticipazioni¹⁴² a favore di beneficiari, affinché colui che riceve l'anticipazione possa affrontare "eventi rilevanti della propria vita" (art. 36); il potere di accumulare frutti e proventi per incrementare il capitale oppure, in caso vi siano beneficiari minori o incapaci, per il mantenimento, l'istruzione o comunque il vantaggio di quest'ultimi (art. 37).

L'ufficio di *trustee*, di norma, è a titolo oneroso ed il compenso è determinato nell'atto istitutivo. Le somme necessarie (comprese le spese sostenute per l'esercizio dell'ufficio) sono prelevate dal fondo in *trust*; il *trustee* ha diritto di soddisfarsi con preferenza rispetto ai beneficiari. L'ufficio di *trustee* è invece svolto a titolo gratuito se l'atto istitutivo non prevede l'attribuzione di un compenso a favore del *trustee* e le modalità della sua determinazione (art. 38).

La responsabilità del *trustee* è disciplinata distintamente a seconda che si tratti di responsabilità nei confronti dei beneficiari ovvero per le obbligazioni contratte verso i terzi. Con riferimento al rapporto tra *trustee* e beneficiari, l'art. 42 dispone che il *trustee* che non adempie i propri obblighi, è tenuto, su richiesta di un beneficiario o

¹⁴² Il *trustee* deve tenere conto delle anticipazioni effettuate nel procedere alle ulteriori attribuzioni in favore del beneficiario "ricevente" e alla finale distribuzione del fondo (art. 36, 2° comma).

del guardiano e purché l'atto istitutivo non disponga diversamente, al risarcimento del danno cagionato al fondo in *trust* o al beneficiario che agisce. Inoltre, la norma, stabilendo un'inversione dell'onere della prova a carico del *trustee*, prevede che, per essere ritenuto esente da responsabilità, quest'ultimo debba dimostrare che la perdita subita non dipende da causa a lui imputabile. Il fatto che il danno sia compensato in tutto o in parte dal lucro derivante dall'inadempimento non esclude la responsabilità, salvo che il lucro sia prodotto dallo stesso atto da cui deriva il danno. Sono invece escluse da responsabilità le violazioni commesse da altri prima della nomina del *trustee*, egli tuttavia dovrà ugualmente adoperarsi per porre rimedio alle violazioni di cui venga a conoscenza.

Ai sensi dell'art. 43, qualora siano stati nominati più *trustee*, essi sono solidalmente responsabili dei danni cagionati nell'espletamento del loro ufficio; è esonerato da responsabilità il *trustee* che abbia trascritto il proprio dissenso nel Libro degli eventi del *trust* e lo abbia immediatamente comunicato al soggetto eventualmente indicato nell'atto istitutivo o, in mancanza, ai beneficiari o al guardiano, ove esistente. In ogni caso, tale responsabilità non viene meno qualora il *trustee*, essendo a conoscenza della violazione, non abbia fatto quanto possibile per impedirne il compimento, o eliminare o attenuare le conseguenze dannose. Ulteriore ipotesi di responsabilità solidale è quella prevista all'art. 44 tra *trustee* e beneficiari, infatti risponderà solidalmente col *trustee* il beneficiario che abbia istigato, richiesto o autorizzato il suo inadempimento.

Posta, ex art. 45, la nullità delle clausole che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del *trustee* per dolo o colpa grave, un beneficiario, qualora abbia piena conoscenza dei fatti, può esonerare il *trustee* per i danni cagionati nei suoi confronti¹⁴³. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal momento in cui un beneficiario, ovvero il guardiano in mancanza di beneficiari esistenti, abbia avuto conoscenza dei fatti produttivi di responsabilità del *trustee* (art. 46).

Con riguardo al rapporto tra *trustee* e terzi, l'art. 47 permette di limitare la responsabilità del *trustee* nei confronti dei terzi ai beni in *trust*, in tutti i casi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ove egli abbia agito quale *trustee*. In questo modo, i *trustee* sono sempre garantiti del fatto che non avranno responsabilità nei confronti di terzi per il ruolo da essi svolto e pertanto dovranno rispondere solo nei

¹⁴³ L'art. 45, 3° comma precisa che alle medesime condizioni il beneficiario può accollarsi il debito del *trustee* che sia responsabile di violazioni commesse senza dolo o colpa grave.

confronti di guardiano e beneficiari. Al secondo comma dell'art. 47, è inoltre previsto che il *trustee*, in relazione a tutte le obbligazioni che abbia personalmente compiuto, ha diritto di rivalsa sul fondo con prelazione rispetto a qualunque altro soggetto, a meno che non debba adempiere obbligazioni risarcitorie verso il fondo o verso un beneficiario ovvero sia pendente richiesta risarcitoria nei suoi confronti.

L'art. 39 elenca le ipotesi in cui il *trustee*, oltre le cause previste nell'atto istitutivo, cessa dal proprio in ufficio. Esse sono:

- a) revoca, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo;
- b) rinuncia¹⁴⁴, nelle forme prevista dall'atto istitutivo o, in mancanza di previsione, per mezzo di comunicazione scritta avente data certa spedita agli altri *trustee*, se ve ne sono, al guardiano, ove esistente, e, nei *trust* per beneficiari, ai beneficiari;
- c) sostituzione per provvedimento dell'Autorità Giudiziaria;
- d) concorso dei creditori o assoggettamento ad altra procedura concorsuale;
- e) morte o inidoneità della persona ad esercitare l'ufficio per ragioni di salute;
- f) liquidazione, se persona giuridica o altro ente.

Per tutelare i beneficiari, all'articolo 40, si è previsto che qualora il *trustee* venga sostituito i beni in *trust* passino automaticamente al suo successore, senza che sia richiesta il concorso del *trustee* sostituito. Allo stesso modo, il nuovo *trustee* sostituirà automaticamente il precedente in tutte le controversie giudiziarie. Una volta cessato dall'ufficio il *trustee* ovvero, in caso morte o inidoneità, gli eredi, il rappresentante legale o le persone che lo assistano, consegna senza indugio tutti gli atti e i documenti di pertinenza del *trust* ai rimanenti *trustee* o al nuovo *trustee* (art. 41).

Gli articoli dal 57 al 61, costituenti il Titolo VI della Legge, prevedono una serie di disposizioni di carattere penale; in particolare, esse individuano una serie di comportamenti del *trustee* perseguibili penalmente. In sintesi:

- l'esercizio abusivo dell'ufficio e cioè il caso in cui un soggetto ricopra l'incarico di *trustee* pur non avendone i requisiti (art.57);
- la sottrazione o distrazione di beni in *trust* a proprio od altrui profitto (art. 58);
- il conflitto d'interessi e cioè il caso in cui il *trustee*, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, agisca in conflitto d'interessi, cagionando un danno

¹⁴⁴ Ai sensi dell'art.39, ult. comma, la rinuncia di un *trustee* effettuata per consentire o facilitare la violazione da parte degli altri *trustee* degli obblighi derivanti dal *trust*, non ha effetto.

patrimoniale ai beneficiari del *trust* o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del *trust* (art. 59);

- la violazione dell'obbligo di rendicontazione in tutti i casi in cui da tale violazione derivi un danno patrimoniale ai beneficiari del *trust* o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del *trust* (art. 60);
- la falsità nelle scritture contabili relative al *trust* (art. 61)¹⁴⁵.

Rispetto ai numerosi articoli dedicati al *trustee*, sono solo quattro le norme che disciplinano i beneficiari; esse formano il capo II del Titolo III e coincidono con gli artt. 48 – 51. L'art. 48 prevede espressamente che l'atto istitutivo possa disporre che i diritti spettanti a un beneficiario sul fondo in *trust* o sul suo reddito:

- a) non siano né sequestrabili né inclusi nella massa qualora si verifichi un concorso dei suoi creditori ovvero
- b) durino fino a quando un suo creditore compia un atto di sequestro o pignoramento o il beneficiario divenga soggetto al concorso dei suoi creditori, con la conseguenza che tali diritti vengono allora meno e sorgono diverse posizioni beneficiarie.

Dispone inoltre, che la posizione giuridica dei beneficiari possa essere sottoposta a condizione o a termine e chiarisce ciò che nella precedente formulazione della legge era invece solo implicito¹⁴⁶ e cioè che coloro i quali ricevono o possono ricevere beni o vantaggi da un *trust* di scopo non rientrano nella nozione giuridica di beneficiari.

Per quanto riguarda i diritti dei beneficiari, l'art. 49 prevede che, se non diversamente disposto dall'atto istitutivo, ciascun beneficiario titolare di diritti determinati può prendere in visione gli atti e i documenti aventi per oggetto i propri diritti e farne copia.

¹⁴⁵ Le pene per ciascuna violazione rispettivamente previste sono: (art. 57) la prigionia di secondo grado e multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00; (art. 58) si rimanda all'art. 197, 3° comma del codice penale (sostituita l'interdizione di quarto grado dalla professione o dall'arte con l'interdizione di secondo grado dall'ufficio di *trustee*); (art. 59) la prigionia di secondo grado, la multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00 e l'interdizione dall'ufficio di *trustee* di secondo grado; (art. 60) l'arresto di secondo grado e l'interdizione dall'ufficio di *trustee* di secondo grado; (art. 61) la prigionia di secondo grado, la multa a giorni di terzo grado e l'interdizione dall'ufficio di *trustee* di secondo grado.

¹⁴⁶ Art. 50, l. n. 37/2005 (abrogata): “E' beneficiario il soggetto nell'interesse del quale il trust è istituito. Se il trust prevede una pluralità di beneficiari, nessuno dei quali esistente al momento dell'istituzione del trust, almeno uno di essi deve venire in essere entro trenta anni dal momento in cui il trust ha effetto. L'atto istitutivo può prevedere che uno o più soggetti siano aggiunti o esclusi dalla posizione giuridica di beneficiario, mediante atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust. L'atto istitutivo può sottoporre la posizione giuridica di uno o più beneficiari a condizione o a termine, oppure può limitarne o escluderne il trasferimento a titolo gratuito od oneroso”.

D'altra parte, ai sensi del 2° comma della medesima norma, il *trustee* non è tenuto a rivelare ai beneficiari le ragioni per cui ha esercitato in un determinato modo un potere discrezionale che è a lui rimesso né a comunicare atti o documenti da cui risultino tali ragioni, salvo che la rivelazione o la comunicazione sia imposta da un provvedimento giudiziario. Inoltre, ex art. 50, i beneficiari possono rinunciare in tutto o in parte alla loro posizione giuridica inviando al *trustee* una comunicazione avente la forma prevista dall'atto istitutivo, e possono altresì chiedere per iscritto al *trustee* di differire il trasferimento in proprio favore dei beni in *trust*, pretendere che detto trasferimento avvenga a favore di soggetti da essi indicati, o addirittura, come in questo paragrafo già evidenziato trattando della cessazione del *trust*, pretenderne l'estinzione con trasferimento dei beni in proprio favore.

L'art. 51 dispone infine che i beneficiari, se l'atto dispositivo non dispone diversamente, possono alienare, dare in garanzia o disporre in tutto o in parte della propria posizione giuridica con atto compiuto nelle forme previste dall'atto istitutivo; la norma, come del resto la rubrica dell'art. 48, utilizza espressamente la locuzione "posizione giuridica" per significare che il beneficiario, fino al momento della devoluzione finale dei beni in suo favore, non è proprietario del patrimonio in *trust*, ma è titolare di un diritto di natura personale nei confronti del *trustee*¹⁴⁷, e di uno *status* del quale egli può disporre in tutto o in parte.

Conclude il Titolo III, dedicato ai soggetti del *trust*, il capo III composto di un solo articolo e avente per oggetto il guardiano. In particolare, l'art. 52 prevede che nei *trust* di scopo l'ufficio del guardiano sia obbligatorio; in quelli per beneficiari, invece, l'ufficio del guardiano è obbligatorio solo nel periodo in cui non vi siano beneficiari in esistenza. Il guardiano, che può anche coincidere con uno dei beneficiari, adempie agli obblighi ed esercita i poteri di sua competenza secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia. Come con riguardo al *trustee*¹⁴⁸, nel caso in cui il guardiano abbia competenze professionali, la sua diligenza si parametra rispetto alla natura professionale dell'attività esercitata. L'atto istitutivo può attribuire al guardiano

¹⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1994, causa C-294/92, George Lawrence Webb c. Lawrence Desmond Webb.

¹⁴⁸ Art. 20, 2° comma: "In relazione ai trustee che svolgono professionalmente questa attività o ad altri soggetti in possesso di competenze professionali, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata".

alcuni poteri¹⁴⁹, quali, per esempio, modificare la legge regolatrice del *trust* o verificarne il rendiconto, ma, nonostante ciò, come la norma ha cura di specificare al 6° comma, egli non assume l'ufficio di *trustee*. A meno che sia diversamente disposto, il guardiano non deve rivelare a terzi, in nessun tempo, le informazioni di cui è in possesso per ragione del proprio ufficio, né impiegarle a vantaggio proprio o altrui. L'atto istitutivo può prevedere la remunerazione del guardiano, in ogni caso egli ha diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti nell'esercizio del suo ufficio. Inoltre, trovano applicazione, in quanto compatibili, gli artt. 39 e 41 rispettivamente dedicati alla cessazione¹⁵⁰ del *trustee* dall'ufficio e alla conseguente consegna di atti e documenti.

Infine, per quanto riguarda l'Autorità Giudiziaria¹⁵¹, occorre innanzi tutto citare l'art. 5 il quale prevede che, in materia di *trust*, essa abbia giurisdizione quando “il convenuto abbia il domicilio, la residenza, o la sede legale in San Marino o il *trust* sia amministrato in San Marino o la legge applicabile al *trust* sia il diritto della Repubblica di San Marino o le parti abbiano convenuto di sottoporre la controversia all'Autorità Giudiziaria sammarinese”. Tale norma dispone inoltre che la giurisdizione sammarinese può essere derogata a favore di un giudice straniero se la deroga è prevista dall'atto istitutivo o se è pattuita per iscritto.

Gli artt. 53 – 55 disciplinano i poteri dell'Autorità Giudiziaria. Innanzi tutto, è previsto che questa abbia un generale potere giurisdizionale di controllo e supervisione di qualsiasi *trust* regolato dalla legge sammarinese. In secondo luogo, l'art. 53 dispone che oltre agli altri poteri attribuiti all'Autorità Giudiziaria dalla legge, il *trustee*, un beneficiario, il guardiano e qualsiasi interessato possono rivolgere istanza al giudice per ottenere un provvedimento in ordine:

¹⁴⁹ Art. 52, 5° comma: “L'atto istitutivo può conferire al guardiano taluni poteri, tra cui il potere di: a) nominare un nuovo *trustee*, o di aggiungerne a quelli esistenti; b) nominare un nuovo guardiano, eventualmente in aggiunta rispetto a sé; c) revocare il *trustee* dall'ufficio; d) disporre il veto sull'esercizio di alcuni poteri del *trustee*; e) aggiungere o escludere beneficiari; f) modificare la legge regolatrice del *trust*; g) verificare il rendiconto del *trust*”.

¹⁵⁰ Con riguardo alla cessazione dell'ufficio di guardiano, l'art. 52 specifica che, se non disposto diversamente, è il guardiano uscente a nominare il guardiano successivo e, in mancanza, l'Autorità Giudiziaria.

¹⁵¹ Anticipando quanto si approfondirà nel par. 2.4 di questo capitolo, è bene evidenziare che, in forza dell'art. 1 della l. cost. n. 1/2012, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, è stata istituita la Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari e che a questa competono tutte le questioni che ineriscono i rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia (quali, per esempio, *trust* e affidamento fiduciario) da qualunque ordinamento regolati.

- a) all'adempimento di un obbligo o all'esercizio di un potere dell'ufficio di *trustee* o di guardiano;
- b) alla sostituzione del *trustee* o del guardiano che ha commesso una violazione della legge o dell'atto istitutivo o per ragioni di opportunità o per l'assenza, per quanto riguarda il *trustee*, dei requisiti di cui all'articolo 18 della Legge;
- c) alla nomina di un nuovo o ulteriore *trustee* o di un nuovo o ulteriore guardiano;
- d) agli atti di amministrazione e disposizione dei beni in *trust*.

Inoltre, sempre in forza dell'art. 53, il *trustee*, qualora lo ritenga opportuno, può rivolgere istanza all'Autorità Giudiziaria per essere autorizzato a compiere un atto utile¹⁵² che non rientri tra i suoi poteri¹⁵³, per ottenere la ratifica di un atto già compiuto o per far apportare al giudice le modificazioni dell'atto istitutivo che si siano rese opportune o necessarie¹⁵⁴. Ulteriore facoltà riconosciuta in capo al *trustee* è quella di potersi rivolgere al giudice quando, trovandosi in uno stato di incertezza in merito al compimento di un atto inerente al suo ufficio, voglia ottenere indicazioni o addirittura direttive precise.

In terzo luogo, l'art. 54 riconosce in capo ai beneficiari e al guardiano che abbiano fondato motivo di ritenere che il *trustee* stia per omettere un atto dovuto o per compierne uno che viola la Legge o l'atto istitutivo, il potere di adire l'Autorità

¹⁵² Nell'ordinanza della Corte per il trust ed i rapporti fiduciari di San Marino del 5 dicembre 2017, n. 4 la Corte ha disposto che, nei *trust* per beneficiari, per "utile" si intende un atto che massimizzi i vantaggi per i beneficiari.

¹⁵³ Tale previsione si colloca nel solco delle moderne legislazioni in materia di *trust*: per esempio, l'art. 47, 3° comma della legge di Jersey contiene un'analoga disposizione riferita al "*management or administration*" di un *trust* quando il *trustee* sia privo del potere di compiere un atto "*expedient*"; e così anche la sect. 58 della legge di Guernsey per il compimento di un'operazione relativa al "*management or administration*" di un *trust* e giudicata "*expedient*". Queste disposizioni, circoscrivendo l'intervento del giudice al compimento di atti di "*management or administration*" rientrano nell'ambito applicativo che nasce nel diritto inglese e precisamente nel Trustee Act del 1925, sect. 57. La differenza tra la norma inglese e quella sammarinese dunque, risiede nel fatto che la norma inglese è certamente inapplicabile al compimento di atti dei *trustee* che modifichino le posizioni beneficiarie nascenti dall'atto istitutivo del *trust*. Cfr. ordinanza della Corte n. 4/2017, p.6.

¹⁵⁴ Per un'applicazione pratica si veda l'ordinanza del 5 dicembre 2017, n. 4 con cui la Corte ha autorizzato il *trustee* a transigere le liti intraprese dalla curatela fallimentare del disponente. In particolare, prima dell'autorizzazione della Corte, il *trustee* non era in grado di portare a compimento la trattativa con la curatela perché non era titolare di poteri che gli consentissero di destinare il fondo in maniera diversa rispetto a quanto previsto nell'atto istitutivo e cioè a vantaggio dei beneficiari. La Corte, raggiungendo la sua decisione per mezzo di una valutazione prognostica circa l'esito della causa oggetto della transazione ha, tra l'altro, autorizzato il *trustee* a transigere alle "condizioni che meglio riterrà opportune", raccomandandogli di collocare in sub-trust una somma per la protezione degli interessi della figlia minore del disponente affetta da grave e permanente disabilità.

Giudiziaria in via cautelare per ottenere i provvedimenti del caso.

In quarto e ultimo luogo, all'articolo 55, al di là dell'azione di separazione di cui si è precedentemente trattato, si è previsto un rimedio fondamentale per i beneficiari del *trust*. Infatti, qualora il *trustee* abbia disposto di beni in *trust* in violazione delle regole dell'atto istitutivo ovvero senza corrispettivo o per un corrispettivo manifestamente inadeguato, il *trustee* cui non si debba l'atto di disposizione (laddove il *trust* sia gestito da più *trustee*), qualunque beneficiario e il guardiano hanno diritto di pretendere¹⁵⁵ che l'avente causa del *trustee* restituisca i beni al fondo in *trust*.

2.2.1 La legge *trust* di San Marino del 1° marzo 2010, n. 42 ed il modello di *trust* internazionale

La maggior parte degli Stati che prevedono leggi sul *trust* sono di lingua inglese e appartengono al sistema di *common law*. Quasi tutti questi Stati (eccettuati gli Stati Uniti d'America) basavano le loro leggi in materia di *trust* su quelle inglesi ed in particolare sul *Trustee Act* del 1893 e sul suo successore il *Trustee Act* del 1925. In molti Stati queste leggi, insieme con la giurisprudenza via via formatasi, rappresentano tuttora i modelli su cui si basa la legislazione e in forza dei quali vengono istituiti i *trust*. Essenzialmente, tuttavia, si tratta di modelli di legge interna, non concepiti per operazioni di *trust* a livello internazionale o nel mondo del *trust offshore*.¹⁵⁶

Gli albori di una legge internazionale sono rintracciabili sia nel *Personen und Gesellschaftsrecht* (PGR) del Liechtenstein (1926) sia nel *Nauru Trustee Act* (1972); il primo modello di *trust* internazionale¹⁵⁷ fu però effettivamente introdotto solo con la promulgazione della *Trust (Jersey) Law* del 1984. Tale legge, che muove da un diritto privo di un passato in materia di *equity* e *trust* paragonabile a quello inglese ed è basato sulle consuetudini normanno-francesi, mira non tanto a regolare quanto piuttosto a sostenere e sviluppare l'attività di *trust offshore* allora presente a Jersey. Pertanto, la legge sul *trust* di Jersey si discosta dal modello inglese sia per quanto concerne la forma sia per quanto concerne il contenuto.

¹⁵⁵ Ai sensi dell'art. 55, ult. comma l'azione di restituzione si prescrive in dieci anni.

¹⁵⁶ P. MATTHEWS, *La legge sul trust a San Marino e il modello di trust internazionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, p.251.

¹⁵⁷ Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, pp. 311 ss.

Il modello internazionale ebbe grande successo: interessò dapprima colonie, ex-colonie o territori appartenenti alla Corona¹⁵⁸ e usualmente partecipanti al fenomeno mondiale delle *offshore jurisdiction* per poi estendersi anche in Paesi di diritto civile¹⁵⁹, di diritto islamico¹⁶⁰ e di diritto misto.¹⁶¹

Le esigenze alla base della legge di Jersey, prima, e delle altre leggi di modello internazionale, poi, furono: (i) l'inidoneità o poca chiarezza di alcune regole giurisprudenziali inglesi; (ii) alcune lacune riscontrabili in diritto inglese; (iii) regole di diritto inglese non più adatte alla società contemporanea o alle necessità della clientela internazionale.

Le principali caratteristiche che accomunano le leggi emanate nel quadro di questo movimento di carattere internazionale possono essere così sintetizzate¹⁶²:

- definizione espressa di *trust*;
- inserimento di clausole di diritto internazionale privato;
- norme relative all'istituzione del *trust*, comprendenti le norme sulle formalità;
- norme in merito alla durata massima del *trust*;
- norme che trattano i doveri del *trustee*;
- norme sulla comunicazione delle informazioni ai beneficiari;
- norme sulla limitazione della responsabilità del *trustee* al fondo in *trust*;
- norme che permettono l'introduzione di *trust* di scopo diversi dai cosiddetti *charitable trust*;
- norme sul *protector* (guardiano);
- norme relative alla registrazione.

È interessante notare che il diritto inglese ha avvertito la necessità di accogliere alcune soluzioni¹⁶³ del modello internazionale e che, in generale, l'evoluzione giurisprudenziale degli ordinamenti del modello internazionale ha mostrato rispetto al

¹⁵⁸ Tra questi: Guernsey, Belize e isole Turks e Caicos.

¹⁵⁹ Tra questi: Malta e San Marino.

¹⁶⁰ Tra questi: Dubai e Bahrain.

¹⁶¹ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* - op. cit., 2016, pp. 25-26.

¹⁶² Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* - op.cit., 2016 p.26 e P. MATTHEWS, op. cit., pp.252-253.

¹⁶³ Per esempio, in materia di deleghe al *trustee*, di compenso del *trustee* e di durata del *trust*.

diritto inglese un crescente dialogo, così che, sempre più frequenti sono le contaminazioni tanto in un senso quanto nell'altro.

Tuttavia, nel tempo, l'unità del modello internazionale è stata posta in crisi dal fatto che alcuni ordinamenti, particolarmente attivi nel tenersi al passo in materia di *trust*, abbiano adeguato le proprie leggi dando così vita ad una vera e propria concorrenza tra i Paesi del modello internazionale. Fra i paesi più attivi¹⁶⁴ rientra anche San Marino, la cui legge contiene una serie di disposizioni non presenti nel modello internazionale e che risultano particolarmente adatte per l'ambiente di *civil law*, quali:

- una dichiarazione della separazione patrimoniale dei beni del trust da quelli del trustee (art. 12);
- una speciale menzione dei poteri dell'Autorità Giudiziaria (artt. 53 – 55);
- sanzioni penali per alcuni comportamenti del trustee (artt. 57 – 61).

2.3 La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino del 1° marzo 2010, n. 43

La legge n. 43/2010, rubricata “l'istituto dell'affidamento fiduciario”, è la prima risposta civilista al diritto dei *trust* e coniuga al suo interno aspetti propri di questo con altri tipici della tradizione civilistica e del diritto comune, proponendo uno strumento che si pone in chiave competitiva rispetto al *trust*; è infatti la prima volta che un ordinamento di diritto civile si misura pienamente con i *trust* sul loro stesso terreno¹⁶⁵. L'affidamento fiduciario scaturisce dalla sintesi della ricchissima esperienza civilistica, propria del diritto comune, in tema di disposizioni fiduciarie di ultima volontà, mediante la selezione degli elementi caratteristici di queste; tali elementi sono poi diversamente armonizzati a comporre una figura giuridica nuova, applicabile anche ai rapporti *inter vivos* e capace, appunto, di competere con l'istituto del *trust*. Più precisamente, il diritto comune¹⁶⁶ conosceva svariate figure giuridiche riferite alla

¹⁶⁴ Bahamas, Bermuda, Cayman Islands, Guernsey, Jersey e Malta.

¹⁶⁵ M. LUPOLI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p.469.

fiducia testamentaria (ad esempio, istituzioni di eredi fiduciari e sostituzioni fidecommissarie), il cui tratto unificante era l'affidamento di un diritto ad un soggetto, il fiduciario, il quale, pur titolare del diritto stesso, era obbligato ad esercitarlo non nel proprio interesse ma in quello dei beneficiari. Detto affidamento era tanto "al fiduciario" quanto "nel fiduciario" e ciò in quanto, da una parte, si realizzava il pieno trasferimento del diritto e, dall'altra, occorreva fidarsi delle valutazioni del fiduciario in merito all'esercizio del diritto trasferitogli, le quali erano solamente circoscritte dall'obbligo di rispettare le linee generali del programma di affidamento.

Il fatto che tali affidamenti fossero perlopiù di natura testamentaria faceva sì che in essi l'affidamento "nel fiduciario" fosse un elemento intrinseco e naturale. Infatti, sarebbe senz'altro un controsenso incaricare qualcuno sul quale non si faccia affidamento della realizzazione di un programma per un tempo in cui non si sarà più presenti. L'affidamento nelle disposizioni fiduciarie di ultima volontà presuppone dunque l'esistenza di un programma attributivo (di diritti, poteri, doveri e obblighi) che proietti i suoi effetti nel tempo; detto programma è il fulcro di tali negozi, ed è anche il cuore dell'affidamento fiduciario strutturato dalla legge n. 43/2010.¹⁶⁷

Ciò detto, è importante sottolineare come la terminologia adottata dal legislatore sammarinese - "affidamento fiduciario" e non "fiducia", "affidante" e "affidatario" e non "fiduciante" e "fiduciario" - evidenzia la peculiarità del nuovo istituto.

Ai sensi dell'art. 1, 1° comma della legge in esame, l'affidamento fiduciario è definito "il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni".

Da tale disposizione emerge che l'affidamento fiduciario è un contratto incentrato sul programma destinatorio convenuto tra affidante e affidatario, sottolineando così, come sopra anticipato, la centralità che la nozione di "programma" riveste. È infatti proprio a partire da questa che si ha la nozione di "patrimonio affidato" di cui all'art.3, 1° comma, in particolare, esso prevede che "i beni trasferiti all'affidatario o dall'affidatario vincolati per l'attuazione del programma destinatorio costituiscono il

¹⁶⁶ Si ricordi che l'ordinamento civile sammarinese è ordinamento di diritto comune europeo: ossia il diritto romano come integrato ed interpretato dai giuristi e dai grandi tribunali dell'età intermedia. Per una più precisa definizione di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino, cfr. par. 2.1.

¹⁶⁷ Cfr. A. VICARI, *Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino*, in *Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, A. BARBA – D. ZANCHI, Torino, 2012, p.210-211.

patrimonio affidato”. I beni che costituiscono il patrimonio affidato non sono necessariamente trasferiti all’affidatario dall’affidante, perché possono essere trasferiti all’affidatario da un terzo o vincolati dall’affidatario: si ripropone così la medesima tipologia della costituzione e dell’incremento del fondo in *trust*. Inoltre, i beni possono essere futuri, determinati o determinabili (art. 1, 2° comma).

A pena di invalidità, il contratto di affidamento fiduciario deve rivestire forma scritta ed essere accompagnato dal parere di un notaio sammarinese che ne attesti la validità (art. 1, 4° comma).

Proseguendo nella disamina dell’art. 1, può sembrare singolare la disposizione in forza della quale il contratto di affidamento fiduciario non è soggetto a risoluzione, salvo il caso di impossibilità sopravvenuta (art. 1, 5° comma). Tuttavia, come evidenziato da autorevole dottrina¹⁶⁸, questo coincide esattamente con il quadro del *trust*, non solo in quanto negozio giuridico unilaterale, ma anche perché esso conosce il meccanismo della sostituzione del *trustee*.

La scelta normativa esalta la centralità della causa programmaticamente attributiva; infatti, escludere la possibilità di risoluzione del contratto di affidamento fiduciario significa assicurare oggettivamente l’attuazione del programma di questo. Viene così esclusa la risoluzione per inadempimento, la quale, ovviamente, porrebbe nel nulla il programma destinatorio, e si assicura la continuazione del contratto per mezzo di diversi affidatari in luogo di quello che non ha ben meritato l’incarico attribuitogli. In concreto, il mezzo per garantire questa ininterrotta prosecuzione del programma è la possibilità di sostituzione¹⁶⁹ della parte contrattuale (art. 6, 4° comma)¹⁷⁰; tale sostituzione, equivalente della rinuncia o delle dimissioni del *trustee*, può essere attuata per iniziativa dell’affidante o di altro soggetto (all’uopo designato dall’affidante stesso). Inoltre, l’art. 5, 1° comma, lett. c)¹⁷¹ assicura l’efficienza dei

¹⁶⁸ M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull’affidamento fiduciario*, op.cit., p.469.

¹⁶⁹ In questa ipotesi, con riferimento al regime della responsabilità dell’affidatario sostituito l’art. 7, 1° comma prevede che quest’ultimo sia liberato per il comportamento dei soggetti (procuratori, consulenti, gestori, mandatari) da lui nominati, solo purché “li abbia scelti e mantenuti nell’incarico con la diligenza che un soggetto avveduto avrebbe usato nelle medesime circostanze rispetto a beni propri e ad essi non sia ascrivibile dolo o colpa grave o mala fede”.

¹⁷⁰ Art. 6, 4° comma: “È valida la disposizione che consente all’affidatario di sostituire altri a sé nei rapporti derivanti dal contratto, liberamente o previo consenso dell’affidante o dei soggetti da lui designati”.

¹⁷¹ Art. 5, 1° comma, lett. c): “Il contratto determina in quale circostanza (...) c) l’affidante o i soggetti da lui designati sono autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con

meccanismi e l'attuazione del programma, prevedendo che, in forza di un "autorizzazione" contrattualmente consentita, un soggetto diverso dall'affidatario può compiere atti con effetti reali sul patrimonio affidato.¹⁷²

Il fatto che l'affidamento fiduciario abbia natura di contratto comporta la possibilità che i beneficiari siano parti dello stesso¹⁷³ e ha reso necessario disporre che la posizione giuridica dell'affidante non cada nella sua successione, a meno che il contratto non lo preveda (art. 2, 2° comma). Invece, i poteri che il contratto attribuisca all'affidante verso l'affidatario per la realizzazione del programma destinatorio passano ai soggetti che l'affidante abbia designato.

L'art. 3, 2° comma, in modo analogo a quanto prescrive l'art. 12 della legge n. 42/2010 sul *trust*, sancisce la segregazione del patrimonio affidato rispetto al patrimonio personale dell'affidatario, specificando che esso è estraneo rispetto al suo regime matrimoniale, che è escluso dalla sua successione ereditaria e dal concorso dei suoi creditori e che non può costituire oggetto di esecuzione se non per obbligazioni attinenti all'attuazione del programma destinatorio. Inoltre, il 3° comma del medesimo articolo, definisce l'ipotesi di più affidatari quale comunione a mani unite col regime dell'accrescimento e cioè la medesima che si riscontra quando vi siano più *trustee*.

Anche circa i beneficiari la legge in esame segue il diritto del *trust*, ma con alcune limitazioni allo scopo di prevenire possibili abusi: così, almeno un beneficiario deve essere indicato nel contratto e, quanto a eventuali altri, il contratto deve determinare almeno il modo della loro individuazione (art. 4, 1° 2° comma); l'individuazione può peraltro avvenire successivamente, ad opera dell'affidatario o di un terzo, purché avvenga "tra più persone determinate o appartenenti a determinate famiglie o categorie di persone" (art. 4, 3° comma, lett. a). Sempre per opera dell'affidatario o di un terzo, è inoltre possibile determinare i diritti dei beneficiari, a condizione che questi ultimi siano diversi dalla persona alla quale la determinazione è rimessa. Per quanto riguarda

liberatoria dell'affidatario, e a compiere atti reali e atti con effetti reali sul patrimonio affidato in deroga dalle disposizioni del diritto comune".

¹⁷² Il complessivo effetto di queste disposizioni è il medesimo, ma con riferimenti concettuali di diritto civile, che si verifica nel diritto dei trust in caso di dimissioni o revoca o morte o incapacità del trustee: il rapporto giuridico passa in capo a un altro soggetto e il patrimonio affidato segue la medesima sorte. Per vero, le disposizioni sammarinesi sono più efficienti perché consentono il passaggio del patrimonio affidato anche senza il concorso della volontà dell'affidatario o dei suoi eredi e senza necessità di provvedimento giudiziale. M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, *op.cit.*, p. 470.

¹⁷³ Nel *trust*, rientrando esso nella categoria dei negozi giuridici unilaterali, ciò non è possibile.

chi possa assumere il ruolo di beneficiario, l'art. 4, ult. comma prevede infine che l'affidante può essere beneficiario, mentre l'affidatario, come nel diritto del *trust*, può essere uno tra i beneficiari ma non l'unico.

L'art. 6, 1° comma prevede che l'affidatario deve comportarsi secondo correttezza e buona fede; l'art. 6, 2° comma dispone inoltre, che egli, nell'adempire le proprie obbligazioni, deve: agire quale fiduciario tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui; usare la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze rispetto a beni propri e, se svolge professionalmente la propria attività, impiegare la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista.

Sul tema della responsabilità dell'affidatario verso i terzi, la legge sammarinese segue, estendendola però a obbligazioni originate da qualunque fonte, la tendenza della più moderna legislazione in tema di *trust* e limita la responsabilità dell'affidatario al solo patrimonio affidato¹⁷⁴; tuttavia, laddove quest'ultimo non abbia fatto menzione della propria qualità prima di assumere contrattualmente un'obbligazione, risponde anche con il suo patrimonio personale con diritto di rivalsa sul patrimonio affidato (art. 9, 4° comma).

In questo senso, l'art. 9, 1° comma obbliga l'affidatario, quando la controparte gliene faccia richiesta, a giustificare i propri poteri e a consegnarle “copia, da lui sottoscritta, delle rilevanti disposizioni del contratto di affidamento fiduciario.” Da questa disposizione deriva inoltre, l'opponibilità dei limiti dei poteri dell'affidatario ai terzi “che ne hanno avuto conoscenza o li hanno ignorati per propria colpa” (art. 9, 2° comma). Questo regime consente di dettare una disciplina assai rigida degli effetti dell'atto compiuto dall'affidatario eccedendo i propri limiti: dichiarato invalido esso “comporta l'invalidità dei successivi atti di disposizione dei medesimi beni e di quelli che ad essi sono stati sostituiti senza limite, ma non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede che ignoravano senza colpa la causa di invalidità, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale” (art. 10, 2° comma).

Sempre con riguardo alla responsabilità dell'affidatario, ma in questo caso rispetto ad affidante e beneficiari, l'art. 7, 2° comma dispone che “è invalido qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità dell'affidatario per dolo o colpa grave o mala fede o, in via generale, per atti compiuti in conflitto di interessi e non

¹⁷⁴ M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, op.cit., p. 470.

autorizzati dal contratto”. Inoltre, l’art. 8 prevede che, fermo il diritto al risarcimento spettante ad affidante e beneficiari che siano stati direttamente danneggiati, l’affidatario è tenuto a ripristinare il patrimonio affidato nella consistenza che avrebbe avuto qualora egli avesse adempiuto le proprie obbligazioni e che, anche in assenza di danno, deve comunque trasferire nel patrimonio affidato ogni vantaggio indebitamente ottenuto dalla propria posizione.

La seconda sezione della legge in esame contiene una serie di previsioni rubricate come “disposizioni particolari”. Brevemente:

- è ammessa la possibilità di costituire un affidamento fiduciario in favore di soggetti deboli¹⁷⁵ purché i beni del patrimonio affidato, oggetto della disposizione, siano stati trasferiti o vincolati dal coniuge del beneficiario o da un parente entro il terzo grado o da un affine entro il secondo grado e non siano manifestamente eccessivi rispetto ai bisogni del beneficiario, reputandosi l’eccesso quale liberalità (art. 11);
- sono previste una serie di tutele a favore dei legittimari laddove il contratto di affidamento fiduciario comporti una liberalità (art. 12)¹⁷⁶;
- a tutela dei creditori, a patto che il contratto sia in corso, è prevista la possibilità di esperire azione revocatoria per gli atti che trasferiscono beni all’affidatario o costituiscono vincoli su di essi, direttamente contro l’affidatario e i beneficiari titolari di diritti sui beni trasferiti (art. 13)¹⁷⁷;
- è ammesso l’affidamento testamentario e in quanto compatibili gli si applicano le disposizioni della legge in esame (art.14);
- sono disciplinati i poteri dell’Autorità Giudiziaria, in particolare è previsto che

¹⁷⁵ In particolare, soggetti disabili o di età superiore ai settantacinque anni o interdetti o inabilitati o tossicodipendenti o alcol dipendenti o affetti da gravi patologie croniche.

¹⁷⁶ Art. 12: “Se il contratto comporta una liberalità e esso è in corso: a) ai legittimari spetta solamente l’azione per la determinazione e reintegrazione della quota di legittima, e b) l’azione a tutela dei legittimari si propone contro l’affidatario oltre che contro i beneficiari della liberalità, se esistenti e noti. Chi è beneficiario delle disposizioni di cui all’articolo 11 può agire per la reintegrazione della sua quota quale legittimario solo se i beni del patrimonio affidato, da chiunque trasferiti o vincolati, non sono manifestamente sufficienti per i suoi bisogni”.

¹⁷⁷ Art. 13: “L’azione revocatoria contro gli atti che trasferiscono beni all’affidatario o costituiscono vincoli su di essi si propone, se il contratto è in corso, contro l’affidatario e contro i beneficiari titolari di diritti sui beni trasferiti, se esistenti e noti, come se l’atto fosse stato fatto direttamente in loro favore. È sufficiente che le condizioni dell’azione ricorrano nei confronti dell’affidatario o di uno fra i suddetti beneficiari. Il termine di prescrizione è di cinque anni”.

essa possa: (i) in mancanza dell'affidante e di soggetti da lui designati o in caso di loro inerzia, adottare provvedimenti corrispondenti all'esercizio dei poteri di cui al comma 1 lettera c dell'articolo 5; (ii) impartire direttive all'affidatario; (iii) integrare il contratto per mezzo di nuove disposizioni o modificare o eliminare disposizioni del contratto se ciò appare utile per la migliore attuazione del programma destinatorio (art. 16);

- è prevista una sanzione di natura penale per l'affidatario che impieghi i beni del patrimonio affidato a proprio o altrui profitto ovvero ritardi a trasferirli agli aventi diritto (art.18)¹⁷⁸.

Conclusa questa sintetica e non esaustiva analisi della legge n. 43/2010, è interessante soffermarsi sull'utilizzabilità del contratto di affidamento fiduciario in Italia.

In particolare, essendo certo che tale contratto possa essere stipulato in Italia tra italiani su beni italiani, è da valutare se la sottoposizione dello stesso alla legge sammarinese si giovi della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sui *trust* o della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, ora sostituita dal regolamento Ce 595 del 2008¹⁷⁹. Infatti, se da una parte l'art. 57 della legge sul diritto internazionale privato dispone che "le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la L. 18 dicembre 1984, n. 975", dall'altra questa regola è dettata "senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili".

La nozione di *trust* amorfo¹⁸⁰ oggetto della Convenzione dell'Aja, per il suo carattere generale ed astratto, senz'altro comprende anche la fattispecie contrattuale dell'affidamento fiduciario ed è per questa ragione che autorevole dottrina¹⁸¹ ha ritenuto che per il riconoscimento di un contratto di affidamento fiduciario sottoposto alla legge di San Marino, occorra fare riferimento alla Convenzione dell'Aja sui *trust*. L'effetto segregativo del contratto di affidamento fiduciario dovrebbe ormai essere

¹⁷⁸ Art. 18: "L'affidatario che, violando le obbligazioni poste a suo carico dalla legge o dal contratto, impiega beni del patrimonio affidato a proprio o altrui profitto ovvero ritarda a trasferirli agli aventi diritto è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la prigionia di secondo grado e con l'interdizione di secondo grado a svolgere la funzione di affidatario".

¹⁷⁹ Si ricordi che i *trust*, ai sensi dell'art. 1.2.g., ora art. 1.2.h. del regolamento Ce 593/2008, vennero esclusi dall'ambito della Convenzione di Roma perché non derivanti da contratto.

¹⁸⁰ Per la definizione di *trust* amorfo, cfr. par. 1.1, Capitolo I di questa tesi.

¹⁸¹ M. LUPOI, *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, op.cit., p. 471.

ritenuto pacificamente inquadrabile nelle norme di diritto italiano¹⁸²; ad ogni modo, l'art.11 della Convenzione dell'Aja sui *trust* espressamente impone la realizzazione dell'effetto segregativo. Tuttavia, sempre ai sensi dell'art. 11, la Convenzione dell'Aja sui *trust* non può regolare le vicende circolatorie dei beni in Italia; dispone infatti che “i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro”. Pertanto, le norme di conflitto del foro designeranno la legge italiana tanto per i *trust* interni quanto per i contratti di affidamento fiduciario sottoposti alla legge sammarinese, quando il patrimonio affidato si trovi in Italia. Questo, per esempio, non rende applicabile in Italia, la disposizione processuale sull'ammissibilità della prova testimoniale “di dichiarazioni o accordi verbali successivi alla conclusione del contratto” (art. 17).

2.4 La Corte di San Marino per il trust ed i rapporti fiduciari

La Corte per il trust ed i rapporti fiduciari (di seguito, la “Corte”) è stata istituita nell'ambito della giurisdizione ordinaria dalla L. Costituzionale del 26 gennaio 2012, n. 1, al fine di offrire risposte adeguate alle specifiche problematiche che ineriscono questa “nuova” materia. Essa è regolamentata dalla l. qualificata del 26 gennaio 2012, n. 1 “Disposizioni per l'attivazione ed il funzionamento della Corte per il trust ed i rapporti fiduciari” e dal d. delegato del 19 luglio 2013, n. 85 “Procedimento innanzi la Corte per il trust ed i rapporti fiduciari” così come modificato dal d. delegato del 30 settembre 2013, n. 128.

Ai sensi dell'art. 1 della L. Cost. n. 1/2012, la Corte ha competenza per tutti i casi e le controversie in materia di rapporti giuridici nascenti dall'affidamento o dalla fiducia, da qualunque ordinamento regolamentati, quali, per esempio, *trust*, affidamento fiduciario, fedecommesso e istituzioni di erede fiduciario. Sono invece escluse dalla competenza della Corte le questioni in materia di mandato, eccezion fatta per i casi in cui il mandatario sia un soggetto autorizzato ai sensi della l. del 17 novembre 2005, n. 165 "Legge sulle Imprese e sui servizi bancari, finanziari e assicurativi" od esercente attività fiduciaria in ordinamenti diversi da quello sammarinese.

Per quanto riguarda i conflitti di competenza che eventualmente sorgano tra Corte e

¹⁸² Cfr. par 1.2, Capitolo I di questa tesi.

Autorità Giudiziaria ordinaria, l'art. 3 del d. delegato, n. 128/2013 prevede una procedura informale che si attua attraverso il confronto tra il Presidente della Corte ed il Magistrato Dirigente del Tribunale: il Presidente, qualora ritenga che la causa non rientri nella competenza della Corte, informa immediatamente il Magistrato Dirigente e, in caso quest'ultimo concordi, lo comunica alla parte istante e la invita a proporre la causa dinanzi all'Autorità Giudiziaria ordinaria; viceversa accade laddove l'incompetenza sia sollevata dal Tribunale. Invece, nel caso in cui manchi l'accordo, chiamato a dirimere il conflitto è il Collegio Garante della costituzionalità delle norme, il quale, nel risolvere la questione, seguirà, in quanto compatibili, le procedure previste dal Titolo VII, Capo I ("Conflitti di giurisdizione") della l. del 25 aprile 2003, n. 55¹⁸³. La Corte è composta da un Presidente e da sei membri effettivi, eletti dal Consiglio Grande e Generale con maggioranza qualificata dei due terzi dell'assemblea. Può essere eletto membro della Corte chi sia o sia stato professore universitario ordinario in materie giuridiche, i magistrati, gli ex magistrati e i laureati in giurisprudenza con esperienza professionale almeno ventennale nell'ambito delle materie specifiche afferenti al ruolo. I candidati possono essere di cittadinanza sammarinese o estera. L'elenco delle candidature è formulato dall'Ufficio di Presidenza e presentato all'organo parlamentare dai Capitani Reggenti; una volta eletti, i membri ed il Presidente, prestano giuramento nelle mani dell'Eccellentissima Reggenza e il loro mandato dura cinque anni, con possibilità di rinnovo. Alla scadenza, essi continuano ad esercitare le loro funzioni sino alla nomina dei nuovi membri¹⁸⁴.

Pena la decadenza, il Presidente e i membri della Corte non possono ricoprire incarichi o comunque svolgere attività nell'ambito di associazioni di natura politica o sindacale, non possono essere candidati in elezioni politiche o amministrative, né esercitare attività commerciali o industriali, non possono ricoprire l'incarico di amministratore o sindaco di società, sia nel territorio della Repubblica che all'estero, né possono esercitare la libera professione nel territorio della Repubblica¹⁸⁵.

La Corte esercita la giurisdizione ordinaria ma gode di autonomia rispetto al Tribunale; avanti ad essa si applica una procedura differente, la quale presuppone il modello del

¹⁸³ "Disciplina sull'organizzazione, le incompatibilità, il funzionamento, le forme dei ricorsi e dei procedimenti, gli effetti delle decisioni del Collegio Garante della costituzionalità delle norme".

¹⁸⁴ Cfr. Art. 1 l. costituzionale del 26 gennaio 2012, n. 1; Art. 3 l. qualificata del 26 gennaio 2012, n. 1.

¹⁸⁵ Cfr. Art. 4 l. qualificata del 26 gennaio 2012, n. 1.

processo civile sammarinese¹⁸⁶ ma con importanti novità mutuate da tradizioni giuridiche diverse¹⁸⁷.

Innanzitutto, l'art. 8 della l. qualificata n. 1/2012, al fine di assicurare un celere svolgimento dei processi, dispone che la disciplina del procedimento davanti alla Corte, nel rispetto dei principi dell'ordinamento ed in particolare del diritto alla difesa e al contraddittorio, sia rimessa al d. delegato n. 128/2013. Quest'ultimo, al Capo II e in particolare agli artt. 2 – 11, delinea un modello processuale che si caratterizza per l'oralità, la concentrazione e l'assenza di formalismo¹⁸⁸.

La lite viene contestata in apposita udienza di discussione orale, in cui, sotto la direzione del giudice, si determinano le questioni di diritto e di fatto che costituiscono l'oggetto del processo e, poi, della decisione; il giudice ha poteri penetranti in ordine alla ammissione delle prove ed alla determinazione del momento in cui la causa è da ritenersi matura per la decisione; le allegazioni finali sono sviluppate oralmente, e, ai fini del rispetto del contraddittorio, ciascuna parte è tenuta a depositare preventivamente una traccia strutturata degli argomenti che intende trattare. L'appello è ammesso solo per le questioni di diritto; la sua disciplina è caratterizzata da filtri di

¹⁸⁶ F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Vol. I, Milano, 1980, pag. 272 sintetizza così le caratteristiche del processo del diritto comune, le quali sono riscontrabili anche nel processo sammarinese: “il tipo di processo elaborato dalla dottrina dello *jus commune*, invece, era un processo, non solamente scritto, ma anche fondato sugli atti, nello specifico senso che i fatti non risultanti dalle carte processuali erano - per ciò stesso - esclusi dall'ambito di accertamento del giudice (*quod non est in actis non est in mundo*; principio, questo, che in origine venne inteso in un senso tecnico più ristretto). Un processo siffatto portò - in perfetta coerenza coi propri principi fondanti - alla non-immediatezza delle deduzioni delle parti e dell'assunzione delle prove e alla non pubblicità del procedimento”.

¹⁸⁷ V. PIERFELICI, *La Corte per il trust a San Marino*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, p.10.

¹⁸⁸ Tali caratteristiche segnano una marcata differenziazione rispetto al modello processuale sammarinese che, pur essendo stato oggetto di modifiche volte a renderlo più snello ed efficiente (l. del 1° luglio 2015, n.102 “Disposizioni in materia di Procedura e Diritto Civile e di Procedura Amministrativa”), presenta i seguenti tratti principali: il giudice non ha poteri d'impulso d'ufficio, ma gli sono solo affidati compiti di regolazione dell'iter processuale; sono le parti che devono fornire al giudice gli elementi di prova dei fatti posti a sostegno delle rispettive domande, escluso ogni potere del giudice civile di ricercare le prove o integrare autonomamente l'impianto probatorio proposto dalle parti, regola che introduce un limite per il giudice nel servirsi degli strumenti tecnici di convincimento costituiti dalle prove; il processo è scritto e non vi è alcuno spazio per l'oralità; non vi sono preclusioni, salvo per le eccezioni declinatorie e dilatorie, che devono essere sollevate in *limine litis*; le nullità processuali si restringono al difetto del contraddittorio. Cfr. T. C. GIANNINI, *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, 1967, San Marino, p. 80ss; V. PIERFELICI, *op. cit.*, pp. 10-12; *Testo coordinato in materia di procedura civile e penale e Testo coordinato in materia di notificazione degli atti giudiziari*, entrambi aggiornati al 18 ottobre 2016 e redatti a cura della SEGRETERIA DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI E LA GIUSTIZIA nell'ambito del progetto di riorganizzazione e sintesi dei settori di maggiore rilievo dalla stessa avviato nel febbraio 2013, tali testi sono reperibili su <https://www.consigliograndeegenerale.sm/online/home/testicoordinati/docCat.17003267.1.20.20.html>.

ammissibilità¹⁸⁹, tempi brevi (quattordici giorni dalla pubblicazione della sentenza) e dal ricorso al *consilium sapientis*¹⁹⁰, il quale, non essendo la Corte articolata in più gradi, è funzionale a mantenere la specializzazione anche in questo livello di giudizio ed esclude il successivo ricorso a rimedi straordinari. Il Giudice d'Appello, che ai sensi dell'art. 11, 6° comma del d. delegato n. 128/2013 deve attenersi ai principi di diritti enunciati dal sapiente, individuerà un unico sapiente, nel caso in cui il giudizio di primo grado sia stato reso da un singolo giudice, ovvero un collegio composto di tre sapienti, nel caso sia stato reso da un collegio o in piena Corte.

In linea con gli ampi poteri riconosciuti al giudice, un'altra significativa innovazione rispetto al modello processuale ordinario è rappresentata dalla disciplina prevista per le misure cautelari e provvisorie. Infatti, accanto agli ordinari provvedimenti cautelari (quali, per esempio, il sequestro e la diffida), l'art. 7 del sopra citato d. delegato attribuisce al giudice il potere "di imporre o proibire una condotta in tutti i casi in cui vi sia il fondato motivo di ritenere che, durante il tempo occorrente per far valere il diritto vantato in giudizio, questo subisca un pregiudizio irreparabile", nonché di fissare "con decreto costituente titolo esecutivo, la somma di denaro dovuta dal destinatario del provvedimento al richiedente in caso di inosservanza o di ritardata osservanza del provvedimento avuto riguardo al pregiudizio che l'inosservanza o la ritardata osservanza produrrebbe e al valore della causa".

Viene pertanto riconosciuto alla Corte il potere di emettere ordini di fare e di non fare, modellati sull'*injunction*¹⁹¹ di diritto inglese, i quali possono avere il contenuto più vario, che consentono interventi individualizzati, a seconda delle esigenze emergenti nella singola fattispecie, con opportuna discrezionalità concessa al giudice, derogando così alla tipicità della tutela inibitoria dell'ordinamento sammarinese. In luogo della

¹⁸⁹ L'art. 11, 2° comma del d. delegato n. 128/2013 prevede che il Presidente rigetta oppure concede l'autorizzazione all'appello esclusivamente in ragione della certezza delle questioni giuridiche decise o della loro importanza in via generale. Si ricordi che ai sensi del comma successivo, è fatta salva, anche in caso di diniego da parte del Presidente, la possibilità di chiedere al Giudice d'Appello che ammetta comunque l'impugnazione.

¹⁹⁰ In particolare, la l. qualificata n. 1/2012 prevede all'art. 7, 3° comma che, con regolamento emesso dalla Corte, siano regolati gli ulteriori poteri del Presidente "ivi compreso quello di regolare il ricorso al *consilium sapientis*, nominato tra esperti di chiarissima fama per il trust e i rapporti fiduciari".

¹⁹¹ Per la definizione di *injunction*, cfr. P.V. BAKER - P.S. LANGAN, *Snell's principles of equity*, Londra, 1982, p. 625: "an injunction is an order of the court directing a party to the proceedings to do or refrain from doing a specified act. It is granted in cases in which monetary compensation affords an inadequate remedy to an injured party".

sanzione penale, che assiste le inibitorie tipiche, viene assegnato al giudice il potere di stabilire, su richiesta di parte, la somma che deve essere corrisposta dall'inadempiente, in ragione del pregiudizio causato dall'inosservanza o dal ritardo nell'adempimento all'ordine, con ingresso nel sistema di misure di esecuzione indiretta (nel caso preventive), volte a forzare l'adempimento¹⁹².

Il Capo III del d. delegato n. 128/2013 disciplina la volontaria giurisdizione; esso, nell'unico articolo che lo compone (art. 12), si limita a disciplinarne il procedimento e rimanda alla l. cost. n.1/2012 per i casi in cui effettivamente vi si può fare ricorso. In particolare, il rinvio è agli artt. 53, 54 e 55, 1° comma di cui si è già detto¹⁹³. Brevemente, si ricordi che i giudici della Corte, nell'ambito del loro generale potere giurisdizionale di controllo e supervisione di qualsiasi *trust* regolato dalla legge sammarinese, hanno la facoltà di emettere i “provvedimenti del caso” e inoltre che, con riferimento specifico al *trustee*, egli ha la possibilità: di chiedere di essere autorizzato a compiere un “atto utile” che non rientri tra i suoi poteri; di ratificare un atto già compiuto o di ottenere direttive sul comportamento da tenere qualora si trovi in uno stato di incertezza in merito al compimento di un atto inerente il suo ufficio.

Ciò che qui preme evidenziare è che, dagli ampi poteri alla Corte riconosciuti, discende il fatto che essa finisce col diventare una figura di ausilio a cui rivolgersi anche in casi diversi rispetto alla mera patologia del *trust*¹⁹⁴, assumendo così una funzione di supporto e guida e non solo di organo giudicante. Tale peculiare caratteristica avvicina i giudici della Corte a quelli di *common law*. Infatti, i *trustee* che operano negli ordinamenti di origine sono abituati a frequentare le aule di giustizia potendo ricorrere al giudice in qualsiasi circostanza del loro ufficio; tale facoltà è quella che nella prassi è chiamata *inherent jurisdiction* consistente in un insieme di poteri non determinati e non definiti, ma che consentono al giudice di intervenire sotto molteplici profili nella vita del *trust*¹⁹⁵.

¹⁹² V. PIERFELICI, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁹³ Cfr. par. 2.2 di questo capitolo.

¹⁹⁴ In questo senso, si veda l'ordinanza della Corte n. 4/2017 nella parte in cui, sottolineando l'importanza del ruolo di guida ed ausilio dalla stessa ricoperta, dispone: “i trustee debbono quindi avere sempre in mente che la Corte è qui per sostenerli nell'attuazione del loro difficile compito e per mantenere lo svolgimento del loro ufficio in seno alla legalità e che un trustee ha sempre accesso alla Corte con un minimo di impiego di tempo e di risorse economiche”.

¹⁹⁵Cfr. S. D. PUGGIONI, *Il ruolo del giudice italiano nella vita del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 267 e M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, 2016, pp.126 e 337.

Nel tempo, come diverse pronunce giurisprudenziali testimoniano, anche i giudici italiani stanno via via orientandosi verso un maggior coinvolgimento nella gestione del *trust*, rendendo così più efficiente il funzionamento stesso dei *trust* interni. A questo proposito, autorevole dottrina¹⁹⁶, ha sottolineato che, non ampliare le fattispecie di volontaria giurisdizione comprendendo anche quelle che sono previste negli ordinamenti di origine e ivi rimesse al giudice locale, significherebbe che la Convenzione dell’Aja sul *trust* non è stata pienamente riconosciuta in quanto le parti interessate dovrebbero rivolgersi ai giudici degli ordinamenti di origine e così affrontare difficoltà e spese che di fatto negherebbero gli obiettivi della stessa.

È ormai pacifico che il giudice italiano, come il giudice straniero, possa dare istruzioni al *trustee* che a lui si rivolga; per esempio, se difendersi in una controversia giudiziale e in quale modo¹⁹⁷. Inoltre, il giudice italiano può consentire la modificazione dei termini dell’atto istitutivo negli stessi casi in cui può intervenire il giudice straniero¹⁹⁸ e revocare il *trustee* di un *trust* tanto interno quanto estero¹⁹⁹.

¹⁹⁶ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, 2016, p. 337.

¹⁹⁷ Cfr. Tribunale di Firenze, 17 novembre 2009 con cui il Tribunale ha provveduto sul ricorso di un *trustee*, il quale, richiamando l’art. 51 della legge di Jersey, si era rivolto al giudice per avere indicazioni sull’opportunità della sua costituzione in giudizio, in quanto la sua difesa avrebbe ulteriormente ridotto il fondo in *trust* che già in precedenza aveva subito una compressione derivante da attività giudiziale.

¹⁹⁸ Cfr. G. LA TORRE – A. FUSI, *Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 58 che prende in esame la sentenza del Tribunale di Firenze, 7 luglio 2004 con cui il Giudice Tutelare ha accolto il ricorso del tutore di un interdetto il quale chiedeva di essere autorizzato a prestare il consenso per modificare la clausola del *trust* relativa alla nomina e alla irrevocabilità dei tutori (guardiani) del *trust*; M. CORABI, *Un caso di revoca e sostituzione giudiziale dei trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, pag. 31 a commento della sentenza del Tribunale di Milano, 20 ottobre 2002 in cui il Giudice, riconosciuta la giurisdizione del giudice italiano e ritenuta altresì l’applicabilità del diritto inglese, ha operato secondo quanto disposto nell’art. 41 del *Trustee Act* 1925 che prevede un espresso potere del Giudice di rimuovere il *trustee* per giusta causa, su sua richiesta o su istanza dei beneficiari (potere subordinato alla mancata previsione di un atto volontario di nomina previsto dal negozio costitutivo del *trust*, all’accertamento di una violazione del *trust* o comunque degli obblighi che caratterizzano l’ufficio privato del *trustee*). Tale decisione è stata inoltre confermata dalla Corte d’Appello di Milano, 20 luglio 2004, che ha così statuito: "preso atto della giurisdizione del giudice italiano ex art. 3 della legge 31 maggio 1995 n. 218 e art. 2 Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 e dell’applicabilità alla vicenda in esame della legge inglese ex artt. 6 e 7 Convenzione de l’Aja del 1° luglio 1985 (...) la fattispecie deve ritenersi regolata dall’art. 41 del *Trustee Act* del 1925". Pertanto, la Corte d’Appello di Milano ha confermato il potere del giudice di rimuovere i *trustee*.

¹⁹⁹ Cfr. Tribunale di Milano, 15 luglio 2015 con la quale si è arrivati alla revoca giudiziale di un *trustee* seguito ad una azione intentata da un creditore del disponente indicato come beneficiario dall’atto istitutivo. Il *trustee* era stato inadempiente ai propri obblighi di rendicontazione e la gravità di tale inadempienza derivava dalla coincidenza delle figure di disponente, *trustee* e beneficiario ultimo nella persona del socio unico e liquidatore della suddetta società. L’assenza della figura del guardiano e l’affidamento della tutela dei beneficiari solo ai rendiconti che dovevano essere predisposti dal *trustee* hanno portato alla revoca.

Su questa scia, la partecipazione del potere giudiziale si è di recente estesa fino all'emissione di un provvedimento che avrebbe potuto emettere una Corte estera²⁰⁰. In particolare, il *trustee* si è rivolto al Tribunale per ottenere l'autorizzazione a costituirsi in un giudizio volto ad ottenere la nullità di un testamento con il quale il *de cuius* disponeva la segregazione in *trust* dei suoi beni. Nell'atto istitutivo di *trust* erano inserite clausole che prevedevano la possibilità per il *trustee* di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere direttive e che facevano rientrare nei costi di gestione le spese delle procedure che avevano lo scopo di inficiare la validità o l'efficacia del testamento. Il giudice tuttavia, nell'autorizzare il *trustee* a costituirsi in giudizio e a sostenere le conseguenti spese per mezzo del fondo in *trust*, non si è basato su tali disposizioni di carattere privato, ma piuttosto ha richiamato la Convenzione dell'Aja sul *trust*, la clausola dell'atto istitutivo che eleggeva la legge di Jersey quale legge regolatrice del *trust* e l'art. 51²⁰¹ di detta legge ed ha autorizzato il *trustee*²⁰².

Qualche perplessità è invece sollevata dalle clausole degli atti di *trust* interno che attribuiscono al Presidente del Tribunale il compito di nominare il *trustee* o il guardiano del *trust*. Circa la nomina del guardiano, essendo le fonti legislative straniere che la attribuiscono al giudice pressoché inesistenti, la soluzione parrebbe negativa²⁰³. Con riguardo alla nomina del *trustee* sono invece più facilmente individuabili disposizioni normative straniere; tuttavia, occorre distinguere se il ricorso per la nomina di *trustee* da parte del giudice italiano è basato su una clausola dell'atto istitutivo o su una disposizione di legge straniera²⁰⁴ in quanto nel primo caso

²⁰⁰ Cfr. Tribunale di Ancona, 29 gennaio 2018.

²⁰¹ L'art. 51, 1° comma della *Trusts (Jersey) Law* del 1984 prevede che: “*a trustee may apply to the court for direction concerning the manner in which the trustee may or should act in connection with any matter concerning the trust and the court may make such order, if any, as it thinks fit*”.

²⁰² Come evidenziato da S. D. PUGGIONI, *op. cit.*, p.268, si tratta del primo *Beddoe Order* emesso da un giudice italiano. Il provvedimento che il giudice emana - *Beddoe Order* - prende il nome dalla sentenza *Re Beddoe. Downes v Cottam* del 1893. È previsto che il *trustee* possa rivolgersi preventivamente al giudice per essere autorizzato ad agire o a difendersi in giudizio e soprattutto essere autorizzato (con un *Beddoe Order*) a prelevare dal fondo in *trust* le somme necessarie per la sua difesa in giudizio. Per la nozione di *Beddoe Order* cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, pp. 117- 118.

²⁰³ Tribunale di Crotone, 26 maggio 2009 con cui il Giudice, nel rigettare la domanda con cui veniva chiamato a nominare un nuovo guardiano, oltre ad addurre motivazioni circa la tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, si rifà al fatto che la legge regolatrice del *trust* (diritto inglese) non prevede la possibilità che sia il giudice a nominare il guardiano.

la fondatezza sarebbe dubbia²⁰⁵.

²⁰⁴ Cfr. Tribunale di Genova, 29 marzo 2010 con cui il Presidente con un decreto, ha provveduto alla nomina di un nuovo *trustee* in sostituzione del precedente dimissionario, specificando che questo potere attribuitogli dall'atto istitutivo è conforme alla legge che regola il *trust* - nello specifico all'art. 51 della *Trusts Jersey Law* - e non contrasta con alcuna norma imperativa o principio di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano.

²⁰⁵ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, 2016, pp. 339-340.

CAPITOLO III

LO SHAM TRUST

3.1 Introduzione - 3.2 Lo *sham trust* nei Paesi d'origine - 3.3 Lo *sham trust* in Italia -
3.4 Lo *sham trust* a San Marino: l'ordinanza della Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari del 5 dicembre 2017, n. 4

3.1 Introduzione

La nozione di “*sham*” è di elaborazione relativamente recente. Compare per la prima volta nei *report* inglesi del 1691 ma soltanto nella seconda metà del XIX secolo acquisisce connotati più precisi²⁰⁶; infatti, la prima occasione in cui, in tempi moderni, il termine *sham* venne considerato in una sentenza risale al 1967²⁰⁷ e perché tale espressione fosse utilizzata nel diritto del *trust* inglese²⁰⁸ dovettero trascorrere ancora diversi anni, risalendo la prima applicazione al 1995²⁰⁹.

Tale breve lasso di tempo insieme con l'ambiguità del termine e l'incertezza intorno al suo impiego giuridico sono le ragioni alla base dell'assenza di una teoria dello *sham* generalmente condivisa²¹⁰. Dunque, la breve analisi che in questa sede verrà svolta,

²⁰⁶ M. MAICNAR, *Sham: Early Uses and Related and Unrelated Doctrines*, in *Sham Transactions* (a cura di E. SIMPSON - M. STEWART), Oxford, 2013, pp. 29 ss.

²⁰⁷ *Snook v London and West Riding Investments Ltd* [1967] 2 QB 786 (UK).

²⁰⁸ Vi furono alcuni casi australiani, anteriori rispetto a quello inglese, in cui il concetto *sham* era stato impiegato in relazione ad un *trust*. Cfr. J. WADHAM – S. WALDEN, *Willoughby's Misplaced Trust*, in *Estates, trusts & pensions journal*, 2002, pp. 6 ss.

²⁰⁹ *Midland Bank Plc v Wyatt* [1995] 1 FLR696 (UK).

²¹⁰ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 96 e *Trusts*, Milano, 2001, p. 171; M. PETRONE, *Il trust sham e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 34; Ordinanza della Corte di San Marino n. 4/2017, p. 11; *Raftland Pty Ltd v Federal Commissioner of Taxation*, [2008] HCA 21 in cui i giudici Gleeson, Gummow e Crennan hanno espresso cautela nell'impiego del termine *sham*; A. BRAUN, *Quando un trust è “sham”*: brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in *Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 353; P. MATTHEWS, *How many shams make three?*, in *Trusts & Trustees*, 1998, p.14. Per completezza, con riferimento ad una diversa tesi per cui invece l'espressione *sham* avrebbe un significato giuridico ben conosciuto cfr.: S. GADHIA - K. RODGERS – J. H. HO, *Sham trusts*, in *Trusts e Trustees*, 2016, p. 467; *Equuscorp Pty Ltd v Glengallan Investments Pty Ltd*, [2004] HCA 55 (Australia), sentenza della High Court australiana in cui è stato contestato al giudice di primo grado di aver applicato il significato ordinario della parola

non muoverà da una definizione generale di *sham* ma piuttosto cercherà di ricostruirne l'evoluzione, nei Paesi d'origine prima e in Italia, poi.

3.2 Lo *sham trust* nei Paesi d'origine

Come sopra detto, la prima volta che il termine *sham* comparve in una sentenza fu negli anni '60 del secolo scorso²¹¹; si trattava di un caso inglese e la causa riguardava un *sale and lease back*²¹² che celava in realtà un mutuo assistito da garanzia reale, vietato dalla legislazione statutaria in vigore.

L'attore, Snook, ottenne in *leasing* un'autovettura nuova e la proprietà di questa rimase alla finanziaria, la convenuta Tolley Investments Ltd. Una volta pagate alcune rate del canone, l'attore si rivolse ad una seconda società, la Auto Finance, al fine di ottenere del denaro liquido e quest'ultima, dichiarandosi disponibile a saldare il debito con la prima, erogò un mutuo. L'Auto Finance fece dunque firmare all'attore un modulo relativo ad un nuovo contratto di *leasing* e si accordò con la convenuta, la quale finanziò tale nuovo contratto convinta che la Auto Finance fosse la proprietaria dell'autovettura. Quando Snook divenne inadempiente, la convenuta vendette l'automobile a terzi. A questo punto l'attore agì in giudizio per sentir dichiarare il proprio diritto sull'automobile sostenendo che il *sale and lease back* concluso con la convenuta nascondesse in realtà un mutuo assistito da garanzia reale e che l'operazione eseguita con le due società finanziarie fosse *sham*. Il giudice di primo grado accolse l'istanza dell'attore, mentre la *Court of Appeal* la rigettò reputando che l'operazione *de quo* non fosse da considerarsi nulla.

In primo luogo, nell' adottare tale decisione, il giudice Diplock si chiese se fosse possibile che il termine *sham*, in quanto espressione colloquiale, venisse riferito ad un qualsiasi concetto giuridico²¹³, così sollevando una prima criticità del fenomeno in questione.

“the primary judge was wrong to characterize the transaction, as he did by his references to artifice and façade, as *shams*. *Sham* is an expression which has a well-understood legal meaning”.

²¹¹ Snook v London and West Riding Investments Ltd [1967] 2 QB 786 (UK).

²¹² Corrispondente al contratto italiano di locazione con patto di futura vendita.

In secondo luogo, pur dubitando circa la possibilità di ammettere un'accezione tecnica del termine *sham*, propose una definizione dello stesso alla quale è stato largamente fatto ricorso nei più diversi campi del diritto²¹⁴ e non solo di quello inglese²¹⁵. Egli definì come *sham* gli "(...) atti o documenti fasulli posti in essere dalle parti per dare ai terzi o alla giustizia l'apparenza di aver creato fra loro dei diritti o delle obbligazioni differenti da quelli (se esistenti) che intendevano creare davvero", con l'ulteriore precisazione che un'operazione può essere considerata *sham* esclusivamente quando tutte le parti del negozio abbiano inteso che gli atti o documenti non fossero fonte di quei diritti o obbligazioni che apparentemente hanno posto in essere²¹⁶.

È quindi necessario che tali atti o documenti siano posti in essere allo scopo di creare l'apparenza di un'operazione diversa da quella effettivamente voluta e che tutte le parti ne siano consapevoli. Pertanto, considerato che nel caso concreto i convenuti non erano stati partecipi della simulazione, Lord Justice Diplock respinse la richiesta di Snook, autore della stessa; l'attore infatti, non poteva opporre la simulazione ai terzi che erano stati ingannati avendo questi fatto affidamento sull'apparenza da lui creata. Tra le difficoltà che la definizione di *sham* proposta da Diplock pose, vi fu innanzi tutto quella della sua applicabilità al campo dei *trust*; infatti, non solo si tratta di una nozione coniata in relazione ad un contratto e pertanto ad un negozio bilaterale, ma anche e soprattutto, essa specifica che tutte le parti debbano avere una "*common*

²¹³ "It is, I think, necessary to consider what, if any, legal concept is involved in the use of this popular and pejorative word" in *Snook v. London and West Riding Investments Ltd*, 1967 cfr. *supra* nota n. 211; tradotto in italiano da M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 96 nel seguente modo: "è necessario considerare quale nozione giuridica sia eventualmente sottesa a questo termine della lingua non giuridica, impiegato con connotati peggiorativi".

²¹⁴ Cfr. M. CONAGLEN, *Sham Trusts*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, pp. 178-179; A. BRAUN, *op. cit.*, p. 347; M. PETRONE, *op. cit.*, p. 35.

²¹⁵ Cfr. A. SEMPRONI, *Sviluppi dello sham trust: una sentenza australiana*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, pp. 479 ss.; Sentenza della Corte Suprema canadese, *Stubart Investments Ltd v The Queen*, 1984, la quale dispone: "*The transaction here was not a sham. It was not constructed to create a false impression and the appearance created by the documentation was the reality. The concept of a sham transaction does not extend to include either a transaction that might be reversed or an otherwise valid transaction entered into between parties not at arm's length*".

²¹⁶ "(...) acts done or documents executed by the parties to the 'sham' which are intended by them to give to third parties or to the court the appearance of creating between the parties legal rights and obligations different from the actual legal rights and obligations (if any) which the parties intend to create. (...) for acts or documents to be a 'sham', with whatever legal consequences follow from this, all the parties thereto must have a common intention that the acts or documents are not to create the legal rights and obligations which they give the appearance of creating. No unexpressed intentions of a 'shammer' affect the rights of a party whom he deceived."

intention”. La questione era dunque come queste caratteristiche potessero conciliarsi con la natura unilaterale dell’atto istitutivo del *trust*.

L’occasione per affrontarla si presentò con il caso *Midland Bank plc v Wyatt*²¹⁷ che, come detto, costituì il primo precedente inglese in cui il concetto di *sham* fu accostato a quello di *trust*. In particolare, Wyatt e sua moglie erano proprietari della casa adibita a residenza familiare e su questa, a garanzia di un mutuo bancario, gravava un’ipoteca. Quando Wyatt decise di mettersi in proprio, Wyatt e la moglie dichiararono se stessi *trustee* di un *trust* avente per oggetto tale immobile e istituirono quali beneficiarie la moglie medesima e le figlie; obiettivo del marito era tutelare la famiglia dal rischio di fallimento della propria impresa. Successivamente, una volta avviata una propria attività, Wyatt ottenne dalla banca una linea di credito per la sua azienda, estendendo l’ipoteca già esistente senza tuttavia menzionare che la casa familiare era stata nel frattempo posta in *trust*. All’atto del fallimento, la banca agì in giudizio al fine di recuperare il proprio credito ed ottenne un provvedimento esecutivo sull’immobile. A questo punto Wyatt eccepì il *trust* ma la banca si oppose sostenendo che la dichiarazione di *trust* fosse nulla in quanto avrebbe costituito una *sham transaction*. Nel decidere la controversia, il giudice Young osservò che l’istituzione del *trust* fosse stata “*put in the safe for a rainy day*” senza alcuna intenzione di darne seguito e pertanto – rifacendosi, seppur operando un *distinguishing*, al *dictum* del giudice Diplock in *Snook v London and West Riding Investments Ltd* - dichiarò l’atto istitutivo del *trust sham*, cioè nullo, e di conseguenza inopponibile alla banca.

Con riguardo al problema del carattere unilaterale del negozio istitutivo di *trust*, Young, si limitò a sottolineare il differente contesto in cui le parole di Diplock erano stato pronunciate; rilevò infatti che esse erano riferite ad una situazione in cui erano stati pregiudicati i diritti di un terzo e che quando ciò accade, l’autore della simulazione non può opporre al terzo la stessa a meno che anche quest’ultimo non ne sia stato a sua volta parte. Inoltre, rispetto alla questione della necessaria “*common intention*” dichiarò che questa non fosse da reputarsi indispensabile in ogni genere di affare. In particolare, sottolineò che, perché un’operazione possa essere considerata *sham*, è sufficiente che solo una delle parti abbia avuto l’intenzione simulatoria e che, come nel caso *de quo*, l’altra abbia semplicemente lasciato correre²¹⁸, senza sapere o senza

²¹⁷ *Midland Bank Plc v Wyatt* [1995] 1 FLR696 (UK).

²¹⁸ “*went along with the “shammer” not either knowing or caring about what he or she was signing*”.

preoccuparsi di cosa stesse firmando. Pertanto, colui che meramente segue il disponente nelle sue intenzioni sarebbe comunque parte dello *sham* e non potrebbe fare leva sui principi in materia di *estoppel*²¹⁹. Aggiunse poi che la dichiarazione di *trust* sarebbe stata nulla anche qualora fosse derivata da un errato consiglio, escludendo così la necessità della prova di un movente disonesto o fraudolento da parte dell'autore del *trust*²²⁰.

Infine, un ulteriore molto di rilevanza della sentenza in questione è riscontrabile nel fatto che Young, al fine di accertare la reale natura del negozio, abbia reputato ammissibile tenere conto non soltanto delle circostanze presenti al momento dell'istituzione del *trust* (e quindi, con riferimento al caso specifico, del fatto che la signora Wyatt non si fosse resa conto di cosa stesse firmando), ma anche del comportamento che il disponente aveva assunto nel periodo successivo. In questo caso, non avendo il convenuto mai modificato il proprio comportamento in modo da manifestare la volontà di dare attuazione alla dichiarazione di *trust* ma piuttosto avendo agito come questo non esistesse, il giudice concluse che quest'ultimo non aveva mai avuto l'intenzione di spogliarsi dei beni in favore delle beneficiarie del *trust* e che perciò il *trust* era nullo.

Qualche anno prima che si verificasse il caso *Midland Bank plc v Wyatt*, il concetto di *sham* era stato applicato al *trust* da una sentenza di Jersey²²¹ la quale aveva sollevato ulteriori problematiche.

La controversia concerneva un *trust* regolato dalla legge di Jersey e avente quale *trustee* una *trust company*. Le mogli e i figli pretermessi dal disponente chiesero che il *trust* venisse dichiarato nullo, sulla base del fatto che il *trustee* non avesse avuto alcuna autonomia gestionale e avesse seguito regolarmente le istruzioni che gli trasmetteva il disponente, il quale, peraltro, già nell'atto istitutivo si sarebbe riservato un'eccessiva mole di poteri. A parere degli attori, non solo si sarebbe verificata una violazione della massima del diritto consuetudinario normanno, allora applicabile in

²¹⁹ Cfr. A. BRAUN, *op. cit.*, p. 348.

²²⁰ Cfr. *Midland Bank Plc v Wyatt* [1995] 1 FLR696 (UK) nella parte in cui dispone: “*The fact that Mr Wyatt executed the deed with the benefit of legal advice from Mr Ellis does not in my view affect the status of the transaction. It follows that even if the deed was entered into without any dishonest or fraudulent motive but was entered into on the basis of mistaken advice, in my judgment such a transaction will still be void and therefore an unenforceable transaction if it was not intended to be acted upon but was entered into for some different or ulterior motive*”.

²²¹ *Abdel Rahman v Chase Bank Trust Company Ltd* [1991] JLR 103 (Jersey).

Jersey, “*donner et retenir ne vaut*”, ma il *trust* sarebbe stato altresì da considerarsi *sham*. In relazione a quest’ultimo punto, la Corte accolse la richiesta dichiarando che l’atto in questione costituiva *sham* in quanto, non avendo il *trustee* mai di fatto avuto il controllo sul fondo in *trust*, era stato posto in essere per far sembrare ciò che non era²²².

Nonostante la sentenza di Jersey fosse incentrata soprattutto sulla violazione della massima “*donner et retenir ne vaut*” e nonostante la *Royal Court* non fosse entrata nel merito di un’analisi della nozione di *sham* né della definizione datane da Diplock, è in seguito a questa pronuncia che il vocabolo *sham* è entrato nell’uso internazionale, avendo essa stimolato un dibattito fino a quel momento assente²²³. Infatti, inizialmente, con *sham* si faceva esclusivo riferimento a quelle situazioni in cui i diritti e le obbligazioni che emergevano da un documento divergevano rispetto a quelli realmente voluti dalle parti, mentre, dopo il caso in esame, si è ritenuto che rientri nell’ambito dello *sham* anche il *trust* che, pur presentando i requisiti per essere validamente istituito, venga successivamente invalidato perché il disponente ha mantenuto il controllo sui beni²²⁴.

Circa il concetto di controllo occorre però fare una distinzione, in particolare differenziando controllo diritto e controllo di fatto²²⁵.

Il primo deve essere valutato esclusivamente con riguardo alle clausole dell’atto istitutivo; da ciò consegue che, al di fuori dei casi in cui potrebbe trovare applicazione la regola “*donner et retenir ne vaut*”²²⁶, esso non determina alcuna falsa rappresentazione della realtà. Pertanto, secondi alcuni²²⁷, risulterebbe più corretto

²²² “*The settlement was a sham in the sense that it was made to appear to be what it was not. The donor was a donor to an agent or nominee. The trustee was never made the master of the assets. Kar intended to and in fact retained control of the capital and income of the trust fund throughout his lifetime and used the trust and the deed of appointment made under the trust to make testamentary dispositions*”.

²²³ Cfr. A. BRAUN, *op. cit.*, p. 349; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 96.

²²⁴ Cfr. P. MATTHEWS, *How many shams make three? – op. cit.*, p. 11-12.

²²⁵ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 97; M. PETRONE, *op. cit.*, p. 36.

²²⁶ Per un’analisi di questa regola, cfr. M. LUPOI, *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, pp. 291 – 293.

²²⁷ Cfr. R. BELVEDERI, *Alcune considerazioni in tema di sham trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p. 147 e M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, pp. 470-471 e M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p.42. Secondo questi autori, l’intenzione di istituire un *trust* valido insieme con la certezza dell’oggetto e la certezza sull’identità dei beneficiari rappresenterebbero le cosiddette “*three certainties*” necessarie per costituire un *trust*.

giungere all'invalidità del *trust* non perché *sham* ma perché carente dell'intenzione di istituire un *trust* valido.

Il secondo tipo di controllo ha una nozione più sfuggente in quanto può derivare: *i)* dalla remissività del *trustee* dinanzi ad abusi del disponente; *ii)* dalla regolare adesione del *trustee* alle richieste del disponente; oppure *iii)* da una previa intesa fra disponente e *trustee*.

La remissività è individuata quando si considera sufficiente che il *trustee* “*went along*” cioè “lasciò correre” a fronte di comportamenti del disponente incompatibili con il vincolo del *trust*. Per quanto riguarda la regolare adesione del *trustee* alle richieste del disponente, occorrerà valutare di caso in caso non essendo la stessa necessariamente un fattore dirimente. Infatti, secondo l'opinione prevalente nel diritto inglese²²⁸ il giudice deve decidere con riguardo all'effettivo svolgimento del rapporto, concludendo che, laddove il *trustee*, pur seguendo le indicazioni del disponente²²⁹, svolga autonomamente le proprie valutazioni e decida in modo informato, non potrà configurarsi ipotesi di *sham*. Due casi inglesi dai diversi epiloghi sono, a questo proposito, rilevanti: *Shalson v Russo* e *Charman v Charman*, rispettivamente del 2005 e del 2006²³⁰.

Nel primo, il giudice, rigettando la richiesta attrice, stabilì che il *trustee* non si era esclusivamente rimesso alle disposizioni del disponente. Mr. Justice Rimer, chiamato a esprimersi sulla causa, evidenziò infatti che sussistevano diversi esempi positivi in cui il *trustee* aveva dimostrato di agire in piena autonomia e da questi desunse la sua intenzione di esercitare le proprie funzioni così come determinate dall'atto istitutivo. Gli attori inoltre, al fine di provare che il *trust* avesse assunto carattere di *sham* deducevano che il *trustee*, nell'esercizio del suo potere di *resettlement*, conformemente alle previsioni dell'atto istitutivo, aveva depositato il denaro in *trust* presso un determinato istituto di credito, di fatto controllato dal disponente. La Corte

²²⁸ *Charman v Charman* [2006] EWHC 1879 (Fam) (UK); *Shalson v Russo* [2005] EWHC Ch 281 (UK); *A. v A. and St George Trustees Ltd*, [2007] EWHC 99 (Fam) (UK).

²²⁹ A questo proposito, uno strumento tipico del modello internazionale del *trust* è rappresentato dalle cosiddette “lettere di desiderio” (*wish letters*). In particolare, si tratta di indicazioni scritte che il disponente fornisce al *trustee* al fine di guidarlo quando egli non sia in condizione di valutare da solo tutte le circostanze rilevanti per l'esercizio del suo ufficio. Cfr. M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, pp. 212 – 214.

²³⁰ Cfr. *Charman v Charman* [2006] EWHC 1879 (Fam) (UK) e *Shalson v Russo* [2005] EWHC Ch 281 (UK).

rigettava la deduzione rilevando che, qualora il disponente si fosse indebitamente appropriato del denaro in *trust* sfruttando il suo controllo di fatto sull'istituto di credito, la sua condotta avrebbe semplicemente integrato un'appropriazione indebita dei beni in *trust*, senza alcuna ricaduta sulla natura del *trust*.

Al contrario, nel secondo caso, il giudice accolse la richiesta attrice e dichiarò il *trust sham*, peraltro condannando il marito a versare alla moglie la somma di 48 milioni di sterline decretando una, se non la più, ingente condanna nella storia della giurisprudenza matrimoniale inglese²³¹. La questione aveva ad oggetto un *trust* discrezionale²³², creato dal marito anni prima, i cui beneficiari erano, insieme con il marito stesso, il coniuge e i figli. Il *trustee* era titolare del potere di distribuire o meno il reddito derivante dal fondo il *trust* o comunque di distribuirlo come meglio ritenesse tra i vari beneficiari. Tuttavia, egli considerava il disponente quale unico beneficiario e di conseguenza, pur valutando le proprie decisioni, agiva sempre secondo le indicazioni di questo. Il giudice dunque, nel decidere la controversia sottolineò che il marito avesse creato un *trust* che era discrezionale esclusivamente nella forma²³³.

Infine, con riferimento all'ultima ipotesi di controllo di fatto, il requisito della previa intesa può considerarsi soddisfatto quando il disponente ha voluto il *trust* per realizzare un progetto non apparente dall'atto istitutivo e il *trustee*, sebbene non formalmente tenuto, esercita i propri poteri per l'attuazione di quel progetto²³⁴. Nel 2003, la Royal Court di Jersey ebbe di nuovo modo di pronunciarsi in merito allo *sham*²³⁵ e, a

²³¹ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 98.

²³² In senso proprio per *trust* discrezionale (“*discretionary trust*”) si intende quello il cui atto istitutivo determina una categoria di beneficiari in seno alla quale il *trustee* è chiamato a operare delle scelte. In mancanza della scelta il *trustee* è inadempiente alle sue obbligazioni. Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p.89.

²³³ Sulla stessa questione, e cioè: quando, in sede di divorzio tra il disponente e il suo coniuge, un *trust* discrezionale può essere considerato quale una risorsa finanziaria del disponente e quindi oggetto parziale di attribuzione al coniuge? Cfr. A. LYNN, *Trust discrezionale e divorzio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, pp. 128 – 133.

²³⁴ Ad esempio, come avvenuto in *Antle v R*, [2010] 13 ITELR 591 (Federal Court of Appeal) (Canada) quando un *trust* discrezionale sia in realtà istituito per perseguire un piano di risparmio fiscale e il *trustee*, pur non tenuto, eserciti i propri poteri senza alcun margine di libertà per realizzare tale piano.

²³⁵ *Esteem Settlement*, [2003] JLR 188 (Jersey). In particolare, si trattava di un *trust* istituito dallo Sceicco Fahad. Il Gruppo Torras, società spagnola posseduta dal Kuwait Investment Office (KIO), chiedeva l'annullamento di tale *trust* in quanto reputato *sham*. Nel 1988 lo Sceicco - insieme ad altri - aveva illegalmente sottratto ingenti somme al Gruppo Torras e, successivamente, era stato per questo condannato a risarcirlo dalla Corte inglese. Tuttavia, negli anni si dimostrò sempre inadempiente ed anzi costituì vari *trust* tra cui quello *de quo*.

differenza di quanto fece nel precedente caso²³⁶, si soffermò sull'analisi di tale concetto e sui requisiti dell'azione simulatoria²³⁷. In particolare, apparentemente in linea con quanto disposto nel caso *Midland Bank plc v Wyatt*, dispose che affinché il *trust* sia *sham* occorre che il disponente e il *trustee* abbiano inteso dare luogo ad un'operazione che non rifletta le loro reali intenzioni; oppure, che il disponente abbia avuto tale intenzione e che il *trustee* lo abbia semplicemente seguito senza sapere o senza curarsi di sapere cosa avesse sottoscritto. Sembrerebbe così esclusa la necessità un'intesa simulatoria. Tuttavia, la Royal Court aggiunse che per la configurazione di uno *sham* servisse anche fornire la prova che le parti avessero inteso produrre una falsa impressione nei terzi²³⁸; peraltro, senza fornire indicazioni sul come sia possibile conciliare un'intenzione simulatoria di questo tipo²³⁹ con un comportamento remissivo quale il non sapere o non curarsi di cosa si stia firmando²⁴⁰.

Tale impostazione fu adottata poco tempo dopo dalla stessa Corte in *MacKinnon v Regent Trust Company*²⁴¹. Essa confermò che perché un *trust* sia *sham* occorre l'intenzione di ingannare terze persone e pertanto, con riferimento al caso specifico²⁴², sostenne che, non avendo l'attore formulato una simile accusa, la sua allegazione non costituisca un ragionevole fondamento della propria azione²⁴³. Secondo le corti di

²³⁶ *Abdel Rahman v Chase Bank Trust Company Ltd* [1991] JLR 103 (Jersey).

²³⁷ Cfr. M. BRIDGES MARK, *Sham e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza "Gruppo Torras"*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, pp. 384 ss.

²³⁸ Tale intenzione simulatoria nella sentenza è definita "*intention to mislead*". Cfr. *Esteem Settlement*, [2003] JLR 188 (Jersey).

²³⁹ Una volta condotta questa analisi circa la definizione di *sham*, la Corte rigettò la richiesta attrice sostenendo che dai fatti era emerso che né il disponente, lo Sceicco Fahad, né il *trustee*, la *Abacus Ltd.*, avevano avuto un'intenzione simulatoria, desiderando entrambi dare esecuzione ai termini dell'atto istitutivo.

²⁴⁰ A. BRAUN, *op. cit.*, p. 349-350.

²⁴¹ *MacKinnon v Regent Trust Co Ltd* [2004] JRC 211 (Jersey).

²⁴² L'attore, il figlio della disponente, aveva agito affermando che i tre *trust* istituiti da sua madre erano *sham* in quanto non riflettevano le sue vere intenzioni. Il *trustee*, una *trust company*, aveva eccepito che tale allegazione dovesse essere esclusa avendo l'attore omesso di allegare che la disponente aveva avuto l'intenzione di ingannare gli altri.

²⁴³ Tale decisione fu confermata in appello, cfr. *MacKinnon v Regent Trust Co Ltd* [2005] WTLR 1367 (Jersey). Si noti che M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 99 cita la sentenza di appello sottolineando che essa rappresenta una sottospecie della tesi per cui si ha *sham* a seguito di intesa previa tra disponente e *trustee*. Infatti, la Corte di Jersey ha affermato che le parti possono avere intendimenti diversi purché entrambe accettino che il negozio che hanno stipulato non corrisponde alla loro apparante volontà e quindi sia una "*pretence*".

Jersey dunque, perché un *trust* possa essere reputato *sham* parrebbe essere necessaria l'intenzione, comune a disponente e *trustee* di ingannare terzi parti²⁴⁴, risultando così non sufficiente la disonestà del solo disponente insieme con la mera conoscenza o indifferenza del *trustee*.

Tuttavia, nello stesso anno, il giudice inglese²⁴⁵ dispose che si configura un'ipotesi di *trust sham* anche quando il disponente abbia istituito il *trust* al solo scopo di celare la propria consistenza patrimoniale, senza alcuna intenzione di comportarsi secondo quanto disposto dall'atto istitutivo (o dalla legge) e il *trustee* non si opponga. In particolare, il disponente aveva consegnato ai *trustee* due lettere di desideri le quali presentavano medesima data ma differenti e contraddittorie indicazioni circa la devoluzione dei beni alla sua morte; infatti, l'una nominava la moglie quale beneficiaria e l'altra la ometteva completamente. Il giudice valutò tale anomalia come determinante per la prova che il marito non avesse mai avuto la minima intenzione di dare effettiva attuazione al *trust* istituito, ambendo esclusivamente a proteggere il proprio patrimonio. Pertanto, come nella sentenza di Jersey, è stato previsto che per aversi *sham* occorre che le disposizioni del *trust* siano volte a produrre una falsa impressione nei terzi; a differenza che nella sentenza di Jersey invece, è stata esclusa la necessità di una comune intenzione simulatoria, essendo sufficiente quella del solo disponente²⁴⁶.

Dunque, non è pacifico se occorra o meno un accordo simulatorio. La tesi orientata in senso negativo²⁴⁷, sostiene che l'intenzione del *trustee* non assume rilevanza per accertare se il *trust* è *sham* in quanto il *trust* è un negozio unilaterale per il cui

²⁴⁴ Nella sentenza di appello questo requisito fu tradotto con l'espressione: "*intention to give a false impression*".

²⁴⁵ *Minwalla v Minwalla* [2004] EWCA Civ 1589 (UK).

²⁴⁶ Si è osservato che questa ipotesi sembra confliggere con la teoria delle tre certezze (di cui *supra*, cfr. nota n. 224), in particolare cfr. M. PETRONE, *op. cit.*, p. 37 il quale afferma: "(...) Da ciò, infatti, sembrerebbe derivare che si ha mancanza dell'intenzione di istituire un *trust* valido (prima certezza) esclusivamente nei casi - limite - in cui il disponente effettivamente non aveva alcuna intenzione di porre in essere un *trust* (ad esempio, perché non sapeva cosa stava sottoscrivendo); invece, si ha un *trust sham* nei casi in cui il disponente ha inteso istituire il *trust*, ma soltanto in apparenza".

²⁴⁷ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 99; A. SEMPRONI, *op. cit.*, p. 483; R. BELVEDERI, p.144; A. BRAUN, *op. cit.*, p.352; L. TUCKER – N. LE POIDEVIN – J. BRIGHTWELL, *Lewin on trusts*, Londra, 2016, p. 113 secondo cui è sufficiente i *trustee* siano disposti "to go along with the trusts". Contra, tra i sostenitori della necessità dell'accordo simulatorio cfr. M. CONAGLEN, *op. cit.*, p. 190; S. MOVERLEY SMITH, *Fishing in foreign waters: the english family court squares up to the off-shore world*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 481; L. E. PERRIELO, *op. cit.*, pp. 85-96.

perfezionamento non si richiede una manifestazione di volontà da parte del *trustee*. Inoltre, la necessità di un intento comune al disponente e al *trustee* e, dunque, di un accordo simulatorio, precluderebbe l'accertamento dello *sham* con riguardo ai *trust* autodichiarati²⁴⁸.

Con riguardo alle finalità non manifeste del disponente, non focalizzandosi quindi sulla necessità o meno di una comune intenzione, una più recente sentenza australiana²⁴⁹ ha disposto che non si configura ipotesi di *sham* qualora quest'ultimo sia mosso da intenzioni improprie ma le disposizioni del *trust* siano correttamente adempiute. Il caso riguardava un *trust* avente per oggetto l'abitazione della disponente e istituito con la principale finalità di non far risultare quest'ultima quale proprietaria nell'imminente causa di divorzio e, pare, di farle poi riacquistare la proprietà una volta concluso il giudizio.

La valutazione delle vicende del *trust* ha portato il giudice inglese a concludere che un *trust* che non nasca *sham* non può diventarlo per il successivo comportamento acquiescente del *trustee*²⁵⁰. In particolare, la sentenza *A. v A. and St George Trustees Ltd* [2007] EWHC 99 (Fam) (UK) dispose che, qualora il *trustee* abbia accettato l'incarico in buona fede e senza intenzione di rendersi parte di uno *sham trust*, la condotta che egli successivamente tenga in violazione delle obbligazioni fiduciarie, magari secondo intesa con il disponente, non rende *sham* il *trust* che non è inizialmente tale, ma espone il *trustee* a responsabilità per violazione del *trust* e il disponente a responsabilità per "*knowing assistance*"²⁵¹ in tale violazione. Al contrario, si è sostenuto che un *trust* che nasce *sham* può perdere tale natura²⁵².

I vari precedenti giurisprudenziali, se pur, come visto, spesso in contrasto l'uno con l'altro, sembrano far discendere tutti le medesime conseguenze dall'accertamento di

²⁴⁸A tal proposito, cfr. *Official Assignee in Bankruptcy in the Property of Reynolds v Wilson and Harvey and another* [2008] 3NZLR 4 (Nuova Zelanda), sentenza neozelandese che introduce un distinguo atto a superare tale preclusione, secondo cui, qualora il *trustee* sia un soggetto diverso dal disponente, si esige il requisito della "*common intention*", mentre, laddove il *trust* sia istituito e gestito dalla medesima persona, la ragion d'essere di detto requisito viene meno.

²⁴⁹ *Condon v Lewis* [2013] NSWCA 204 (Australia) commentata da A. SEMPRONI, *op. cit.*

²⁵⁰ Cfr. M. LUPOLI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 101.

²⁵¹ Si tratta di una particolare forma di responsabilità disciplinata dalla *English trust law*.

²⁵² Per esempio, nel caso in cui subentri un *trustee* che adempia scrupolosamente alle obbligazioni derivanti dal *trust*. Cfr. *A. v A. and St George Trustees Ltd* [2007] EWHC 99 (Fam) (UK).

uno *sham*²⁵³: il *trust* è nullo fin dall'origine²⁵⁴; il fondo in *trust* è da considerarsi di proprietà del disponente; ogni distribuzione ai beneficiari è ripetibile; i compensi ricevuti dai *trustee* devono essere restituiti²⁵⁵.

È interessante sottolineare che la nullità dello *sham* si atteggia in modo particolare²⁵⁶ quando vi siano terzi in buona fede che siano stati in qualche modo coinvolti dall'operazione fasulla, prima che il giudice ne abbia dichiarato l'invalidità²⁵⁷. In questo caso infatti, il disponente non potrà opporsi alle pretese dei terzi che, ignorando l'esistenza di uno *sham*, abbiano fatto affidamento sull'esistenza del *trust*. In particolare, il rimedio a disposizione dei terzi innocenti è *l'estoppel*²⁵⁸. Mediante questo strumento i terzi, provocando una sorta di paralisi, sono legittimati ad impedire a disponente e *trustee* di far valere lo *sham*. Ne consegue che il *trust* può essere considerato nullo e tuttavia capace di attribuire diritti a terzi in buona fede²⁵⁹. Potrebbe accadere che la differente pretesa di due soggetti, entrambi terzi rispetto al *trust* ed entrambi in buona fede, si trovi in conflitto quando l'uno abbia fatto affidamento sulla situazione creata dallo *sham* e l'altro su quella precedente allo stesso. La soluzione pare rintracciabile nella sentenza del giudice inglese Neuberger in relazione al caso

²⁵³ Cfr. M. PETRONE, *op. cit.*, p. 38; M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 101.

²⁵⁴ In tal senso, Cfr. R. BELVEDERI, *op. cit.*, p. 143 “Se un atto è *sham*, verrà semplicemente eliminato dal mondo del diritto, in quanto *null and void*”. L'autore richiama quindi due pronunce: *Midland Bank Plc v Wyatt* [1995] 1 FLR696 (UK); *Roger Stone v Richard Henry Hitch, Thomas Henry Hitch, Ian Geoffrey Handy*, [2001] EWCA Civ 1224 (UK).

²⁵⁵ Con riferimento alla prima conseguenza derivante dalla dichiarazione di *sham* (nullità sin dall'origine del trust), M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 101 sottolinea che tale nullità non sembrerebbe corretta nei casi in cui i presupposti dello *sham* siano sorti in un certo momento successivo rispetto all'istituzione del *trust*. Il problema non si pone per coloro che considerano la previa intesa simulatoria quale *conditio sine qua non* per la dichiarazione di *sham*.

²⁵⁶ In questo senso, M. CONAGLEN *op. cit.*, pp. 204 – 205, sottolinea che il concetto di nullità negoziale (“*voidness*”) non è assoluto o definitivo come sembra e che pertanto un negozio nullo può rivivere come valido.

²⁵⁷ L. E. PERRIELO, *op. cit.*, p. 141 - 151.

²⁵⁸ Cfr. *Carman v. Yates* [2004] EWHC 3448 (UK); *Esteem Settlement*, [2003] JLR 188 (Jersey); *National Westminster Bank plc v Jones*, [2001] EWCA Civ 1541(UK); *Hitch v Stone*, [2001] EWCA Civ 63 (UK).

²⁵⁹ Cfr. *Carman v Yates*, 2004 (*supra*, nota n. 255) nella parte in cui dispone che il fatto che un negozio sia *sham* non lo rende nullo, o senza effetto, per tutti gli scopi. Specificando inoltre che in presenza di uno *sham*: i) le parti non potranno farlo valere come indicativo della vera situazione circa i diritti ed obblighi che hanno creato e il giudice può ignorarlo nel determinare quali siano quei diritti; ii) nei confronti dei terzi di buona fede le parti non sono legittimate ad eccepire che il negozio sia *sham*, e dunque senza effetto.

National Westminster Bank plc v Jones, 2001²⁶⁰ e soprattutto in quella emessa dal giudice Charles in Carman v Yates qualche anno dopo²⁶¹; il conflitto andrebbe risolto attribuendo al giudice una certa discrezionalità, la quale, tuttavia, non potrà essere incondizionata ma bensì ponderata alla luce delle dottrine equitative già consolidate in materia di *estoppel* e di diritti di rescissione.

In conclusione, nel tentativo di riassumere quelle che sono le principali ipotesi in cui la giurisprudenza ha individuato *sham*:

- si può avere *sham* quando uno dei disponenti non aveva intenzione di porre in essere un *trust* e l'altro non sapeva o non si interessava di cosa stesse firmando²⁶²;
- si può avere *sham* quando, pur in assenza di qualsiasi preventiva intesa fra disponente e *trustee*, quest'ultimo, nel corso del rapporto, accetti supinamente ogni richiesta del disponente²⁶³;
- si può avere *sham* quando le parti, pur mosse da diversi motivi, concordino sul fatto che ciò che hanno istituito non corrisponde alla loro apparente volontà²⁶⁴;
- si può avere *sham* quando vi sia un'intesa previa fra disponente e *trustee* per cui il disponente ha voluto il *trust* per realizzare un progetto non contenuto nell'atto istitutivo e il *trustee* esercita i suoi poteri per l'attuazione di tale scopo²⁶⁵.

Infine, si ricordi che: *i*) il controllo del disponente sui beni in *trust* non necessariamente si traduce in uno *sham*; *ii*) secondo alcune pronunce, la comune intenzione di

²⁶⁰ Cfr. *supra*, nota n. 255.

²⁶¹ Carman v Yates, 2004 (*supra*, nota n. 255). In particolare, il giudice sostenne che quando uno *sham* o una finzione sia provata, il giudice ha una certa flessibilità quanto ai diritti e agli interessi delle persone che l'hanno posto in essere e quelle che ne sono pregiudicate.

²⁶² Midland Bank Plc v Wyatt [1995] 1 FLR696 (UK).

²⁶³ Charman v Charman [2006] EWHC 1879 (Fam) (UK); Shalson v Russo [2005] EWHC Ch 281 (UK). Di differente avviso il giudice della sopracitata A. v A. and St George Trustees Ltd, [2007] EWHC 99 (Fam) (UK), in questo caso infatti un successivo comportamento del *trustee* in violazione dei suoi doveri è stato interpretato non come *sham* ma come inadempimento del *trustee* stesso.

²⁶⁴ Mackinnon v The Regent Trust Company Ltd., 2005. Cfr. *supra*, nota n. 240.

²⁶⁵ Antle v R, 2010, cfr. *supra*, nota n. 231.

ingannare i terzi sarebbe elemento imprescindibile per il configurarsi di uno *sham*²⁶⁶ *iii*) alcune recenti posizioni legano lo *sham* all'agire fraudolento²⁶⁷.

3.3 Lo *sham trust* in Italia

La nozione di *sham trust* è stata espressamente utilizzata in una sentenza italiana per la prima volta nel 2011²⁶⁸. In particolare, il caso prendeva le mosse dal sequestro preventivo disposto dal giudice delle indagini preliminari di Como nell'ambito di un procedimento penale relativo a reati finanziari. Tale sequestro aveva ad oggetto determinati beni i quali erano reputati di pertinenza dell'imputato. Quest'ultimo, presentava quindi istanza di riesame innanzi al Tribunale di Como, sostenendo che il provvedimento di sequestro fosse invalido in quanto riguardante beni che precedentemente egli aveva sottratto alla propria disponibilità mediante l'istituzione di un *trust*. Il Tribunale adito respingeva l'istanza e l'imputato ricorreva così per Cassazione ove veniva riproposta l'eccezione relativa all'oggetto del provvedimento di sequestro; anche in questa sede, tuttavia, il ricorso veniva rigettato.

Nel rigettare il ricorso la Corte constatava che il *trust* istituito dall'imputato mirasse a "creare un diaframma tra patrimonio personale e proprietà costituita in trust, con evidente finalità elusiva delle ragioni creditorie di terzi, comprese quelle erariali". La Corte sosteneva tale affermazione rinvenendo nella fittizia perdita di controllo da parte del disponente gli estremi di uno *sham trust* e concludeva dunque che, non essendosi realizzato tale essenziale presupposto, e cioè l'effettiva perdita di controllo sui beni da parte del disponente, il *trust* apparentemente istituito altro non era se non un mero espediente giuridico²⁶⁹. Inoltre, specificava che tale situazione di mera apparenza sarebbe corrisposta sul piano civilistico ad una causa di radicale nullità.

²⁶⁶ Esteem Settlement, 2003; Mackinnon v The Regent Trust Company Ltd., 2004 e 2005 - cfr. *supra*, note nn. 238 e 240

²⁶⁷ Cfr. Coshot v Prentice, [2015] 17 ITELR 555 n. 64 (Australia) emessa dalla Federal Court australiana la quale parla di "deliberate deception".

²⁶⁸ Cassazione pen., 30 marzo 2011, n. 13276.

²⁶⁹ Cfr. Cassazione pen., 30 marzo 2011, n. 13276: "ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo (*sham trust*) e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio".

Alla luce di queste considerazioni, la dottrina²⁷⁰ ha concordato con la Corte nella parte in cui, escludendo il verificarsi dell'effetto segregativo tipico del *trust*, reputava valido il sequestro preventivo disposto dal Tribunale di Como; tuttavia, ha contestato parte del ragionamento a questa decisione sotteso.

In particolare, la Corte osservava che il disponente aveva di fatto mantenuto la disponibilità dei beni conferiti “in quanto egli stesso era trustee, ossia soggetto fiduciario incaricato della gestione (in definitiva, fiduciario di sè stesso), senza vincolo di sorta od obbligo di giustificare i propri poteri, dunque al di là di qualsivoglia controllo da parte dei beneficiari”. Al contrario, la dottrina sottolineava che il fatto che il disponente rivestisse anche il ruolo di *trustee* (cosiddetto *trust* autodichiarato) non aveva di per sé alcuna rilevanza²⁷¹. Invero, ogni *trustee* è investito del potere-dovere di amministrare i beni del *trust*, ma lo deve fare nel primario interesse dei beneficiari o, nel caso di *trust* scopo, per il raggiungimento di questo. In altre parole, se vi fossero effettivamente stati dei beneficiari, il disponente-*trustee* sarebbe stato tenuto ad esercitare il proprio potere di controllo dei beni in modo fiduciario, senza che questo potesse incidere sulla validità del *trust*. A ben vedere, infatti, non è il potere di controllo sui beni trasferiti (o asseritamente tali) in sé e per sé considerato ad indicare un *sham*, quanto l'esercizio di un'egemonia sugli stessi beni in spregio a qualsivoglia *fiduciary duty* nei confronti dei beneficiari del *trust*²⁷².

Inizialmente, in linea con la pronuncia della Cassazione sopra citata, il termine *sham* è stato più volte accostato al *trust* autodichiarato²⁷³. Infatti, la legittimità di tale tipologia di *trust* ha destato qualche incertezza in quanto la coincidenza soggettiva che lo caratterizza è da subito stata percepita come indice del perseguimento di finalità

²⁷⁰ Con riferimento alla sentenza *de quo*, cfr.: R. BELVEDERI, *op. cit.*, p. 147; M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham – op.cit.*, p. 471.

²⁷¹ In questo senso cfr. A. MOSCA, *Nullità del trust autodichiarato quale sham*, in *I contratti*, 2016, pp. 863 – 869 a commento della sentenza del Tribunale di Massa, 12 aprile 2016. In sintesi: “la declaratoria di nullità di un trust c.d. autodichiarato, caratterizzato peraltro dalla coincidenza tra il disponente, il trustee e il beneficiario, trova fondamento, ad avviso del giudicante, nella ritenuta abusività di un'operazione (c.d. sham trust) in evidente contrasto con le norme interne poste a tutela del credito. Seppur tale decisione sia condivisibile, la soluzione adottata non può estendersi a tutti i casi di trusts cc.dd. autodichiarati (in cui cioè coincidano il disponente e il trustee), dovendosi piuttosto aver riguardo alle peculiarità dei singoli casi in relazione alla causa concreta che li sorregge”; A. RAVERA, *Il trust parte prima*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, pp. 6 – 10.

²⁷² R. BELVEDERI, *op. cit.*, p. 147.

²⁷³ Cfr., tra le altre: Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007.

abusive e fraudolente, in violazione dei diritti dei creditori²⁷⁴. Tuttavia, nel tempo, superando le incomprensioni intorno alla interpretazione della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985²⁷⁵, l'ammissibilità del *trust* autodichiarato, è divenuta pressoché pacifica²⁷⁶. Nonostante ciò, alcune pronunce delle sezioni penali della Corte di Cassazione e circolari dell'Agenzia delle Entrate continuano ad essere accomunate dalla convinzione che il disponente non possa svolgere alcun legittimo ruolo nella vita del *trust* e che pertanto debba essere soggetto del tutto distaccato rispetto al *trustee*. In particolare, l'Agenzia delle Entrate²⁷⁷ ha affermato che è fiscalmente inesistente il *trust* in cui è previsto che il *trustee* debba tenere conto delle indicazioni fornite dal disponente in relazione alla gestione del patrimonio e del reddito da questo generato. La Corte di Cassazione ha affermato che il disponente conserva la sostanziale disponibilità dei beni, solo apparentemente segregati dal suo patrimonio, quando il *trustee* sia soggetto a lui "vicinissimo"²⁷⁸.

Come rilevato nel paragrafo precedente, nella giurisprudenza straniera, la perdita di controllo sui beni in *trust* non è necessariamente un fattore dirimente per determinare se questo sia o meno *sham*. Possono infatti verificarsi ipotesi in cui, nell'ambito di un *trust* validamente istituito, il *trustee*, pur conformandosi alla volontà del disponente, eserciti correttamente i suoi poteri così come definiti dalla legge e dall'atto istitutivo. Inoltre, considerare la "vicinanza" (per esempio, amicale, familiare o professionale) fra disponente e *trustee* un motivo di sospetto o di contestazione dell'effettiva realtà del rapporto giuridico appare più che altro frutto dei pregiudizi che circondano l'ordinaria prassi negoziale in Italia²⁷⁹.

²⁷⁴ A. RAVERA, *Il trust parte prima*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, p.6.

²⁷⁵ Nello specifico la controversia verteva soprattutto sugli artt. 2 e 13 della Convenzione. Cfr. L. SANTORO, *Il trust in Italia – op. cit.*, pp. 96 – 101; S. BARTOLI, *Il trust – op. cit.*, pp. 513 – 514. In generale, sulle problematiche riguardo al riconoscimento del *trust* in Italia, cfr. par. 1. 2 del Capitolo I di questa tesi.

²⁷⁶ Cfr., tra le altre: Trib. Firenze, 11 aprile 2013, secondo cui: "(...) è dato rilevare come la prevalente giurisprudenza ritenga legittimo il cd *Trust* autodichiarato, istituito da un disponente che dichiara se stesso quale *trustee*, destinando determinati beni del proprio patrimonio ad uno specifico scopo".

²⁷⁷ Circ. n. 61 del 27 dicembre 2010, p. 6.

²⁷⁸ Cass. Pen., 9 ottobre 2015, n. 40534.

²⁷⁹ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust – op. cit.*, p. 266.

Ciò detto, occorre tuttavia sottolineare che, al di là del superato dibattito circa l'ammissibilità del *trust* autodichiarato, le considerazioni su cosa rientri nella nozione di *sham trust* hanno valore solo a condizione che preliminarmente se ne affronti un'altra. In particolare, tale preliminare questione consiste nel determinare quale legge deve essere applicata alla validità dei *trust* interni: se quella regolatrice, individuata in forza delle disposizioni della Convenzione dell'Aja sui *trust*, o la *lex fori*, quindi quella italiana. Infatti, solo laddove la risposta coincida con la legge regolatrice varrà la pena interrogarsi sui connotati della teoria dello *sham* e, ovviamente, purché la legge straniera in concreto individuata appartenga ad ordinamento in cui trovi applicazione la teoria medesima.

In giurisprudenza, l'importanza del problema è stata avvertita dal Tribunale di Reggio Emilia²⁸⁰, il quale ha sottolineato come la vera questione in materia di *sham* sia quella che “concerne i canoni normativi da adoperare per l'accertamento della natura *sham* (o non *sham*) del *trust*”.

Secondo alcuni²⁸¹, in forza dell'art. 8 della Convenzione dell'Aja sui *trust*, è la legge regolatrice a trovare applicazione con riguardo al regime di validità del *trust*. Il primo comma della norma dispone infatti che è la legge determinata dagli articoli 6 o 7 a disciplinare la validità, l'interpretazione, gli effetti e l'amministrazione del *trust*.

I detrattori di questa tesi invece²⁸², escludono totalmente la legge regolatrice per concludere che i *trust* interni non sono mai *sham* ma simulati. Essi osservano che l'art. 8 della Convenzione, nella parte in cui specificatamente elenca alcune materia di competenza della legge regolatrice²⁸³, si riferisce solo ad aspetti “interni” del *trust* e

²⁸⁰ Tribunale di Reggio Emilia, 27 agosto 2011.

²⁸¹ Cfr. M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 145 e più di recente in *Istituzioni del diritto dei trust - op. cit.*, p. 294; I. VALAS, *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in *Trust: applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, (a cura di G. LEPORE – M. MONEGAT – I. VALAS), Torino, 2008; L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust - op. cit.*, pp. 224 – 225.

²⁸² Il principale fautore della tesi per cui la validità del *trust* dev'essere regolata dalla legge interna è A. VICARI, *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, pp. 603 – 608. In questo senso vedi anche: Tribunale di Trento, 3 febbraio 2019 il quale, con riferimento alla validità di un *trust* disciplinato dalla legge di San Marino, senza tuttavia particolarmente approfondire la questione dispone che: “l'azione oggetto del presente giudizio non è soggetta alla giurisdizione del giudice di San Marino e neppure, tenuto conto dell'art. 8 della Convenzione (...), alla legge della Repubblica di San Marino”; D. MURITANO, *Il trust nullo (sham), in Il trustee nella gestione dei patrimoni: responsabilità e risoluzione dei conflitti*, (a cura di D. ZANCHI – E. ARROYO AMAYUELAS), Torino, 2009, pp. 143 ss.

cioè elementi che riguardano i rapporti tra le parti del *trust*, i loro doveri, diritti e poteri; pertanto, essendo *sham* e simulazione un tema che spesso coinvolge i rapporti con i terzi, creditori compresi, tali rapporti non potrebbero essere vincolati dalla portata dell'art. 8 della Convenzione sul diritto dei *trust*. Inoltre, viene anche sottolineato come nemmeno il riferimento espresso alla “validità del *trust*” di cui al primo comma della norma sia idoneo a qualificare la legge regolatrice come quella competente a disciplinare la questione *sham*/simulazione; infatti, un *trust* i cui effetti non siano realmente voluti non costituisce un problema di validità ma piuttosto di inefficacia se non, addirittura, di inesistenza e su tali questioni la Convenzione tace.

Un ulteriore argomento a sostegno di questa tesi viene infine rinvenuto nell'art. 15²⁸⁴ della Convenzione, il quale, tra le altre, fa salve le norme imperative del foro in materia di “protezione dei creditori in caso di insolvenza” (lett. e) e “protezione dei terzi in buona fede” (lett. f), sostenendo che le regole sulla simulazione senz'altro rientrano in almeno una di queste categorie²⁸⁵.

In conclusione, nonostante la rilevanza delle questioni sopra esposte e nonostante le diverse ipotesi in cui - secondo la giurisprudenza straniera - può configurarsi ipotesi di *sham trust*²⁸⁶, pare che la tendenza della giurisprudenza maggioritaria italiana sia quella di accostare “*sham*” a “simulazione”, dimostrando così di non aver del tutto percepito o comunque considerato, la complessità e le problematiche legate alla teoria

²⁸³ Art. 8, 2° comma Convenzione dell'Aja sul diritto dei *trust*: “In particolare tale legge disciplina: a. la nomina, le dimissioni e la revoca dei trustee, la capacità di esercitare l'ufficio di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee; b. i diritti e obblighi tra gli stessi trustee; c. il diritto del trustee di delegare in tutto o in parte l'adempimento dei suoi obblighi o l'esercizio dei suoi poteri; d. il potere del trustee di amministrare e di disporre dei beni in *trust*, di darli in garanzia e di acquisire nuovi beni; e. il potere del trustee di effettuare investimenti; f. i limiti relativi alla durata del *trust* e i poteri di accantonare il reddito del *trust*; g. i rapporti tra trustee e beneficiari, compresa la responsabilità personale del trustee nei confronti di questi ultimi; h. la modifica o la cessazione del *trust*; i. la distribuzione dei beni in *trust*; j. l'obbligo del trustee di rendere conto della sua gestione”.

²⁸⁴ Art. 15 Convenzione dell'Aja sul diritto dei *trust*: “La Convenzione non costituisce ostacolo all'applicazione delle disposizioni della legge designata dalle norme del foro sul conflitto di leggi quando con un atto volontario non si possa derogare ad esse, in particolare nelle seguenti materie: a. protezione dei minori e degli incapaci; b. effetti personali e patrimoniali del matrimonio; c. testamenti e devoluzione ereditaria, in particolare la successione necessaria; d. trasferimento della proprietà e le garanzie reali; e. protezione dei creditori in caso di insolvenza; f. protezione dei terzi in buona fede. Qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del *trust*, il giudice cercherà di attuare gli scopi del *trust* in altro modo”.

²⁸⁵ A. VICARI, *Il trust sham o simulato* – *op.cit.*, p. 605 - 606.

²⁸⁶ Cfr. par. 3.2 di questo capitolo.

dello *sham trust*²⁸⁷. Infatti, anche le rare eccezioni che hanno preso in considerazione la vastità del fenomeno *sham*, come, per esempio, la sopra citata sentenza del Tribunale di Reggio Emilia²⁸⁸, hanno finito con l'accostare i due termini riducendo così la portata del termine inglese ad una sola delle sue configurazioni.

3.4 Lo *sham trust* a San Marino: l'ordinanza della Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari del 5 dicembre 2017, n. 4

Nel contesto delineato, l'ordinanza della Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari di San Marino del 5 dicembre 2017, n. 4 sembra trovare una soluzione coerente sia con i principi generali in tema di *trust* (*sham* compreso), sia con i principi propri degli ordinamenti di *civil law*²⁸⁹.

Per comprendere meglio la vicenda, è innanzi tutto opportuna una breve ricostruzione dei fatti.

Oggetto dell'ordinanza *de quo* è un *trust* disciplinato dalla legge di San Marino. Tale *trust* fu istituito nel 2010 da due soggetti. Tuttavia, essendo solo uno dei due a svolgere un ruolo attivo nella vita del *trust*, di seguito si considererà come *trust* istituito da unico disponente. Beneficiari sono il coniuge non separato ed i discendenti nati entro il termine finale della durata del *trust*; a questo proposito, l'atto istitutivo specifica che la ripartizione finale del fondo in *trust* deve essere fatta non a favore dei beneficiari ma bensì dei figli del disponente in vita al momento della cessazione del *trust* e dei discendenti dei figli defunti, la moglie del disponente dunque, se pur beneficiaria del *trust* per altri fini, non lo è con riguardo alla distribuzione finale. Il *trustee*, nonché ricorrente, è una società di diritto lussemburghese. Il fondo in *trust* comprende, tra l'altro, alcune azioni di una società lussemburghese.

Nel 2012, il Tribunale di Torre Annunziata, dopo aver rigettato la richiesta di concordato preventivo, dichiarò il fallimento di una società di navigazione. Un anno dopo, il medesimo Tribunale, accertò l'esistenza di una società di fatto tra una serie di

²⁸⁷ M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust* - *op. cit.*, p. 290; M. PETRONE, *op. cit.*, p. 39; L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust* - *op. cit.*, pp. 212 - 229.

²⁸⁸ Tribunale di Reggio Emilia, 27 agosto 2011.

²⁸⁹ M. PETRONE, *op. cit.*, pp. 34 - 43.

persone legate a vario titolo (azionisti, amministratori, dirigenti) alla società precedentemente dichiarata fallita. Fra queste vi era anche il disponente del *trust* e ne dichiarò il fallimento, estendendolo a tutte le persone indicate in quanto illimitatamente responsabili. Già in conseguenza della prima dichiarazione di fallimento era stata esercitata azione penale nei confronti di numerosi soggetti, fra i quali il disponente. Egli venne condannato dal Tribunale di Roma alla pena di quattro anni e sei mesi, condanna oggi definitiva. Due ulteriori procedimenti penali furono inoltre instaurati contro il disponente.

Nel 2015, la curatela della società di fatto intraprese in sede civile una complessa azione, comprendente domande revocatorie, risarcitorie (anche contro il *trustee*), di nullità del *trust*, di simulazione e di interposizione. Nell'ambito di tale procedimento, in sede cautelare, sono furono disposti alcuni sequestri.

Prima che la società di navigazione venisse dichiarata fallita, al manifestarsi di crisi della stessa, il disponente richiese al *trustee* di conferire nella società di fatto il patrimonio della società lussemburghese - le cui azioni appartengono al fondo in *trust* - ed il *trustee*, nel quadro di un'operazione di concordato preventivo, aderì prontamente a tale richiesta. Tale comportamento fu considerato dal Tribunale di Torre Annunziata quale elemento decisivo²⁹⁰ per stabilire che il disponente aveva mantenuto il pieno controllo sul fondo in *trust* e, di conseguenza, a qualificare il *trust* in oggetto come *sham*.

Anche a seguito di ciò, il *trustee* si è rivolto alla Corte per il trust ed i rapporti fiduciari di San Marino al fine di essere autorizzato a transigere²⁹¹ la lite contro la curatela.

Il ricorso è stato proposto ai sensi dell'art. 53 della legge sammarinese 1° marzo 2010, n. 42 il quale, al comma 4, stabilisce che: "Il trustee, qualora lo ritenga opportuno, rivolge al giudice istanza per essere autorizzato a compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri"²⁹². La Corte ha accolto il ricorso, autorizzando la transazione²⁹³ e

²⁹⁰ Ulteriore elemento da cui il Tribunale ha desunto la mancata perdita di controllo da parte del trustee è stata la sollecitazione scritta che sia beneficiari sia disponente hanno rivolto al *trustee* affinché egli mettesse il fondo in *trust* a disposizione della curatela.

²⁹¹ la transazione avrebbe richiesto l'impiego di circa il 90% del fondo in *trust*.

²⁹² Cfr. parr. 2.2 e 2.4 del Capitolo II di questa tesi.

²⁹³ Oltre a ciò, la Corte ha anche raccomandato di collocare in un *sub-trust* una somma per la protezione degli interessi della figlia minore, affetta da grave e permanente disabilità.

pertanto consentendo al *trustee* di esercitare un potere che esulava da quelli attribuitogli dall'atto istitutivo²⁹⁴. Infatti, concordando col *trustee*, la Corte ha ritenuto che, considerate tutte le circostanze, destinare la quasi totalità del fondo in *trust* alla transazione con la curatela costituisse effettivamente un vantaggio per i beneficiari²⁹⁵. Una volta affrontata la questione centrale del ricorso, la Corte, anche perché il tema era stata affrontato in sede di volontaria giurisdizione dal Tribunale di Torre Annunziata, si interroga sul concetto di *sham*.

Prima di procedere all'analisi di questa parte dell'ordinanza, anche alla luce di quanto detto nel paragrafo precedente, è imprescindibile evidenziare che la Corte ha affermato che “i tribunali italiani, come i tribunali di qualsiasi stato nel quale vige la Convenzione dell'Aja sulla legge regolatrice e il riconoscimento dei trust, sono tenuti ad applicare la legge straniera dalla quale il trust sul quale debbono giudicare è regolato”, dimostrando così di aderire alla tesi per cui la validità del *trust* e dunque anche la questione se esso sia o meno *sham*, è – ai sensi dell'art. 8 della Convenzione - da far rientrare nella competenza della legge regolatrice del *trust*.

Innanzitutto, muovendo dal primo caso in cui il termine *sham* fu usato in una sentenza²⁹⁶ e rifacendosi a precedenti esteri, la Corte delinea un quadro generale della teoria dello *sham* concludendo che, stanti le numerose e differenti posizioni, non ne esiste una condivisa²⁹⁷. Afferma dunque che si rientra nella nozione di *sham* in tutti quei casi in cui vi sia “mancata corrispondenza tra il contenuto di un documento e la volontà del suo autore o dei suoi autori” oppure vi siano “intendimenti ulteriori rispetto a quelli manifestati per iscritto o perfino verbalmente” e, pertanto, osserva che a San Marino, così come in ogni altro ordinamento di diritto civile, lo *sham* non può trovare

²⁹⁴ In particolare, i poteri del *trustee* sul fondo in *trust* comprendevano solo il compimento di atti a vantaggio dei beneficiari. Si ricordi inoltre che il *trust* in questione non era un *trust* discrezionale e che pertanto il *trustee* non aveva alcuna libertà con riguardo alla scelta dei beneficiari o le attribuzioni in loro favore.

²⁹⁵ Nel consentire la transazione la Corte ha osservato che la prosecuzione della causa con la curatela fino a sentenza (e magari anche nelle sedi di gravame) avrebbe verosimilmente condotto all'impoverimento del fondo in *trust* e alla sua definitiva perdita per i beneficiari del *trust*. Al contrario, una transazione “anticipata” avrebbe consentito di attribuire maggiori cespiti alla curatela e sperabilmente di non esaurire il fondo in *trust*. Inoltre, non ha trascurato di considerare che qualora la transazione avrebbe permesso al disponente di evitare la detenzione carceraria in relazione ai procedimenti penali in corso, vi sarebbe stato un ulteriore vantaggio rappresentato dalla disponibilità del disponente stesso quale marito e, soprattutto, padre (vi erano infatti anche figli minori).

²⁹⁶ Cfr. *supra*, nota n. 206.

²⁹⁷ Cfr. pp. 9 – 11 dell'ordinanza *de quo*.

applicazione. Infatti, tali Paesi già possiedono un istituto che consenta di affrontare tali situazioni: la simulazione. A questo punto, la Corte compie una digressione sulla storia della simulazione²⁹⁸ al fine di scoraggiarne l'assimilazione con il termine *sham*²⁹⁹. In particolare, rileva che la simulazione ha una lunga storia nella cultura giuridica europeo-continentale e che ciò rende la disciplina dell'istituto più esaustiva e ramificata rispetto a quella inglese dello *sham*, sottolineando come nell'Europa continentale ci si occupava di contratti simulati quando ancora nelle corti inglesi i *contract* non erano neppure comparsi. Inoltre, aggiunge che la teoria dello *sham* non distingue i casi nei quali le parti non vogliono che nasca alcun rapporto giuridico da quelli nei quali le parti vogliono un rapporto diverso da quello apparente; al contrario, nella disciplina civilistica si distingue tra simulazione relativa ed assoluta. Infine, osserva che il diritto inglese tende a non considerare il tema dell'opponibilità ai terzi della simulazione (e della relativa prova) e che anzi, non conosce neppure un termine equivalente al nostro "controdi chiarazione".

La Corte conclude quindi la trattazione della questione sullo *sham*, affermando che, posta l'applicazione della legge regolatrice del *trust*, la domanda di nullità del *trust de quo*, "se e in quanto fondata su argomentazioni di diritto sammarinese, deve necessariamente seguire le regole del diritto sammarinese". Afferma dunque che "il solo fatto che il trustee abbia prontamente aderito alla richiesta di porre i beni del trust a disposizione della proposta di concordato preventivo della società" non è sufficiente di per sé a far ritenere il *trust* in questione quale simulato e che piuttosto tale comportamento sarebbe da inquadrare tra gli inadempimenti del *trustee* ai suoi obblighi³⁰⁰.

In conclusione, alla luce di quanto sopra esposto e con riferimento al tema dello *sham trust*, il provvedimento sammarinese può considerarsi significativo in quanto dispone che³⁰¹:

²⁹⁸ Cfr. pp. 12 – 13 dell'ordinanza *de quo*.

²⁹⁹ In questo senso, cfr. L. E. PERRIELLO, *Lo sham trust – op. cit.*, pp. 212 – 229 il quale afferma: "(...) con ciò non si vuole sostenere che sia impedito al giudice italiano di pronunciare la simulazione del trust. Semplicemente, si contesta l'assimilazione dello sham alla simulazione."

³⁰⁰ La Corte con riguardo a questo profilo (adesione supina del *trustee* alle richieste del disponente considerata quale inadempimento del *trustee*) cita la sentenza *A. v A. and St George Trustees Ltd* [2007] EWHC 99 (Fam).

³⁰¹ M. PETRONE, *op. cit.*, p. 43 osserva che, anche alla luce dell'ordinanza *de quo*, rimane il dubbio circa il caso in cui il disponente abbia sul fondo in *trust* un controllo di diritto e afferma che "la soluzione

- nei Paesi in cui vige la Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985, ai *trust* deve essere applicata la legge in forza della Convenzione individuata e che pertanto i Tribunali dovranno a tale legge rifarsi;
- lo *sham* si configura quando non c’è corrispondenza tra contenuto dell’atto istitutivo e reale volontà del disponente oppure quando ci sono ulteriori intendimenti tra le parti e che pertanto, rientrando tali ipotesi nel campo di applicazione della simulazione, nei paesi di diritto civile, non occorre rifarsi al concetto di *sham*;
- il fatto che il disponente mantenga un controllo di fatto sul fondo (in questo caso, pronta adesione del *trustee* ad una richiesta del disponente) non è di per sé sufficiente per condurre ad un giudizio di simulazione.

preferibile, che sarebbe anche in linea con il provvedimento in questione, sembrerebbe quella che vede il trust invalido, non in quanto sham, ma perché mancherebbe la prima certezza che è richiesta dalla dottrina tradizionale affinché un trust venga in esistenza”.

CONCLUSIONI

Nel presente elaborato si è cercato di tracciare un quadro generale dell'istituto del *trust* al fine di definire quello, ben più arduo, del cosiddetto *sham trust*.

Infatti, la nozione di *sham* si presta ad accogliere diverse fattispecie e manca una teoria generalmente condivisa che ne definisca le varie caratteristiche.

L'assenza di una disciplina *ad hoc* e la relativa novità della questione contribuiscono ad aumentarne i profili d'incertezza, portando giurisprudenza e dottrina ad offrire soluzioni differenti e spesso tra di loro in contrasto.

Nel nostro ordinamento, il principale problema è rappresentato dal fatto che, tendenzialmente, di tale complessità non si tiene conto rischiando così sia di svaloriare istituti di diritto interno sia di ridurre la portata del termine *sham*.

In questo contesto, l'ordinanza della Corte per il *trust* ed i rapporti fiduciari di San Marino del 5 dicembre 2017, n. 4 offre un'interessante soluzione della questione.

Innanzitutto, facendo chiarezza su ciò che probabilmente rappresenta l'origine di gran parte delle problematiche connesse a questo tema, dispone che, nei Paesi in cui vige la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ai *trust* deve essere applicata la legge regolatrice individuata in forza della Convenzione stessa.

In secondo luogo, ripercorrendo l'evoluzione della nozione di *sham* attraverso le pronunce dei Paesi di origine, la inquadra nelle ipotesi in cui non vi sia corrispondenza tra contenuto dell'atto istitutivo e reale volontà del disponente oppure ci siano ulteriori intendimenti tra le parti.

Da tali considerazioni consegue che, nel caso in cui *i)* si verifichi una situazione di discrepanza - e dunque apparenza - tra atto istitutivo e realtà dei fatti e *ii)* la legge regolatrice individuata dalla Convenzione appartenga ad ordinamento di *civil law*, non servirà ricorrere alla fattispecie di *sham*, rientrando tale ipotesi nell'ambito di applicazione della simulazione.

La Corte specifica inoltre che il controllo di fatto eventualmente esercitato dal disponente sul fondo in *trust* non è di per sé elemento sufficiente a configurare simulazione. Nel provvedimento *de quo* non viene invece affrontato il caso in cui il disponente si arroghi, tramite previsioni inserite nell'atto istitutivo, un controllo di diritto sul fondo in *trust*. Tuttavia, è stato osservato³⁰² che sembrerebbe in linea con

³⁰² M. PETRONE, *Il trust sham e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p. 43.

l'impostazione adottata dalla Corte ritenere il *trust* invalido non in quanto *sham* ma perché inesistente in quanto sprovvisto di una delle tre certezze³⁰³, necessarie, secondo la dottrina tradizionale, affinché si configuri un *trust*.

Alla luce di quanto sopra detto, l'ordinanza sammarinese rappresenta senz'altro una valida chiave di lettura, specie per i Paesi di *civil law*. Nondimeno, sarebbe auspicabile che col tempo si consolidasse una teoria condivisa nei Paesi d'origine così da finalmente delineare una nozione di *sham trust* unitaria e di, conseguenza, scoraggiare usi impropri del termine negli ordinamenti civilistici.

³⁰³ In questo caso, la volontà di istituire un *trust* valido. Le altre due certezze sono: la certezza dell'oggetto e, nei trust per beneficiari, la certezza sull'identità di quest'ultimi. Cfr. R. BELVEDERI, *Alcune considerazioni in tema di sham trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p. 147 e M. LUPOI, *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, pp. 470-471 e M. LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, 2016, p.42; La teoria delle tre certezze tra origine da un precedente inglese piuttosto risalente: *Knight v Knight* [1840] 3 Beav 148.

BIBLIOGRAFIA

AZZARI F., *I negozi di destinazione patrimoniale in favore dei soggetti deboli: considerazioni in margine alla l. 22.06.2016, n.112*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 120

BAKER P. V. – LANGAN P. S., *Snell's principles of equity*, Londra, 1982

BALLADORE PALLIERI G., *Diritto internazionale privato italiano*, Milano 1974

BARSOTTI R., *Confronto e collegamento in foro di norme materiali straniere*, Padova, 1974

BARTOLI S. – MURITANO D. – ROMANO C. *Trust e atti di destinazione nelle successioni e donazioni*, Milano, 2014

BARTOLI S., *Gli effetti della ratifica*, in *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea* (a cura di M. BIANCA - A. DE DONATO), in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, 2013, p. 40

BARTOLI S., *Il trust*, Milano, 2001

BELVEDERI R., *Alcune considerazioni in tema di sham trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p. 147

BIANCA C. M., *Diritto civile.3, Il contratto*, Milano, 2000

BRAUN A., *Quando un trust è "sham": brevi riflessioni su recenti sviluppi giurisprudenziali in Inghilterra e sull'isola di Jersey*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 353

BRIDGES MARK M., *Sham e altri temi centrali del diritto dei trust nella sentenza "Gruppo Torras"*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 384

CACCIATORE A., *Trust interno ed ammissibilità: una questione ancora controversa*, in *Giur. di Merito*, 2003, p. 1698

CARIOTA FERRARA L., *I negozi fiduciari*, Padova, 1936

CASTRONOVO C., *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita Notarile*, 1998, p. 1328

CENNI M. L., *Trust e fondo patrimoniale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2001, p. 523

- CERIO F., *La trascrizione del trust interno autodichiarato su beni immobili o complessi di beni immobili*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 185
- CONAGLEN M., *Sham Trusts*, in *Cambridge Law Journal*, 2008, p. 178
- CONTALDI G., *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001
- CORABIM., *Un caso di revoca e sostituzione giudiziale dei trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2004, p. 31
- CRISTOFARO G., *Il trust nel contesto delle emissioni obbligazionarie internazionali*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 151
- DI LANDRO A. C., *L'art. 2645.ter. Spunti per una comparazione*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 583
- DI LANDRO A. C., *La destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli. Riflessioni sulla l. 22 giugno 2016, n.112, in favore delle persone con disabilità grave*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p.47
- DI SAPIO A., *Protective trust e amministratore di sostegno: un dialogo (commento a decreto del G.T. presso il Trib. Bologna 12 giugno 2013)*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2014, p. 10
- FANTICINI G., *La posizione del Tribunale di Velletri: una critica in Trust e attività fiduciarie*, 2006, p. 17
- FERRARIS E., *Operatività del trust nelle banche*, in *Vita Notarile*, 2000, p. 572
- FRANCESCHELLI R., *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935
- G. PALERMO, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, (a cura di M. BIANCA) Milano, 2007
- GADHIA S. - RODGERS K.– HO J. H., *Sham trusts*, in *Trusts e Trustees*, 2016, p. 467
- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1996
- GAZZONI F., *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente", su trust e trascrizione)*, in *Riv. Not.*, 2001, p. 11

GIANNINI T. C., *Sommario di procedura giudiziaria civile sammarinese*, San Marino, 1967

GIULIANO M., *Diritto successorio, beni d'impresa e passaggio generazionale*, in *La nuova Giurisprudenza civile commentata*, 2016, p. 929

GRASSETTI C., *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, p. 345

GRASSETTI C., *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in *Fiducia, trust e agency*, Milano, 1991, p. 1

HARRIS J., *The Hague Trust Convention: scope, application and preliminary issues*, Oxford, 2002,

JEMOLO A. C. a commento della sentenza del 15 luglio 1953, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963, p. 18

LA PORTA U., *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994

LA TORRE G. – FUSI A., *Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2005, p. 58

LA TORRE G. – SARRO R., *Trust per la realizzazione di un ospedale*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 433

LAGARDE P., *Le dépeçage dans le droit international privé des contracts*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1975, p. 649

LANDI A., *Note a margine di un recente convegno sul diritto comune vigente*, 1995, reperibile su <http://www.idr.unipi.it/iuracommunia/landi.html>

LEUZZI S., *Trust e mezzi di tutela in rapporto al "vincolo obbligatorio"* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 3

LUPOI M., *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici*, in *FI*, 2008, p. 3391

LUPOI M., *Gli "atti destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust* in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169

LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, in *Riv. Not.*, 2012, p. 517

- LUPOI M., *Il contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014
- LUPOI M., *Introduzione ai Trust*, Milano, 1994
- LUPOI M., *Introduzione ai trusts: diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011
- LUPOI M., *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, 2016
- LUPOI M., *La Cassazione e il trust sham*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 470
- LUPOI M., *Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 471
- LUPOI M., *The Shapeless Trust*, in *Trusts & Trustees*, 1995, p. 15
- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 1997
- LUPOI M., *Trusts*, Milano, 2001
- LUZZATTO R., *"Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 7
- LYNN A., *Trust discrezionale e divorzio*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, p. 128
- MAICNAR M., *Sham: Early Uses and Related and Unrelated Doctrines*, in *Sham Transactions* (a cura di E. SIMPSON - M. STEWART), Oxford, 2013
- MALAGUTI M. C., in *Atlante di diritto privato comparato* (a cura di F. GALGANO), Bologna, 2011
- MANES P., *Trust e art. 2740 c.c. un problema finalmente risolto*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 570
- MATTHEWS P., *How many shams make three?*, in *Trusts & Trustees*, 1998, p. 14
- MATTHEWS P., *La legge sul trust a San Marino e il modello di trust internazionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 251
- MONEGAT M., *Raffronto tra fondo patrimoniale e trust*, in *La protezione dei patrimoni*, (a cura di M. MONTEFAMEGLIO), Rimini, 2015

- MOSCA A., *Nullità del trust autodichiarato quale sham*, in *I contratti*, 2016, p. 863
- MOVERLEY SMITH S., *Fishing in foreign waters: the english family court squares up to the off-shore world*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2008, p. 481
- MURITANO D., *Il trust nullo (sham)*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni: responsabilità e risoluzione dei conflitti*, (a cura di D. ZANCHI – E. ARROYO AMAYUELAS), Torino, 2009
- MUSSONI F., *Trust e attività fiduciaria nella Repubblica di San Marino*, in *I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino sui trust*, San Marino, 2007
- OBERTO G., *I contratti della crisi coniugale*, Milano, 1999
- PANICO P., *Trusts in a civil law environment: the new laws of San Marino*, in *Trusts & Trustees*, 2006, p. 20
- PERRIELLO L. E., *Lo sham trust nell'ordinamento giuridico italiano*, Napoli, 2017
- PETRELLI G., *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Rivista dir. civ.*, 2006, p.161
- PETRONE M., *Il trust sham e il diritto civile*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2019, p.34
- PICCOLI P., *Trascrizione dell'acquisto immobiliare del trustee*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 227
- PIERFELICI V., *La Corte per il trust a San Marino*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2016, p. 5
- PISCHETOLA A., *Il trust quale strumento per la successione generazionale dell'impresa, in comparazione anche con i patti successori*, in *Vita notarile*, 2010, p.967
- PUGGIONI S. D., *Il ruolo del giudice italiano nella vita del trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2018, p. 267
- RAVERA A., *Il trust parte prima*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018, p. 6
- RISSO L. F. – PARISI D., *Destinazione negoziale di beni ad uno scopo e tutela dei creditori*, in *Trusts*, 2017, p. 135
- ROTA F. – BIASINI G., *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2012

- SACCHI M., *Trusts e tecniche di finanziamento dell'impresa: le operazioni di cartolarizzazione in Italia*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2002, p. 533
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, Torino, 1993
- SALVATI A., *Profili fiscali del trust*, Milano, 2004
- SALVATORE V., *Il trust – Profili di diritto internazionale e comparato*, Padova, 1996
- SANTORO L., *Il trust in Italia*, Milano, 2004
- SANTORO PASSERELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Cercola, 2012
- SCIALOJA V., a commento della sentenza del 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924, p. 34
- SELVA A., *Manuale di diritto privato*, San Marino, 2011
- SEMPRONI A., *Sviluppi dello sham trust: una sentenza australiana*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p. 479
- SENINI E., *La nuova legislazione della Repubblica di San Marino sul trust*, 2006
- SICLARI R., *Trust e passaggio generazionale di impresa*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2011, p. 130/
- TUCKER L. – LE POIDEVIN N. – BRIGHTWELL J., *Lewin on trusts*, Londra, 2016
- VALAS I., *Le trust disputes: azioni relative ai termini del trust ed alla sua validità*, in *Trust: applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust* (a cura di G. LEPORE – M. MONEGAT – I. VALAS), Torino, 2008
- VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2014
- VICARI A., *Gestione del passaggio generazionale delle imprese del patto di famiglia al trust*, in *Contabilità e bilancio*, 2010, p. 10
- VICARI A., *Il contratto di affidamento fiduciario nella legge di San Marino, in Autonomia privata e affidamenti fiduciari*, (a cura di A. BARBA – D. ZANCHI), Torino, 2012
- VICARI A., *Il trust sham o simulato: questioni di diritto internazionale privato*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2010, p. 603

WADHAM J. – WALDEN S., *Willoughby's Misplaced Trust*, in *Estates, trusts & pensions journal*, 2002, p. 6

WIEACKER F., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980

ZAGAMI P., *La disciplina italiana della crisi da sovraindebitamento tra best practices internazionali e trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2015, p. 556

Riferimenti giurisprudenziali

Giurisprudenza italiana

Cass. n. 6024/1993

Cass. n. 4886/2003

Cass. n. 10590/2009

Cass., n. 10105/2014

Cass. pen., n. 13276/2011

Cass. pen., n. 40534/2015

Trib. Casale Monferrato, decreto 13 aprile 1984

Trib. Milano, 27 dicembre 1996

Trib. Genova, 24 marzo 1997

Trib. Bologna, 18 aprile 2000

Trib. Pisa, 22 dicembre 2001

Trib. Bologna, 16 giugno 2003

Trib Bologna, 1° ottobre 2003

Trib. Milano, sez. pen., 3 ottobre 2006

Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007

Trib. Crotone, 26 maggio 2009

Trib. Genova, 29 marzo 2010

Trib. Reggio Emilia, 27 agosto 2011

Trib. Urbino, 11 novembre 2011

Trib. Bologna 12 giugno 2013

Trib. Milano, 15 luglio 2015

Trib. Massa, 12 aprile 2016

Trib. Ancona, 29 gennaio 2018

Giurisprudenza sammarinese

causa civile n. 14 del 1947 in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1963

causa civile n. 163 del 1961 in *Giurisprudenza Sammarinese*, 1962 – 1969

sentenza del 12 agosto 1924, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1924

sentenza del 15 luglio 1953, in *Giurisprudenza sammarinese*, 1963

Giurisprudenza di common law

A. v A. and St George Trustees Ltd, [2007] EWHC 99 (Fam)

Abdel Rahman v Chase Bank Trust Company Ltd [1991] JLR 103

Antle v R, [2010] 13 ITEL 591

Carman v. Yates [2004] EWHC 3448

Charman v Charman [2006] EWHC 1879 (Fam)

Condon v Lewis [2013] NSWCA

Coshot v Prentice, [2015] 17 ITEL 555

Esteem Settlement, [2003] JLR 188

Hitch v Stone, [2001] EWCA Civ 63

MacKinnon v Regent Trust Co Ltd [2005] WTLR 1367

Mi Equuscorp Pty Ltd v Glengallan Investments Pty Ltd, [2004] HCA 55dland Bank

Midland Bank Plc v Wyatt [1995] 1 FLR696

Minwalla v Minwalla [2004] EWCA Civ 1589

National Westminster Bank plc v Jones, [2001] EWCA Civ 1541

Roger Stone v Richard Henry Hitch, Thomas Henry Hitch, Ian Geoffrey Handy,
[2001] EWCA Civ 1224

Shalson v Russo [2005] EWHC Ch 281

Snook v London and West Riding Investments Ltd [1967] 2 QB 786