

Il contratto di affidamento fiduciario – Italia

Maurizio Lupoi

Cinquanta sentenze della Corte di Cassazione negli ultimi quattro anni - sezioni civili, sezioni penali, sezioni tributarie, sezioni unite - non permettono più di dubitare della legittimità della figura del trust interno e al tempo stesso, sommate alle oltre 300 pronunce dei giudici inferiori, mostrano la diffusione del trust in Italia.

Solo in Italia fra gli ordinamenti di diritto civile si riscontrano questi numeri; questa informazione dovrebbe essere maggiormente diffusa all'estero e i giuristi stranieri troverebbero certamente vantaggio nello studiare l'esperienza italiana dei trust interni.gi

Essi scoprirebbero, fra l'altro, che non si tratta di trust di "grandi patrimoni"; scoprirebbero anche che gli atti istitutivi dei trust interni, pur essendo necessariamente soggetti a una legge straniera quale legge regolatrice del trust, non sono una copia dei modelli stranieri; scoprirebbero, infine, che esiste una "via italiana al trust", nel senso che la nostra magistratura ha compiuto uno sforzo notevole e per molti aspetti inatteso per comprendere i principi e le regole di una complessa istituzione giuridica straniera.

Parlando ieri alla tavola rotonda, ho indicato il ruolo del giudice fra gli elementi distintivi del trust all'estero; è uno di quei dati che i giuristi stranieri, usualmente non comparatisti, neanche prendono in considerazione perché lo considerano scontato e ovvio; ma scontato e ovvio non è e ce ne accorgiamo proprio noi in Italia quando un nostro giudice ritiene che alcune attribuzioni del giudice di common law in materia di trust – per esempio in forza della sect. 45 del Trustee Act 1925 o di art. 51 della legge di Jersey o in materia di vesting orders o di approvazione di operazioni proposte da un trustee, per non parlare del concetto stesso di "rectification", sconosciuto e forse ripugnante per i nostri giudici – non rientrino nei suoi poteri e ci invita cortesemente a rivolgerci al giudice del paese la cui legge abbiamo scelto per regolamentare il nostro trust. Non pensiamo neanche di rivolgerci al giudice italiano se dobbiamo formulare domande come quelle formulate in un caso recente in Inghilterra - *Bailey & Anr v Bailey & Ors* [2014] EWHC 4411 (Ch) - nel quale si

chiedeva di spostare il momento del vesting, di rendere più ampie alcune clausole sui poteri di amministrazione e di introdurre un potere di accumulare.

Se colleghiamo questi dati ai dati sulla diffusione dei trust in Italia – basta ricordare il numero delle sentenze che ho citato al principio di questa mia relazione – comprendiamo che il trust si sta avvicinando a uno stretto passaggio; la risposta più logica in qualsiasi altro paese del mondo sarebbe: “e allora il parlamento italiano si metta al lavoro e approvi una legge italiana sul trust”, magari avvalendosi del lavoro di una commissione di esperti. Appunto: “in qualsiasi altro paese del mondo”, non in Italia.

Ricordiamo che in Italia è stata la cultura accademica che ha reso possibile l'ingresso del trust e allora quella stessa cultura accademica può rendere possibile una operazione assai più complessa: utilizzare l'armamentario del diritto civile per creare una figura competitiva rispetto ai trust. In effetti, i miei studi sul contratto di affidamento fiduciario sono alla base della legge della Repubblica di San Marino del 2010, della quale ha appena riferito Andrea Vicari con competenza ed eleganza e vorrei adesso illustrarvi le ragioni per le quali il diritto civile è in grado di creare una figura giuridica non solo competitiva rispetto al trust, ma in molti aspetti superiore, nel senso di “maggiormente efficiente”.

Tratterò pochi aspetti, peraltro riferiti solo ai rapporti inter vivos, anche perché sugli affidamenti testamentari il nostro diritto comune prima dei codici già disse tutto (ricordate l'eccellente relazione di Treggiari ieri mattina?), anzi lo disse per noi e per i nostri amici al di là della Manica. Potremo parlarne un'altra volta.

1. Il contratto di affidamento fiduciario è, ovviamente, un contratto. Anche i trust sarebbero stati *contracts* se fossero emersi un secolo e mezzo dopo, cioè dopo l'affermazione piena dell'azione di *assumpsit*. Nessuno può negare che un trust fra vivi è per lo meno un “agreement” e allora qualificarlo “contratto” aiuta, come sempre quando la classificazione giuridica corrisponde alla percezione sociale.
 - a. Anche la terminologia ha la sua importanza e la parte che pone fiducia nell'altra si chiama in italiano “affidante” che in inglese viene ben tradotto con “entruster”; il rapporto è detto “affidamento”, corrispondente all'antico francese “affiance” – è questo il termine più antico per designare il trust in Inghilterra nel XIV secolo - e in inglese allora lo si traduce “entrustment”. L'altra parte del rapporto è l'affidatario, che in inglese può essere tradotto semplicemente

“fiduciary”. Queste proposte terminologiche sono conformi alle scelte di Paul Matthews, che ha curato la traduzione della legge di San Marino in inglese; mi fa piacere pubblicamente ringraziarlo e formulargli i miei auguri per il nuovo importante incarico nella Chancery.

- b. Un contratto con regole particolari: regole che le parti debbono includere nel testo contrattuale se desiderano poi assicurarsi gli effetti e le funzionalità che renderanno il loro rapporto competitivo rispetto ai trust.
2. Il primo complesso di regole particolari riguarda l’attribuzione di poteri a una persona che possiamo chiamare “garante del contratto”, in inglese “guardian”. Può essere lo stesso affidante o può essere un terzo.
- a. Il “garante” è titolare dei poteri che le parti gli attribuiscono; in particolare, l’affidatario lo autorizza a agire sul patrimonio dedicato (che corrisponde al “trust fund”). Soffermiamoci su questo aspetto. Il fiduciario autorizza il garante del contratto a compiere atti che producono effetti sul patrimonio dedicato; per esempio, trasferirlo a un nuovo affidatario; oppure, vendere un bene che l’affidatario non vorrebbe vendere. Non solo questo: lo autorizza a compiere atti sul complesso dei diritti e obblighi che nascono dal contratto e che riguardano l’affidatario; per esempio, cedere il contratto a un nuovo fiduciario.
 - b. Affinché questa struttura sia efficiente, essa deve operare prescindendo dalle persone che originariamente sottoscrissero il contratto; come nel trust le dimissioni o la morte del trustee danno luogo alla nomina di un nuovo trustee, così deve essere anche nel contratto di affidamento fiduciario.
 - c. Vediamo come opera il diritto civile. La cessione del contratto è uno strumento potente nel codice civile italiano; una parte può essere autorizzata anche preventivamente a cedere il contratto e questo corrisponde al trustee che nomina il proprio successore. Il successore del trustee tiene i beni sulla base degli stessi trust del precedente trustee e questo preciso risultato si ottiene per mezzo della cessione del contratto di affidamento fiduciario dal trustee dimissionario al nuovo trustee. Il garante il quale è autorizzato a cedere il contratto per quanto riguarda i diritti e le obbligazioni dell’affidatario è come il guardian che in common law sostituisce un trustee con un nuovo trustee.

- d. Non è proprio così perché in common law si deve poi provvedere al trasferimento del trust fund da un trustee all'altro e se necessario rivolgersi al giudice, mentre i poteri del garante del contratto possono estendersi a produrre il trasferimento del patrimonio dedicato da un affidatario al suo successore. Il successore subentra nella posizione del precedente affidatario e quindi anche nelle autorizzazioni che egli abbia concesso al garante sottoscrivendo il contratto.
 - e. Questo insieme di regole permettono quindi di non ricorrere al giudice e di rendere il contratto auto--realizzantesi grazie a meccanismi di auto-tutela.
3. Tutti questi meccanismi – che richiederebbero un esame approfondito – sono al servizio di un programma. Il contratto di affidamento fiduciario richiede la manifestazione di un programma e di un programma che, secondo i principi del diritto italiano, miri a realizzare interessi meritevoli di essere protetti.
- a. Il programma è il cuore del contratto ed è questa la ragione per la quale in caso di inadempimento da parte del fiduciario non è prevista una azione in giudizio che ponga fine al contratto, cioè l'azione di risoluzione contrattuale. L'inadempimento del fiduciario darà luogo alla nomina di altro fiduciario, eventualmente a una azione per il risarcimento del danno, ma il contratto rimarrà in piedi.
 - b. Diversamente da quanto accade nei trust, per lo meno nei trust non commerciali, l'enunciazione del programma permette al giudice di valutare il comportamento delle parti e in particolare dell'affidatario e del garante del contratto.
 - c. L'affidante – che, non dimentichiamolo, è parte di un contratto e quindi naturalmente titolare di diritti verso il fiduciario – può legittimamente intervenire nell'esecuzione del contratto in quanto questo intervento sia funzionale alla migliore realizzazione del programma. Il programma del contratto consente di attribuire un ruolo all'affidante, anche un ruolo che, se si trattasse di un trust, potrebbe condurre a individuare un trust sham. Per la verità, nessuno può fornire una definizione sicura del trust "sham" e questa è una delle ragioni del terrore che la sola parola ispira nei pratici, ma è certo che un ruolo anche attivo dell'affidante è naturale nel contratto di affidamento fiduciario proprio perché è un contratto e perché l'affidante è una parte contraente.
 - d. Egli, quindi, può agire in giudizio contro l'affidatario, mentre il disponente di un trust non può agire contro il trustee; ma può agire solo

per i danni, non certo per terminare il contratto per le ragioni già esposte: l'azione di risoluzione contrattuale è esclusa.

- e. L'enunciazione del programma presenta un ulteriore vantaggio nei sistemi di procedura civile nei quali, come in Italia, né l'attore né il convenuto possono deporre davanti al giudice sotto giuramento: quanto le parti avevano in mente è scritto nel contratto stesso e quindi non richiede ulteriore prova. Osservo che recentemente in un procedimento inglese di *rectification* - *Oatley & Ors v Oatley Powney & Ors* [2014] EWHC 1956 (Ch), [2014] WTLR 1433 – il giudice ha osservato che è difficile accertare la volontà del disponente in mancanza di una “outward expression of intention”; l'enunciazione del programma nel testo contrattuale fornisce proprio questo.
4. La posizione dei beneficiari può essere parzialmente diversa rispetto alla posizione dei beneficiari in un trust.
 - a. In primo luogo, essi possono essere parti del contratto mentre, ovviamente, non possono essere parti dello strumento che istituisce un trust. Possono essere parti del contratto e così obbligarsi a certi comportamenti: pensiamo, per esempio, al problema delle clausole sulla giurisdizione o alle clausole arbitrali; o pensiamo a certi trust commerciali nei quali i vantaggi ai beneficiari possono essere condizionati a certi loro comportamenti, ma non è possibile obbligare i beneficiari a tenere quei comportamenti; questo diviene possibile qualora i beneficiari siano parti di un contratto di affidamento fiduciario.
 - b. Il diritto civile conosce il contratto a favore di terzo, che in Inghilterra costituisce un fenomeno recente e fondamentalmente estraneo ai principi in materia di contratto, anzi in contraddizione con essi. La disciplina italiana del contratto a favore di terzo permette di attribuire all'affidante il potere di modificare i beneficiari qualora i beneficiari saranno loro attribuiti dopo la morte dell'affidante, che è un caso abbastanza frequente nei trust di famiglia: la modificazione dei beneficiari è un tipico potere dei trustee di trust discrezionali, mentre nel contratto di affidamento fiduciario esso può spettare all'affidante. Sarebbe il sogno di molti settlors!
 - c. La posizione dei beneficiari ovviamente non è sottoposta alla regola in *Saunders v Vautier* e così se il contratto stabilisce che un certo beneficiario otterrà un certo bene o una certa quota del patrimonio

dedicato ad una certa data –insomma un *vested beneficiary* –egli dovrà attendere che quella data arrivi e non potrà pretendere nulla prima di quella data. Almeno in Italia, trust di famiglia con beneficiari *vested* praticamente non esistono, mentre i contratti di affidamento fiduciario con beneficiari *vested* potranno esistere.

- d. Un beneficiario *vested* può allora ottenere una protezione assai rilevante; se si tratta di beni immobili o comunque iscritti in registri pubblici, egli può trascrivere il contratto esattamente come se avesse acquistato un bene per mezzo di un contratto a termine. Di conseguenza, su quel bene nessuno potrà agire: non soltanto il fiduciario, perché qualunque suo atto dispositivo sarebbe soggetto al diritto del beneficiario, ma, ancora più importante, neanche i terzi. Un creditore del trustee per ragioni inerenti l'amministrazione del trust può agire su qualsiasi bene incluso nel fondo in trust; un creditore del fiduciario può fare la stessa cosa, ma non può aggredire i beni rispetto ai quali un beneficiario abbia trascritto il proprio titolo, sebbene esso riguardi un avvenimento futuro.
5. L'attuazione del programma è affidata all'affidatario e all'affidatario debbono essere trasferiti i mezzi necessari per attuare il programma: questi mezzi formano il "patrimonio dedicato". È essenziale che il patrimonio dedicato sia isolato rispetto agli altri beni dell'affidatario: secondo l'espressione usata ieri da David Hayton, esso deve essere "ring-fenced".
 - a. In Italia vige un principio che dal code civil francese, art. 2092, è passato in molti altri codici: l'intero patrimonio di una persona è destinato al pagamento dei suoi debiti; ci si può quindi chiedere come sia possibile che i beni che appartengono all'affidatario per attuare il programma rimangano esclusi dalla applicazione di quel principio generale in mancanza di una regola legislativa che questo preveda.
 - b. Qui il diritto civile si scontra con l'Equity. Come sappiamo, l'Equity non nega che il trustee sia il proprietario del trust fund, semplicemente impone sul trust fund una serie di limitazioni che corrispondono agli equitable interests dei beneficiari; neanche il diritto civile nega che l'affidatario sia il proprietario del patrimonio dedicato, ma con eguale semplicità restringe gli effetti del principio generale - l'intero patrimonio di una persona è destinato al pagamento dei suoi debiti - ai beni dei quali il fiduciario possa dire che sono "suoi". "Suoi" è l'aggettivo possessivo impiegato sia nel testo francese - "est tenu de remplir son

engagement sur tous ses bien mobiliers et immobiliers, présents et à venir” - che nel testo italiano – “risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”. Non sono “suoi” i beni che egli ha ricevuto precisamente per non incrementare la propria ricchezza, così come non sono del depositario i beni che gli ha ricevuto per custodirli.

- c. La ricchezza storica del diritto civile sostiene questo punto di vista se ricordiamo che l’erede fiduciario segreto nel nostro diritto comune prima dei codici è considerato sdoppiato in due persone e infatti può testimoniare in quanto fiduciario quale fosse la volontà del defunto. Dalla Glossa a Bartolo al cardinale De Luca si rafforza una linea che era già nel diritto romano: il giuramento del fiduciario è il giuramento del fiduciante, il fiduciario parla in prima persona e infatti gli si deve credere anche senza alcuna corroborazione – questo è all’apparenza contro tutte le regole in materia di prova delle volontà testamentarie, ma in realtà è coerente con il punto di partenza: si tratta non di una testimonianza, ma della dichiarazione di una parte: il fiduciante per bocca del fiduciario. Questo è sdoppiato in due persone e quindi – per quanto riguarda l’adempimento delle obbligazioni in due patrimoni.
6. Da queste considerazioni deriva la segregazione del patrimonio affidato e quindi anche l’assenza di successione ereditaria in caso di morte del fiduciario. La strada è diversa da quella del diritto inglese perché il patrimonio dedicato non forma parte della successione del fiduciario e passa direttamente al nuovo fiduciario, già nominato o da nominare alla morte del primo.
7. Qui posso fermarmi, sebbene alcuni temi avrebbero richiesto maggiore approfondimento e altri temi non sono stati neanche toccati. Spero di avervi mostrato che il diritto civile è in grado di configurare un istituto comparabile con il trust e rispetto a esso concorrenziale; basta non fare le scimmie e avvalerci della nostra storia, magari con un poco di creatività giuridica...