



Bari

27 novembre 2009

Il trust in Italia
Profili generali e applicazioni pratiche

Via Luigi Calamatta, n. 16
00193 - Roma
Tel. 066872628
Fax. 066896685

dario@studiolatrofa.com

Corso Italia, n. 1
70029 - Santeramo in Colle (Ba)
Tel. 0803026757
Fax. 0803030511

Il Trust e la sua genesi

Il Trust è una materia autonoma con forti legami con la *law of property*

PROPERTY:

Il termine fa riferimento al patrimonio attivo di una persona, indica un bene o diritti su un bene, materiale o non.

OWNERSHIP:

Nozione non tecnica, si può tradurre con “proprietà” intesa come titolarità di diritti su beni.

Si può essere *owner* sia di *realty* (*real property*) che di *personalty* (*personal property*).

Il Trust e la sua genesi (segue)

REAL PROPERTY:

Prevede una *Real action* per il recupero del possesso.

PERSONAL PROPERTY:

Prevede una *Personal action* per il recupero del possesso o il risarcimento del danno (in passato solo per il risarcimento del danno).

EVOLUZIONE della *property law*:

- attenuazione delle differenze tra *real* e *personal property* e della disciplina di mobili e immobili;
- Abolizione delle regole diverse di successione tra *real* e *personal property* ;
- Tutela recuperatoria anche per *personalty*.

Il Trust e la sua genesi (segue)

Deriva dallo *USE* di epoca medioevale:

ad es.: (i) trasferimento di un immobile e detenzione dell'immobile nell'interesse del trasferente (per evitare il pagamento di tributi o la responsabilità verso i creditori o la restituzione della terra del Vassallo al Re in caso di morte del primo) ovvero (ii) si permetteva a gruppi di religiosi che avevano fatto voto di povertà di detenere indirettamente dei beni immobili o veniva utilizzato dai crociati in partenza per le guerre in terra santa. In pratica attraverso lo *USE* si trasmetteva il proprio diritto di proprietà di un immobile a favore di un terzo fiduciario – c.d. *feoffee* – che aveva l'obbligo di trasferirne le rendite al primo proprietario – cd. *feoffor* – e alla morte di quest'ultimo aveva l'obbligo di ritrasferire i beni al soggetto o ai soggetti da questo indicati.

1535 *Statute of uses*: il beneficiario è proprietario.

***Use upon a use*:** trasferimento ad un soggetto della titolarità e dell'amministrazione e attribuzione ad un altro soggetto del diritto di godimento.

La Common Law e l'Equity

LA COMMON LAW

All'epoca del Re Giovanni Senza Terra, nell'ambito del generale clima di creazione di una maggiore legalità e di sostanziale rafforzamento della stato unitario furono create le c.d. Corti Reali. Queste Corti si andarono ad aggiungere alle preesistenti Corti Feudali che erano organizzate su base locale. Lo scopo delle Corti Reali era quello di creare in tutto il paese l'applicazione di un diritto uniforme, ed è da qui che deriva l'espressione di "Common law" che va a sottolineare il suo carattere "non local".

Le Corti Reali, però, non erano accessibili a tutti in quanto per farlo era necessario ottenere un "Writ" emesso (il più delle volte a pagamento) dal Cancelliere del Re. Tramite questo Writ il soggetto interessato poteva ordinare al convenuto di comparire davanti la Corte Reale per sentire accertare i fatti descritti nel Writ stesso, che se provati, conducevano all'emissione di una sentenza di condanna contro il convenuto in questione.

*Una delle caratteristiche del sistema giuridico anglosassone è che il diritto sostanziale viene creato e si sviluppa attraverso la procedura ed in forza del principio secondo cui "**remedies precede rights**" cioè : un diritto non esiste se non nei limiti in cui ci sia un mezzo giuridico (cioè il remedy) attraverso cui farlo valere. Tornando al nostro caso, diretta conseguenza di questa impostazione era che in occasione di richiesta di un Writ, o le fattispecie calzavano perfettamente con uno dei tipi di Writs esistenti, oppure l'attore non aveva possibilità di far valere la sua pretesa.*

E' di tutta evidenza la rigidità di questo sistema. L'unica possibilità che rimaneva all'attore era quella di chiedere al Cancelliere un nuovo Writ che coprisse la fattispecie concreta.

La Common Law e l'Equity (SEGUE)

L'EQUITY

Col tempo, però, si sviluppò anche un'ulteriore alternativa. Tale possibilità derivava dal fatto che il potere giudiziario, come ogni altro potere, apparteneva al Re e veniva esercitato dalle Corti su sua delega. Questa alternativa consisteva nella concessione di uno specifico rimedio adeguato al caso singolo.

❑ *Grazie a questo rimedio fu creato un vero e proprio tribunale alternativo (**Chancery Court**) cui si poteva ricorrere per ottenere la concessione di rimedi specifici basati sull'equità, e cioè su di un apprezzamento discrezionale della giustizia sostanziale nel singolo caso, non quindi in base a regole di diritto, ma in base a regole di coscienza. Si sviluppò così una giurisdizione parallela, tesa però non a sovvertire il sistema di Common Law ma ad affiancarvisi; questa giurisdizione fu definita di Equity .*

❑ *Con l'avvento dell'Equity e attraverso la **Court of Chancery**, quindi, si è potuta riconoscere la protezione del c.d. "equitable interest" dei beneficiari (il provvedimento era azionabile anche in forma specifica) o c.d. "equitable ownership". Questa designa la posizione dei beneficiari di un trust, i quali hanno il diritto (o, nei trust discrezionali, l'aspettativa) di conseguire dal trustee i beni in trust o i loro redditi o entrambi; questa nozione può essere tradotta come "proprietà dovuta" e non è priva di somiglianze con nozioni civilistiche: ad es., il regime dei beni dotali, la posizione del mandante nel mandato senza rappresentanza e la posizione dei clienti di una Società di Gestione del Risparmio.*

Definizione di trust

Il *Trust* è un rapporto giuridico che sorge quando:

- un bene o diritto è trasferito ad un soggetto (il *trustee*), il quale ha l'obbligo di detenere lo stesso a vantaggio di un altro soggetto (il beneficiario), o
- il titolare di un bene o diritto dichiara di detenere lo stesso in qualità di *trustee*, a favore di un terzo (il beneficiario).

Caratteristiche del trust

- Il *trustee* diviene proprietario legale (*legal ownership*) dei beni conferiti in trust che deve gestire secondo le direttive del disponente (*settlor*), contenute nell'atto costitutivo (*trust deed*).
- I beneficiari acquistano la proprietà equitativa (*equitable ownership*) e riceveranno in tutto o in parte il patrimonio o i relativi frutti.

Caratteristiche del trust (segue)

Le “Tre certezze”.

Per costituire un *Trust* sono richieste delle certezze minime senza le quali il *Trust* sarà considerato non valido. Esse sono:

- 1) che il disponente aveva intenzione di istituire un *Trust*;
- 2) l'oggetto del *Trust*;
- 3) i beneficiari.

Elementi strutturali e funzionali del trust

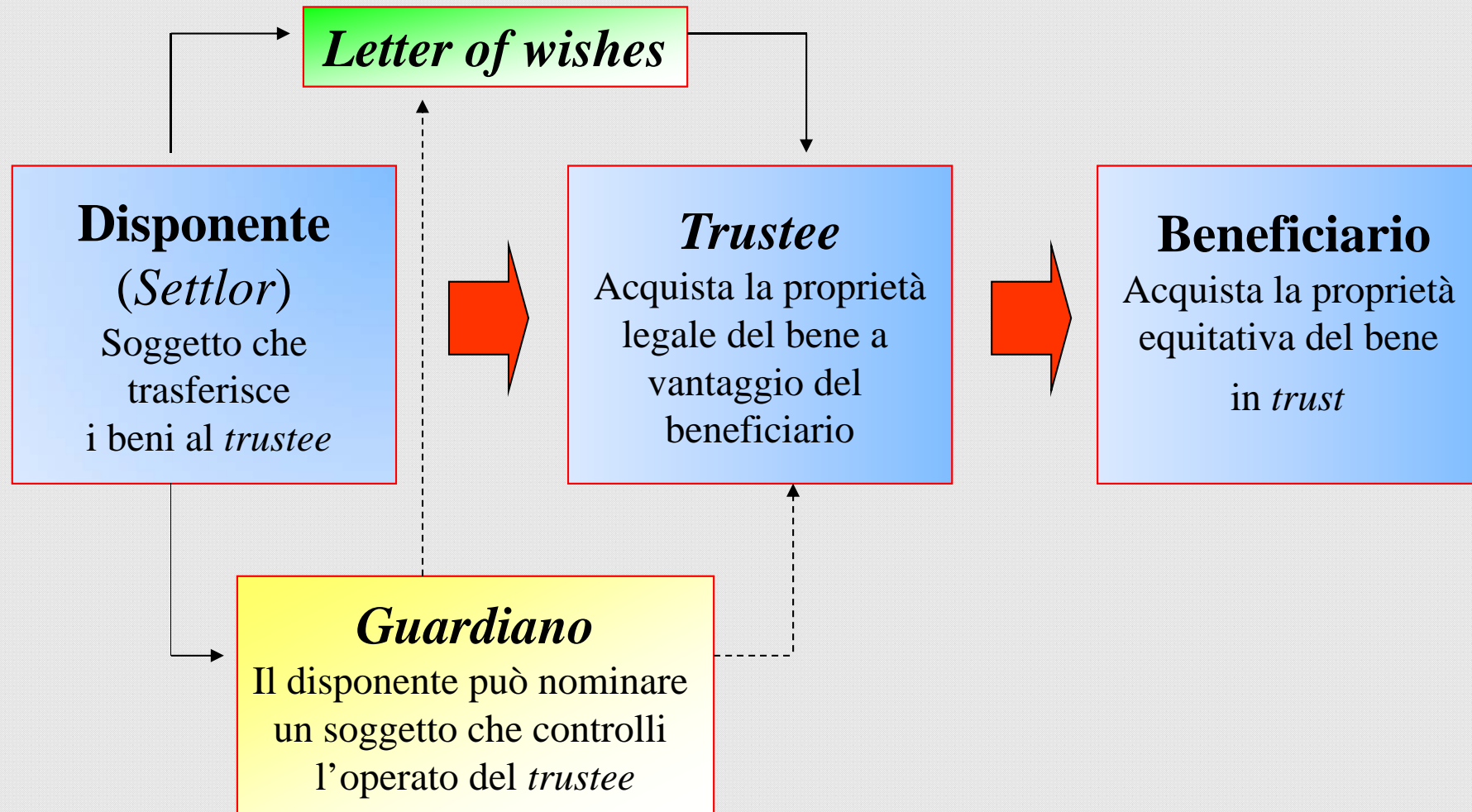
Segregazione del patrimonio (il *trustee* pur divenendo proprietario dei beni in *trust* deve preservarli e non confonderli con i suoi).

Perdita del contatto giuridico del disponente (il disponente dopo la costituzione del *trust* non è più proprietario dei beni conferiti in *trust*).

Obbligazioni fiduciarie del *trustee* (il *trustee* assume obbligazioni sempre e soltanto nei confronti dei beneficiari).

Trasferimento degli interessi a livello dei beneficiari (i diritti dei beneficiari sono alienabili).

La struttura ed i soggetti del trust



I SOGGETTI: IL TRUSTEE

Le obbligazioni del trustee sono di natura fiduciaria. Esse sono dirette verso i beneficiari o verso lo scopo del trust. Diversamente dal negozio fiduciario di tradizione civilistica, il trust non è un rapporto tra disponente e trustee. L'eventuale inadempimento del trustee può essere fatto valere solo dai beneficiari e, nei trust di scopo, dalla pubblica autorità o dal soggetto privato a ciò preposto (detto solitamente *enforcer*).

La natura fiduciaria dell'obbligazione comporta, fra l'altro:

- la valutazione sostanziale dei conflitti di interessi;
- il divieto di ritrarre vantaggi, diretti o indiretti, dal trust;
- il pari trattamento dei beneficiari;
- che il trustee impronti la propria condotta alla massima buona fede;
- l'obbligo di tenere i beni in trust distinti sia dai propri che dai beni inerenti altri trust ;
- l'obbligo di rendiconto.

Il trustee diviene titolare dei diritti trasferitigli e, in forza dell'art. 12 Convenzione de *L'Aja*, ha diritto di fare risultare la sua qualità in qualsiasi registro pubblico o privato.

Posto che le varie leggi esistenti non sono uniformi occorre tener presente che la determinazione dei poteri del trustee deve essere ben precisata nell'atto istitutivo e deve essere rapportata alle particolarità di ciascun caso concreto.

N.B.: Il trustee "nudo"

Il trustee mero mandatario, ma al quale la posizione soggettiva del disponente è da questi trasferita, è detto "trustee nudo". **Si ha trust nudo (*bare trust*), quindi, tutte le volte che i beneficiari dei beni in trust sono stati definitivamente determinati ed essi abbiano il diritto di pretendere che il trustee consegni loro i beni in trust, che viene così a cessare.**

I SOGGETTI: IL TRUSTEE (la sua scelta)

N.B. E' necessario scegliere il trustee più adatto in considerazione della legge regolatrice che si vuole utilizzare facendo attenzione a quelle che sono le finalità del trust, i soggetti coinvolti, i beni che formeranno il trust found, la tutela che dovrà essere riservata ai beneficiari.

A tal proposito basta osservare come:

➤ **Il trustee viene investito dal disponente e dalla legge di precisi obblighi e doveri diretti solo e soltanto nei confronti dei beneficiari o verso la realizzazione dello scopo del trust. Così, infatti, cita l'art. 2 della Convenzione dell'Aja:**

“The trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.”

➤ **Inoltre il trustee ha la titolarità giuridica del trust found e, quindi, è investito di ogni potere che spetta al proprietario di tali beni.**

La Trust Jersey Law ad es. cita:

“A trustee shall in relation to the trust property have all the same powers as a natural person acting as the beneficial owner of such property”.

Il trustee deve essere un soggetto degno di “fiducia”, deve possedere caratteristiche di affidabilità, professionalità e garanzia ed essere, quindi, in grado di tutelare gli interessi generali dei beneficiari e di curare il raggiungimento dello scopo per cui il trust è stato istituito. Per effettuare una scelta corretta, quindi, occorrerà tener conto della:

1. legge regolatrice; 2. finalità del trust.

In merito alla **legge regolatrice** occorre sottolineare che in linea generale chiunque (persona fisica e giuridica) può essere trustee, ma alcune leggi regolatrici, come ad esempio quella di Malta, stabiliscono che possono ricoprire questo ruolo solamente società (*nominee companies*) preventivamente autorizzate a svolgere questo tipo di attività. In altri casi, ad es. South Africa Trust Property Act, 1988, viene invece espressamente disciplinata la presenza di un trustee straniero, cioè di un trustee non residente nel Paese in cui vige la legge regolatrice. Per quanto riguarda **la finalità del trust** se, ad es. oggetto di trust sono valori mobiliari la scelta più logica sarà quella di nominare trustee una banca o una società finanziaria se, invece, il trust ha caratteristiche tali per cui deve prevalere il rapporto fiduciario che il disponente ha instaurato con alcuni soggetti, allora il trustee potrà essere un suo familiare, il professionista o lo studio di consulenza di fiducia .

I SOGGETTI: IL GUARDIANO

Il guardiano (*protector*) è un soggetto il quale esercita, in forza di apposite clausole dell'atto istitutivo, poteri nei confronti del trustee che altrimenti il disponente avrebbe potuto riservare per sé.

Le normali attribuzioni del guardiano riguardano :

- la nomina di nuovi trustee ;
- la revoca dei trustee esistenti;
- la riserva di un potere di consenso preventivo in caso di alienazione di beni in trust, per la distribuzione di reddito ai beneficiari, per la formazione delle quote al termine del trust e così via.

Le funzioni di guardiano possono essere esercitate da più persone; per esempio, in alcuni trust di famiglia i membri più anziani delle stirpi discendenti dal disponente possono costituire il Collegio dei guardiani.

Talvolta è lo stesso disponente che si nomina guardiano del trust .

Anche il guardiano è destinatario di obbligazioni verso i beneficiari o, nei trust di scopo, verso lo scopo del trust; non, quindi, verso il disponente e in mancanza di diverse indicazioni nell'atto istitutivo, le obbligazioni del guardiano hanno natura fiduciaria .

I SOGGETTI: I BENEFICIARI

I beneficiari di un trust sono titolari di diritti o di aspettative (secondo come il trust è configurato) nei confronti del trustee. Essi non hanno in alcun caso un rapporto di natura proprietaria con i beni in trust.

Si possono distinguere varie categorie di beneficiari:

beneficiari del reddito;
beneficiari del capitale;
beneficiari sottoposti a condizione sospensiva o risolutiva;
beneficiari sottoposti a termine iniziale o finale;
beneficiari sostituibili o non sostituibili;
beneficiari potenziali o definitivi;
beneficiari alternativi;
beneficiari con diritto o meno di trasferire la loro posizione;
beneficiari prefissati o discrezionali.

I poteri dei beneficiari

In diritto inglese i beneficiari finali di un trust avente quale oggetto beni immobili godono di notevoli poteri nei confronti del trustee, fino al punto di potergli indicare quale uso fare dei beni e di revocarlo, nominando nuovi trustee. Questo assetto di interessi può essere riprodotto negozialmente quando il tipo di trust in questione richiede che i beneficiari dispongano del potere di influire notevolmente sull'esercizio dei poteri del trustee, ad esempio, costituendo un "*Collegio di beneficiari*" che disponga di determinati poteri.

Tutela dei beneficiari

La tutela dei beneficiari si estende, in forza dell'art.11, III comma, lett. d) della Convenzione de L'Aja, alla "rivendicazione" dei beni dei quali il trustee abbia impropriamente disposto.

Il diritto dei beneficiari di perseguire tali beni discende dalla legge straniera regolatrice del trust (mentre gli aspetti procedurali sono ovviamente governati dalla legge del foro). Il diritto è esercitabile, secondo la regola comunemente accolta dalle leggi straniere, contro chiunque abbia ricevuto beni dal trustee a meno che si tratti di un acquisto compiuto a titolo oneroso e in buona fede da un soggetto che ignorasse le limitazioni dei poteri del trustee.

LA STRUTTURA: LA LETTERA DI DESIDERIO

Natura e funzione

È perfettamente legittimo che il disponente, il guardiano e i beneficiari manifestino al trustee i propri desideri circa l'esercizio dei poteri discrezionali che l'atto istitutivo ha attribuito al trustee. Nella prassi internazionale si parla di "lettere di desiderio" (*letters of wishes*); le poche leggi che disciplinano questa figura sanciscono espressamente che **il trustee non può mai essere vincolato dalle indicazioni a lui così comunicate.**

Parziale vincolatività delle lettere di desiderio

Allo scopo di attenuare in parte i possibili problemi derivanti da un desiderio espresso dal disponente che può in linea di principio arrecare danno ad un altro soggetto interessato dal trust, la prassi dei trust interni ha elaborato una clausola, in forza della quale il trustee è obbligato a seguire i desideri manifestatigli dal disponente o, secondo i casi, dal guardiano qualora essi le ritenga conformi alle finalità del trust. Una clausola di questo genere si lega all'enunciazione delle finalità del trust, che è usualmente contenuta nelle premesse dell'atto.

LA STRUTTURA: LA DURATA

Regole generali

La scelta della legge regolatrice può comportare importanti differenze circa la nozione stessa di termine finale del trust e circa la durata massima dello stesso; occorre porre molta attenzione a questo aspetto anche perché la violazione di legge comporta la nullità del trust (e non la sua riconduzione al termine massimo).

Il termine può essere indicato in un numero di anni ovvero essere riferito al verificarsi di un certo evento; per esempio: "il compimento del 25.mo anno da parte del più giovane dei miei nipoti"; "due anni dopo la quotazione in Borsa della società X" (caso in cui una partecipazione significativa nella società X è inclusa fra i beni in trust).

La durata dei trust per un soggetto debole è usualmente pari alla sua vita; venuto meno il soggetto debole, il trustee trasferisce i beni ai beneficiari finali (usualmente gli altri figli del disponente).

Quando la durata del trust è riferita a un evento che potrebbe non verificarsi mai o verificarsi oltre il termine massimo di durata del trust è essenziale predeterminare una data entro i limiti temporali consentiti dalla legge regolatrice del trust.

Modificazione del termine finale.

Il termine finale non può essere prorogato. Esso può essere anticipato (dal trustee o dai beneficiari o dal guardiano) secondo le disposizioni dell'atto istitutivo.

N.B. I beneficiari della distribuzione dei beni in trust, una volta che siano definitivamente individuati, hanno diritto di chiedere al trustee la consegna dei beni anche prima del termine finale. In diritto inglese è dubbio che questo diritto possa essere soppresso per disposizione dell'atto istitutivo.

La durata dei trust con beneficiari

Il modello inglese

Nel modello inglese non esiste un termine di durata dei trust vero e proprio. In realtà nel citato modello è previsto che i soggetti investiti del diritto di pretendere il fondo in trust dal trustee siano necessariamente individuati entro un determinato periodo (c.d. *Perpetuity period*), corrispondente a non oltre 21 anni dopo la morte di una persona o di più persone indicate nell'atto istitutivo. La regola classica prevede che il trust è nullo se nel momento della sua istituzione non vi sia assoluta certezza che l'individuazione definitiva dei beneficiari avvenga entro detto periodo. Il *Perpetuities and accumulation Act* del 1964 ha spostato ad 80 anni il periodo in questione

Gli U.S.A.

Delaware: ammette i trust perpetui
Dakota: ammette i trust perpetui
Wyoming: 1000 anni
Utah : 1000 anni
Florida: 360 anni
Washington: 150 anni

Il modello Internazionale e Civilistico

Belize, Trust Act 1992 (Rev. 2000) : 120 anni
Bermuda, The Perpetuities and Accumulation Act 1989: 100 anni
British Virgin Islands, Trustee Ordinance 1961, sect. 67 – 80: 100 anni
Cayman Islands, Perpetuities Law 1995: 150 anni
Cipro, International Trusts Act 1992, sect. 5 (1): 100 anni
Malta, Trusts and Trustees Act 2004, art. 12: 100 anni
Anguilla, Trust Ordinance 1994, sect. 6 (1): nessun limite
Dubai, Trust Law 2005, art. 28: nessun limite
Jersey, Trust Law 1984, art. 15: nessun limite
Turks & Caicos, Trust Ordinance 1990, sect. 14 (1): nessun limite
Guernsey, Trust Law 1989, art. 16 (1 – a): nessun limite

Usi del trust

I principali usi del *trust*:

- ottimizzazione della disciplina fiscale;
- trasferimento dei beni localizzati in Paesi diversi da quello di residenza del disponente (*settlor*), in totale riservatezza e protezione da eventuali creditori;
- creazione di fondi speciali per i minori o persone non autosufficienti;
- trasferimento di beni mobili ed immobili ottimizzando l'imposizione;
- costituzione di usufrutto di durata superiore ad una generazione;
- costituzione di patti di sindacato, patti parasociali, di diritti di prelazione in modo tale che essi siano legalmente validi ed efficaci;
- protezione dei patrimoni da future rivendicazioni da parte dei coniugi in caso di divorzio o di decesso;
- successione, in caso di gruppi, con mantenimento dell'integrità imprenditoriale dopo il decesso del fondatore;
- limitazione dei rischi professionali per alcune categorie professionali.

I modelli di trust

Modello inglese

Modello internazionale

Modello civilistico

Caratteristiche comuni:

- **il trasferimento** di un diritto dal disponente al trustee o la dichiarazione unilaterale di trust;
- **segregazione** ovvero la non confusione fra il diritto trasferito e gli altri beni del trustee;
- **l'affidamento** cioè la perdita di ogni facoltà del disponente sui beni in trust;
- l'esistenza di uno **scopo** del trust che riguardi o no i beneficiari;
- **la fiducia** ovvero l'imposizione di un connotato fiduciario sull'esercizio dei diritti spettanti al trustee.

Alcuni tipi di trust

Fixed interest trusts



Questi trusts individuano uno o più beneficiari quali titolari del diritto (equitativo) di ricevere il reddito e/o il capitale.

Trusts discrezionali



L'atto istitutivo del trust può prevedere che l'individuazione dei beneficiari e l'attribuzione economica (e non) da effettuare in loro favore siano rimesse al trustee o al guardiano del trust.

Trusts di
accumulazione



Trattasi di quei trusts ove è previsto che il reddito debba essere accumulato per un certo periodo di tempo (nel diritto inglese max 21 anni) per poi essere distribuito al beneficiario/i.

Trusts di scopo



Questi trusts sono caratterizzati dall'inesistenza di beneficiari singoli, ma prevedono il raggiungimento, come ad esempio nei Charitable trusts, di uno scopo preciso.

Bare trusts



Il c.d. trust nudo viene istituito, ad es., qualora un soggetto, Tizio, dichiara di detenere un bene per il beneficio di un altro soggetto, Caio, "absolutely", cioè sul reddito ed il capitale nessun altro soggetto detiene un "interest".

Asset protection
trusts



Sono dei trusts protettivi istituiti con lo scopo di segregare il patrimonio del disponente, impedendo così che lo stesso venga aggredito dai creditori.

La Convenzione de L'AJA

La Convenzione de L'AJA del 1° luglio 1985:

- ha lo scopo di riconoscere i *trusts* disciplinati da una legge straniera, rispetto all'Italia, che espressamente disciplini la figura del *trust*;
- essa non introduce l'istituto del *trust* in ordinamenti nei quali non è espressamente disciplinato.

La Convenzione de L'AJA (art.2)

La Convenzione de L'Aja disciplina i *trusts inter vivos e mortis causa*, solo se istituiti per volontà del disponente (*settlor*).