

I TRUST DI SCOPO E LE LORO APPLICAZIONI

Firenze 15 marzo 2008

prof. avv. Paola Manes, Università di Bologna

§ 1. Le incoerenze della giurisprudenza inglese in materia di trust di scopo. In materia di trust di scopo, anche in forza di istanze sociali ed economiche che tendono alla revisione e al superamento dei tradizionali ed angusti limiti dal diritto inglese, la giurisprudenza inglese non si mostra coerente: infatti, in alcuni casi ammette trust di scopo nei quali le finalità non rientrano tra quelle *charitable* (ad esempio la costruzione e la conservazione di monumenti¹⁾ o la tutela dei disoccupati).

Vi sono quindi una serie di “eccezioni anomale” nelle quali il trustee *può* adempiere alle obbligazioni del trust ma la corte non può esigere da lui l’adempimento, che danno vita a trust fonte di obbligazioni imperfette e che perseguono queste finalità: 1) costruzione di monumenti e tombe; 2) celebrazione di messe; 3) mantenimento di certi animali. In questi casi, poiché non c’è un beneficiario titolare del *beneficial interest*, quest’ultimo appartiene, come il *legal interest*, al trustee: se questi non dà esecuzione al trust, i beni tornano al disponente o nel suo patrimonio, in forza di *resulting trust*.

§ 2. La posizione tradizionale: il cuore del trust è, ancora, il beneficiary principle. Nonostante il proliferare delle eccezioni tolga vigore alla regola generale, la posizione tradizionale suggerisce ancora che il trust è un istituto che impinge nel diritto di proprietà e che esso instaura un rapporto di tipo proprietario: le obbligazioni del trust sono dirette verso i beni e deve necessariamente esistere un soggetto, persona fisica, che trae vantaggio da quelle obbligazioni.

Il beneficiario ha diritti che, secondo i sistemi di diritto proprietario di *common law*, formano una sorta di proprietà, anche se essi in altri sistemi giuridici appartengono ad altre aree del diritto, cioè ai diritti di obbligazione e ai diritti personali. L’unica eccezione a questo sistema è rappresentata dal *charitable trust*. Secondo la lettura di Matthews, non è possibile aggirare la necessaria presenza del beneficiario con la previsione di un soggetto, l’*enforcer*, legittimato a pretendere l’adempimento delle obbligazioni del trustee: *trust beneficiary* e *trust enforcer* sono la stessa persona nel senso che il beneficiario è anche necessariamente colui che, ad esclusione di chiunque altro nei trust con beneficiari, può esigere l’adempimento delle obbligazioni del trustee. Il nesso tra le due nozioni è

¹⁾ Re Endacot, (1960) Ch. 232. Su tale giurisprudenza e sulla revisione del beneficiary principle si veda PAWLOWSKY, *Purpose trust: obligations without beneficiaries?*, Trusts and trustees, www.trusts-and-trustees.com/library/v9no1a.htm. Sulle esigenze di riforma della disciplina dei charitable trusts si veda WARBURTON, *Charitable trusts: still going strong 400 years after the Statute of charitable uses, Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, edited by Hayton, The Hague-London-New York, 2002, p. 163.

inscindibile né può esistere un trust che, privo di beneficiari, sia valido in quanto abbia uno scopo, non *charitable*, e preveda la presenza di un soggetto legittimato a pretenderne l'esecuzione²⁾.

§ 3. La rilettura del “beneficiary principle” e l’affermarsi dell’“enforceability principle”. La nozione tradizionale di trust di scopo non *charitable* prevede che perché ci sia un’obbligazione derivante dal trust, è necessario e sufficiente che ci sia un soggetto, *enforcer*, che, nelle intenzioni del disponente, possa agire in giudizio per richiedere l’adempimento delle obbligazioni verso il trustee, sia esso il beneficiario o, dove questo manca, l’Attorney General (che tutela il pubblico interesse in materia di *charities*) o la Charity Commission.

Pertanto, secondo Hayton, il *beneficiary principle* va riletto alla luce dell’*enforceability principle* secondo il quale le corti inglesi non possono ritenere un trust inglese o straniero, privo di beneficiari, contrario ai propri principi né all’ordine pubblico qualora esso sia tutelabile in giudizio e oggetto di controllo (“*both enforce and control*”³⁾).

Nulla osta poi alla indicazione del disponente come primo *enforcer* del trust con la previsione di successivi *enforcers*. Il ruolo della corte è essenziale nella definizione della determinazione dei beneficiari, dato che essa ha poteri di assistenza nell’amministrazione del trust che possono integrare le indicazioni del disponente e rendere amministrabile, in favore di beneficiari determinati, un trust apparentemente nullo per indeterminatezza⁴⁾.

La fine della visione proprietaria dei diritti e della posizione dei beneficiari permette di rendere il trust di scopo, non *charitable*, compatibile con il diritto inglese. Il *beneficiary principle*⁵⁾ cede il posto all’*enforceability principle*.

Si noti che quanto più si estende la gamma dei beneficiari, tanto più diventa evanescente la *trust property* sulla quale essi hanno l’*equitable interest* e sembra piuttosto che essi siano titolari di un credito verso il *trustee* come meri *objects of power*. Il loro diritto non è infatti per nulla legato ai beni in trust, tanto che in alcuni casi non arriva mai ai beneficiari, ma si concreta in altre prerogative altrettanto importanti per la vita del trust, come il diritto di informazione, il diritto di vedere i documenti del trust, il diritto di rendiconto verso il trustee⁶⁾. Prerogative che, nell’ottica processuale della posizione beneficiaria e in generale, delle posizioni soggettive inerenti la proprietà che si concretano per il diritto inglese non solo o non per tutti (meglio, per un solo soggetto) in pretese

²⁾ MATTHEWS, *From obligation to property, and back again: the future of the non-charitable purpose trust, Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, op. cit., p. 229; *Id*, *Contract, trust and property*, Contr. Impr. Europa, 2003, p. 958 ss.

³⁾ *Re Astors*. S.T., 1952 Ch 534, a p. 542.

⁴⁾ Cfr. *Mc Phail v. Doulton* 1971 AC 424, p. 450, che riguarda un trust discrezionale in favore di impiegati e dipendenti, anche passati, di una società e loro parenti e dipendenti.

⁵⁾ *Morice v Bishop of Durham*, (1804) 9 Ves 399, a pp. 404-405.

⁶⁾ *Hartigan Nominees Pty Ltd. V Rydge* 1992, NSWLR 405; *Re Rabaiotti’s Settlements*, 2000, Jersey LR 173.

dirette verso il bene, sono altrettanto sostanziali e idonee a formare il sostrato “proprietario” della posizione dei beneficiari⁷⁾.

Dunque, se il trust, ancorchè istituito per una finalità, è istituito a vantaggio diretto o indiretto di una o più persone, allora il *beneficiary principle* è rispettato perché esso è violato non già dalla presenza della finalità, ma solo dall’assenza di un soggetto legittimato a richiedere l’adempimento delle obbligazioni al trustee⁸⁾. Quindi, se il trust è creato in modo da avvantaggiare persone specifiche (che possono porre fine al trust e ottenere i beni), allora esso è valido: ma se il vantaggio delle persone non è il fine principale e diretto ma solo indiretto in quanto la modalità di godimento dei beni per i beneficiari deriva solo dal conseguimento di una finalità, allora il trust è nullo.

Inoltre, un dato proprietario sufficiente è la possibilità di azionare il *tracing* per recuperare i beni in trust, o i beni nei quali essi sono stati trasformati. Ma questo diritto di sequela di stampo proprietario non prova la necessità della presenza del legittimari: esso infatti non è esclusivo dei beneficiari, ma spetta anche ai trustees di trust *charitable* che sono proprietari dei beni in trust e soggetti alle obbligazioni azionabili dall’Attorney General o dalla Charity Commission.

Insomma, la componente proprietaria indispensabile per il trust di scopo non *charitable* è che esista un *enforcer*, espressamente indicato nell’atto di trust, che provveda alla esecuzione delle finalità. L’obbligazione derivante dal trust permette alla corte di ottenerne l’adempimento richiesto dall’*enforcer* e permette il controllo sul trustee. Oggi un trust di scopo è valido se il disponente nomina un *enforcer* a condizione che il trust sia amministrabile e in accordo con le regole massime di durata⁹⁾.

Il caso può essere quello di un trust istituito per il perseguimento degli interessi del partito dei Conservatori del quale può esigere l’adempimento il leader del partito stesso. In questo caso il trust prevede: a) che un soggetto, l’*enforcer*, possa agire contro l’inadempimento del trustee; b) che il trustee sia soggetto ad obbligazioni il cui adempimento può essere richiesto dall’*enforcer*; c) che la corte possa condannare all’adempimento delle obbligazioni del trust, richiesto dall’*enforcer*.

⁷⁾ Diritto inglese e diritto continentale hanno infatti una visione radicalmente diversa della coesistenza di diritti sullo stesso bene: in *common law* i diritti gravano sugli *estates* (che rappresentano solo le posizioni processuale dei soggetti titolari di prerogative su un bene, davanti al giudice, di equità o di *common law*), e non sul bene. Inoltre, un solo soggetto può essere titolare dell’*estate* che comporta un rapporto giuridico diretto con il bene, perché i diritti sul bene spettano ad un soggetto per volta (LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trust, Europa e dir. priv.*, 1998, I, pp. 431-432; *Id.*, *Trusts, op. cit.*, pp. 181-293).

⁸⁾ Re Denley (1969) 1 Ch 373.

⁹⁾ HAYTON, *Developing the obligation characteristic of the trust, Trusts*, 2001, pp. 501-502, che richiama la sect. 12 (B) del Bermudan Trust (Special Provisions) Act 1989, secondo il quale la corte nel caso di un trust di scopo può condannare all’adempimento delle obbligazioni nascenti dal trust qualsiasi persona indicata nell’atto istitutivo, il disponente, il trustee o qualsiasi altra persona che la corte ritenga abbia un interesse rilevante all’adempimento di tali obbligazioni

Il *beneficiary* e l'*enforcer* però, non si identificano: secondo Hayton, dal caso *Re Denley's Trust Deed*¹⁰⁾ è possibile argomentare che, anche in assenza di beneficiari, qualora il disponente nomini espressamente o implicitamente un soggetto come legittimato a pretendere l'adempimento delle obbligazioni del trustee, il trust è valido¹¹⁾.

Emerge dunque, un dato importante: il vantaggio prodotto dai beni in trust può essere destinato a persone fisiche in modo diretto, nei trust con beneficiari, e in modo indiretto, ciò che integra il caso del trust di scopo, nullo secondo la lettura più rigorosa, valido secondo la visione più liberale, in quanto comunque attributivo, per mezzo di una finalità, di utilità a persone fisiche.

Proprio a causa della rivisitazione critica della posizione dei beneficiari, della revisione della loro forte connotazione proprietaria e della loro pretesa sui beni in trust, ed in forza di una nuova lettura della nozione di trust di scopo non *charitable*, la materia è ad oggi ancora oggetto di profonda riflessione soprattutto relativamente alla determinatezza dei destinatari delle attribuzioni (*certainty of objects*); alla possibilità di richiedere al trustee l'adempimento delle sue obbligazioni (*enforceability*)¹²⁾ ed alla natura sostanziale dello scopo (*substantive purpose*)¹³⁾.

Tale ultimo elemento solleva problemi particolari: infatti, da parte di alcuni si sostiene che un trust che ha lo scopo di detenere partecipazioni in una società, in realtà, sia privo di una finalità sostanziale. Infatti, la detenzione di partecipazioni sarebbe solo uno scopo interno al trust che indica come devono essere detenuti i beni in trust, ma nulla dica sulla finalità della gestione dei beni stessi. E la conseguenza è di non poco momento dato che se si ritiene che il fine sostanziale manchi, ci sarà un *resulting trust* per il disponente che si ritiene non abbia mai indicato una finalità e quindi mai disposto dei beni¹⁴⁾. E' necessario dunque, che il trust abbia un fine concreto, sostanziale, oltre a quello formalmente indicato nell'atto istitutivo, altrimenti esso è privo di causa ed è nullo, sia in common law che nel nostro ordinamento.

§ 4. La costruzione unitaria dei trust: declino del ruolo dei beneficiari e centralità del difetto equitativo del titolo proprietario del trustee. La teoria dei trust fondata sulla necessaria presenza dei beneficiari non può spiegare come nei trust che non li prevedono e che tuttavia non sono *charitable*, sia comunque possibile esigere ed ottenere l'adempimento delle obbligazioni alle quali è soggetto il trustee.

¹⁰⁾ 1969, 1 Ch.373. Altro caso citato a conforto della tesi della *enforceability* e contro il *beneficiary principle* è *Re Thompson*, 1934, Ch, 342.

¹¹⁾ Ma secondo Matthews il caso non dice questo e si tratta di una lettura forzata dei fatti.

¹²⁾ WATERS, *Protectors and enforcers: drafting the trust instrument-part II*, *Trusts*, 2003, p. 356.

¹³⁾ Si noti che il punto è acutamente sottolineato dall'ordinanza triestina; Trib. Trieste, decreto 23 settembre 2005, Guida al dir., 2005, p. 61.

¹⁴⁾ Egerton-Veron, *Nature of a purpose trust*, www.trusts-and-trustees.com/library/v4n2.htm; CAMPBELL, *Purpose trust revisited*, www.trust-and-trustees.com/library/v5n4.htm, p. 3.

Un risultato coerente con la lettura più liberale dei trust di scopo, e con le stesse esigenze del diritto dei trust, ribalta l'ottica tradizionale e pone al centro del trust non più i beneficiari, ma il trustee e il suo titolo di appartenenza. Il difetto equitativo del titolo del trustee, che nei trust con beneficiari si completa con la loro porzione di posizione equitativa, nei trust di scopo non è completato dalla posizione equitativa di alcun altro soggetto.

La costruzione unitaria del trust può fondarsi solo sull'abbandono della visione del trust come struttura nella quale dato essenziale sono i beneficiari, dato che questi possono mancare. Dato essenziale è invece il difetto di pienezza equitativa del titolo di appartenenza del trustee che può essere vantato dal titolare di un interesse proprio, il beneficiario, o dal titolare di un interesse pubblico nei trust *charitable*. L'oggetto della pretesa del beneficiario riguarda il diritto del trustee, perciò il profilo proprietario esiste ma riguarda il trustee e non il beneficiario. Il beneficiario non ha diritto di conseguire l'oggetto del trust¹⁵⁾, nemmeno nel caso di *bare trust* che è quello di massima pienezza della sua posizione equitativa, perché per ottenere l'oggetto del trust, deve porre fine allo stesso ed acquisirà l'oggetto del trust non in qualità di beneficiario¹⁶⁾.

La revisione critica della nozione di trust, è fondata sulla obbligazione del trustee, sull'oggetto della pretesa giudiziale di alcuni soggetti, e non sulla nozione di proprietà beneficiaria o di pretese di soggetti verso la trust *property*. E ciò sembra coerente con la costruzione delle prerogative proprietarie in *common law*, nella quale l'ottica dominante è quella processuale, fondata da un lato sulle pretese da attivare e sui soggetti titolari di obbligazioni fiduciarie e di poteri e dall'altro, sui soggetti legittimati ad esigere l'adempimento delle obbligazioni stesse¹⁷⁾.

§ 5. La corsa al trust di scopo nel modello internazionale. Proprio per superare le strette poste dal diritto inglese alla figura del trust di scopo non *charitable*¹⁸⁾, il mercato delle legislazioni *offshore* si è arricchito di interventi specifici tutti tendenti al riconoscimento della piena legittimità

¹⁵⁾ LUPOLI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 297.

¹⁶⁾ Tale lettura si deve a LUPOLI, *op. cit.*, pp. 206-209; 286-303.

¹⁷⁾ MATTHEWS, *Contract, trust, property*, *Contr. impr. Eu.*, 2003, pp. 965-967; MATTEI, *La proprietà, Tr. di dir. civ.*, diretto da Sacco, Torino, 2001, pp. 255-257.

¹⁸⁾ In questa direzione si è mossa già la Convenzione de l'Aja all'art. 2 prevede il trust di scopo, richiedendo solo che il fine sia specifico. Anche i Principles of European trust law prevedono all'art. 1 che il trust possa perseguire anche una finalità. All'art. 4 si prevede che il trust di scopo (dove le finalità sono indicate dal disponente) abbia un *enforcer*. E si prevede che qualora il disponente non crei diritti inerenti tutti i beni in trust, il trustee è proprietario dei beni nell'interesse del disponente o dei suoi eredi (*automatic resulting trust* per il disponente). Inoltre, al pari dei beneficiari, l'*enforcer* nel trust di scopo ha diritto di informazione e diritto di chiedere il rendiconto al trustee. L'*enforcer* ha inoltre diritto di agire giudizialmente per l'adempimento delle obbligazioni nascenti dal trust.

di trust di scopo anche non charitable¹⁹⁾: così le Cook Islands, il Belize, Niue, Jersey²⁰⁾, l'Isola di Man²¹⁾, Bermuda, Bahamas²²⁾).

Alcune caratteristiche sono ricorrenti: i trust di scopo, *charitable* e non, sono esenti da limiti di durata (per tutti i trust, anche non di scopo, solo Nauru, Turks and Caicos e Anguilla. Nelle altre legislazioni *offshore*, per i trust non di scopo, il disponente determina la durata del trust entro i limiti legali o individua eventi per la cessazione anticipata del trust).

Vi è un soggetto pubblico che assicura l'esecuzione delle obbligazioni da parte dei trustees; lo stesso disponente indica chi è il soggetto legittimato (e può indicare anche sé stesso); vi sono sempre più trustees di cui uno locale e la documentazione dell'attività del trust deve essere conservata nello Stato la cui legge regola il trust.

¹⁹⁾ Sull'evoluzione del trust di scopo nel modello internazionale si vedano: LUPOLI, *op. cit.*, pp. 390-394; DAVIES, *Trusts with a purpose*, www.trusts-and-trustees.com/library/trusts_purpose.htm; EGERTON-VERTON, *Nature of a purpose trust*, www.trusts-and-trustees.com/library/v4n2.htm, *Non-charitable purpose trusts: the offshore response*, www.trusts-and-trustees.com/library/v6no1.htm; LA TORRE, *Isola di Man- Purpose Trust Act*, www.il-trust-in-italia.it/Relazioni%20a%20Convegni/contributi%20dei%20soci.

²⁰⁾ GOULD, *Jersey and non-charitable purpose trusts: the product of an evolutionary process?*, 1996 *JintPl*, vol. 5, no. 2, p. 87 ss.

²¹⁾ Il Purpose Trust Act del 1996 prevede la realizzazione di uno o più scopi specifici; esclusi i trust a vantaggio di persona specifica anche non immediatamente determinabile, a vantaggio di persone individuate in ragione di un qualche rapporto personale, e trust *charitable*. La durata non può essere superiore a 80 anni; lo scopo deve essere certo, ragionevole, possibile, lecito e non contrario all'ordine pubblico. Il trust è istituito per atto formale o testamento e prevede la nomina di almeno due trustees uno dei quali "persona qualificata", la nomina di un *enforcer*, soggetto indipendente e terzo rispetto ai trustees e l'individuazione della causa al verificarsi della quale il trust termina.

²²⁾ Il Purpose Trust Act del 2004 all'art. 3.1 prevede tra le finalità perseguibili anche la detenzione di partecipazioni sociali. Il trust ha una legittima (*authorised purpose*) finalità, se essa è possibile e sufficientemente certa tanto da permettere la gestione del trust; lo scopo non deve essere contrario all'ordine pubblico o illecito per la legge di Bahamas. Soddisfatti questi requisiti, il trust di scopo può essere di reddito o capitale su qualsiasi bene, essere un trust discrezionale o prevedere l'attribuzione di poteri discrezionali. Le regole sulla durata massima dei trust (*rule against perpetuities*) non si applicano. Nel caso di indeterminazione relativa all'amministrazione di un trust di scopo, il trust non è nullo. L'atto può dare al trustee o ad un'altra persona il potere di risolvere l'incertezza sull'amministrazione. Se l'incertezza permane, la corte può rideterminare i termini del trust, nel caso in cui ci sia la prova che in quel modo si realizzano le finalità del trust: ma se tale prova non è raggiunta, il trust è dichiarato nullo. Vi sono una serie di soggetti (*authorised applicants*) che hanno dei diritti sui beni oggetto del trust di scopo, come il diritto di adire le corti e ottenere provvedimenti, di agire in giudizio per ottenere provvedimenti relativi all'amministrazione, all'inadempimento del trustee, di agire per il recupero dei beni in trust, di ottenere altri provvedimenti contro il trustee o altri soggetti: insomma, gli stessi diritti dei beneficiari di un trust con beneficiari. Sono legittimati: le persone indicate nell'atto, il disponente, se non previsto diversamente nell'atto, e ogni altra persona che la corte dichiara avere un interesse patrimoniale o non inerente al perseguimento della finalità. L'atto istitutivo può attribuire al trustee o ad altra persona il potere di riformare i termini del trust nel caso in cui il fine diventi impossibile, irrealizzabile, illecito o contrario all'ordine pubblico, obsoleto nel senso che, essendo mutate le circostanze, non realizza più lo scopo generale del trust. In questo caso, il trustee e ogni soggetto autorizzato, possono ricorrere al giudice perché riformi il trust e lo renda compatibile con la realizzazione delle finalità. In caso contrario, il giudice pone termine al trust e provvede per i beni che residuano secondo quanto ritiene opportuno se non previsto diversamente dall'atto. La legge è pubblicata su *Trusts*, 2005, p. 291. Anche la recente legge della Repubblica di San Marino prevede che il trust possa perseguire uno o più scopi; che lo stesso atto istitutivo possa istituire trust con beneficiari e trust di scopo; che l'atto istitutivo deve contenere l'enunciazione dello scopo, l'individuazione del guardiano o i criteri che conducono all'individuazione del guardiano. All'art. 7 si prevede che l'atto istitutivo di un trust di scopo contenga l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume; la nomina di un guardiano che ha l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo, o i criteri che conducono alla medesima. Per l'art. 8, l'estratto dell'atto istitutivo formato dal trustee deve contenere l'indicazione della natura di trust di scopo o di trust misto, di scopo e con beneficiari. Il trust è inoltre nullo se mancano le disposizioni relative a indicazioni dello scopo e individuazione del guardiano. La legge è pubblicata su *Trusts*, 2005, p. 436.

Vige il *favor validitatis* del trust di scopo: nel caso di mancanza di beneficiari, un trust il cui scopo non sia *charitable* per errore dell'atto istitutivo, è comunque valido come trust di scopo.

Inoltre, in forza della *cy-pres doctrine*, se le finalità *charitable* non possono essere realizzate, la corte ha il potere di emettere un provvedimento che permetta il perseguimento di finalità alternative, coerenti con le intenzioni originali del disponente.

Per tutti i trust di scopo, questo deve essere lecito, possibile e determinabile.

Per tutte le legislazioni (eccetto Bermuda), è prevista la presenza di un *protector*, (chiamato anche *enforcer, designated person*), legittimato contro i trustees ad esigerne l'adempimento; i trust possono essere anche discrezionali e nell'atto si trova la previsione relativa alla destinazione finale dei beni.

Emerge con chiarezza come sia centrale il ruolo del soggetto legittimato ad attivarsi contro l'inadempimento del trustee. Si noti che a Bermuda non è necessario che ci sia un soggetto legittimato a richiedere l'adempimento del trustee, se l'atto prevede in modo contrario ad esempio nel caso che il disponente si voglia definitivamente spogliare di qualsiasi prerogativa sui beni e non abbia alcun interesse futuro sugli stessi; inoltre, il termine di durata è 100 anni ma il disponente può individuare un evento che ponga fine al trust e provvedere per i beni residui. Proprio a Bermuda, si sta pensando ad un emendamento che espressamente preveda il requisito della indipendenza dell'*enforcer*.

Il ruolo del Guardiano quindi, risulta non solo espressamente disciplinato, ma anche dotato di poteri particolarmente pregnanti: in Belize è detto espressamente che esso è soggetto ad obbligazioni fiduciarie verso lo scopo del trust. Generalmente, il guardiano è compartecipe nella realizzazione dei compiti del trustee ed è obbligato fiduciario (tranne in caso gli vengano conferiti poteri personali) e non può agire nel suo interesse né in conflitto di interessi²³), è pertanto legittimato ad agire o intervenire nei giudizi relativi all'amministrazione del trust.

La legge di Jersey regola il ruolo dell'*enforcer* all'art. 12: egli pretende l'adempimento delle obbligazioni relative al perseguimento dello scopo, verso il trustee. La nomina non comporta l'assunzione del ruolo di trustee, anzi la nomina come trustee ha l'effetto di far venir meno immediatamente quella di *enforcer*. L'*enforcer* ha gli stessi diritti di informazione su atto istitutivo e conti del trust, che avrebbero i beneficiari e può richiedere al giudice indicazioni sull'amministrazione del trust. Lo stesso soggetto non può essere *enforcer* e *trustee*, anzi la nomina di *trustee* della stessa persona, fa decadere immediatamente quella di *enforcer*²⁴).

²³) *Sofimeca v Kleinwort Benson (Jersey) Trustee Limited*, 13 July 1992, inedita.

²⁴) Si noti ciò che sapientemente scrive il giudice del Tribunale di Trieste: "i doveri del guardiano, come quelli del *trustee*, sono dettagliatamente previsti nell'atto di *trust*: rimane una lacuna, integrabile ai sensi dell'art. 1374 cod. civ., nel senso che al difetto di espressa previsione dell'obbligo del *trustee* di consentire al guardiano di accedere alla documentazione contabile (trattandosi di *trust* di scopo non caritatevole) supplisce l'immediata e necessitata applicazione della norma (apparentemente inderogabile) di cui all'art. 25, lett. d), ultimo inciso, della *Trust Jersey law*

Il modello internazionale del trust di scopo giunge però in alcune leggi a risultati poco rassicuranti che sembrano snaturare quasi integralmente la fisionomia del trust²⁵): è il caso dello Special Trusts (Alternative Regime) Law, Cayman Islands, 1997, sect. 7 e del cosiddetto STAR trust. In esso, il beneficiario non ha azione per ricevere ciò di cui ha diritto né contro il *trustee* né contro il guardiano (*enforcer*). Contro il trustee può però agire il guardiano. Ma il guardiano non è comunque tenuto ad agire per l'esecuzione della disposizioni del trust. Infatti, la sua legittimazione attiva può essere attribuita dall'atto come diritto o dovere. Quindi, se il trustee è inadempiente e a fronte di un guardiano inadempiente, non possono agire i beneficiari ma il solo trustee che può chiedere al guardiano di proporre azione contro sé stesso. La figura del guardiano è stravolta perché normalmente i suoi poteri fiduciari devono essere diretti verso un destinatario, siano essi i beneficiari o lo scopo del trust; le figure e le responsabilità di trustee e guardiano devono essere distinte né il guardiano può esonerare da responsabilità il trustee. Il guardiano deve valutare autonomamente l'esecuzione dei propri doveri fiduciari anche in contrasto con le valutazioni del trustee e proprio perché il guardiano non ha né può avere alcun interesse, nemmeno morale, nella gestione del trust, il suo giudizio prevale su quello del trustee.

Un caso a Bermuda ha affermato l'insindacabilità dei comportamenti del guardiano (tranne in caso di *fraud*) la cui decisione di revocare il trustee era stata da questi impugnata²⁶).

§ 6. Due interessanti casi della giurisprudenza offshore. Non è sempre agevole determinare se il trust sia con beneficiari o di scopo: l'atto istitutivo di trust che attribuisca al trustee il compito di individuare i beneficiari, circoscrivendo tale discrezionalità alle sole organizzazioni e ai progetti senza fini di lucro, già indicando un destinatario nell'atto istitutivo, non costituisce un "*pure purpose trust*" e quindi non è nullo ma semmai è qualificabile come *charitable trust* per i suoi legami con una fede religiosa.

Il caso riguarda una società internazionale con sede alle Bahamas che istituisce un trust con i capitali ricavati da una transazione su una lite in California. L'atto istitutivo nomina beneficiari qualsiasi organizzazione o progetto senza fine di lucro scelti dal trustee e tra i beneficiari viene indicata un'organizzazione religiosa non profit. Il trust è a tempo indeterminato. Non si tratta di *purpose trust* perché l'espressa indicazione nell'atto istitutivo di uno dei beneficiari non pregiudica la scelta del trustee relativamente a tutti gli altri potenziali beneficiari. Poiché sono sufficientemente precisati i termini per l'individuazione dei beneficiari, il trust è con beneficiari, individuabili, e non

1984, come novellata (*amendment n.3*)"; Trib. Trieste, decreto 23 settembre 2005, *Guida al dir.*, 2005, p. 62.

²⁵) Sulle nuove frontiere del trust di scopo si vedano le considerazioni di WATERS, *Reaching for the sky: taking trust law to the limit, Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, *op. cit.*, p. 249 ss.

²⁶) Von Knieriem v Bermuda Trust Company, 1994.

di scopo. Peraltro, anche se si trattasse di un trust di scopo, non sarebbe nullo perché sarebbe valido come trust *charitable*, avendo alla base motivazioni religiose e stretti legami col credo induista²⁷).

Ancora: non sempre la generica finalità benefica coincide con la restrittiva nozione di *charitable purpose*.

La semplice possibilità prevista dall'atto istitutivo di destinare i beni in trust a soggetti che agiscono per il bene pubblico ma non necessariamente per finalità *charitable*, rende il trust non *charitable* e, se privo di termine finale di durata, nullo per violazione delle regole *against perpetuities*.

La nullità del *charitable* trust comporta il sorgere di un *resulting trust* per il disponente o, se defunto, per i suoi eredi. Dalle premesse dell'atto istitutivo poi, si deduce che i trustees possono anche compiere elargizioni in favore di persone meritevoli, ciò che non solo esclude la finalità *charitable* ma getta un'ombra di sospetto sulle reali finalità benefiche del trust che sembra in realtà essere stato istituito per proteggere il patrimonio di un soggetto, la cui società era in difficoltà, dalle pretese di creditori.

E' regola certa che la sola possibilità per i trustees di impiegare beni o redditi del trust anche per finalità che con certezza non possono essere ritenute *charitable*, li rende trust ordinari²⁸).

§ 7. La distinzione tra trust con beneficiari e trust di scopo: l'importanza della redazione dell'atto istitutivo. La distinzione tra trust con beneficiari e trust di scopo può a volte risultare ardua anche a causa della redazione non accurata dell'atto istitutivo²⁹) nel quale i vantaggi attribuiti ai beneficiari possono essere previsti soltanto come conseguenza della realizzazione di una o più finalità previste nell'atto istitutivo.

Le conseguenze della previsione nell'atto istitutivo del beneficio per persone fisiche solo mediamente o subordinatamente rispetto al conseguimento di uno scopo, può essere assai pericoloso perché può portare alla qualificazione in termini di trust di scopo di un trust che, nelle intenzioni del disponente e del redattore dell'atto istitutivo, avrebbe dovuto essere in realtà un trust con beneficiari.

E se le clausole del trust non prevedono la nomina di un "enforcer", come previsto all'art. 12 della legge di Jersey per i trust di scopo non benefico o di un guardiano, come stabilito dall'art. 11 della legge della Repubblica di San Marino per tutti i trust di scopo, il trust è nullo (o meglio, le

²⁷) *Sutton v Fedorowsky and others*, Bahamas, Supreme Court, sentenza 28 luglio 2000, *Trusts*, 2003, p. 291.

²⁸) *Attorney General of the Cayman Islands and others v Wahr-Hansen*, *Trusts*, 2001, 407. Spesso, è difficile accertare la vera natura *charitable* o meno dello scopo del trust, data anche la frequente e non sempre commendevole utilizzazione della struttura del trust di scopo in complesse operazioni finanziarie. Su tali impieghi si veda O'HAGAN-ANDRESON, *Purpose trusts and charitable trusts in securitisation and other structured finance transactions, Extending the boundaries of trusts and similar ring-fenced funds*, op. cit., p. 181.

²⁹) Sottolinea l'importanza della redazione dell'atto istitutivo anche per l'attribuzione di poteri a disponente e guardiano, WATERS, *Protectors and enforcers: drafting the trust instrument-part II*, *Trusts*, 2003, p. 354.

disposizioni relative ai beni per i quali il disponente non ha previsto in favore di beneficiari, sono nulle).

E, conseguenza ancor più grave per il disponente, il giudice può ritenere che il trustee sia proprietario dei beni per i quali non sono previste attribuzioni ai beneficiari, a titolo di “*automatic resulting trust*” a vantaggio del solo disponente³⁰) che quindi si ritiene non abbia mai validamente disposto dei beni in trust.

§ 8. La detenzione di partecipazioni azionarie Quando il trust ha per oggetto partecipazioni azionarie, la figura non può in alcun modo sovrapporsi al fenomeno dell’*intestazione fiduciaria*, né a quello dell’*interposizione di persona*: e questo prima di tutto ai fini della determinazione della nozione di controllo indiretto, che l’art. 2359 c.c. collega alla detenzione di diritti di voto da parte di società controllate, fiduciarie e persone interposte, per il dato fondamentale per cui il trustee non è soggetto nell’esercizio del diritto di voto alla volontà del disponente, contrariamente rispetto a quanto accade alla società fiduciaria che esprime il voto secondo le precise istruzioni del fiduciante. Né può applicarsi a tale fattispecie il criterio guida dettato per le società per azioni dall’art. 2361 c.c. che identifica la società finanziaria pura che esercita professionalmente ed esclusivamente l’attività di gestione di partecipazioni in altre imprese: l’assunzione di tali partecipazioni “anche se prevista genericamente nell’atto costitutivo, non è consentita, se per la misura e per l’oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l’oggetto sociale determinato dall’atto costitutivo. Ai sensi dell’art. 2361 comma 2 “l’assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall’assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa del bilancio.

Manca al trust ed anzi è la stessa negazione del concetto di trust, il dato strutturale di tutte le figure dell’*interposizione* e dell’*intestazione fiduciaria*: l’assenza di autonomia volitiva dell’interposto rispetto all’interponente, ciò che, qualora presente, integra la radicale nullità del trust. Qui rileva in particolare l’importanza dell’effetto segregativo sui beni posti in trust nei confronti del disponente che, una volta trasferite le partecipazioni, perde il controllo su di esse né può condizionare la loro gestione da parte del trustee: è il distacco definitivo ed effettivo dei beni dalla sfera soggettiva del disponente che permette di allontanare il trust dal fenomeno dell’*intestazione fiduciaria*.

§ 9. I trust per la detenzione di partecipazioni e il problema della natura sostanziale dello scopo. In forza di una nuova lettura della nozione di trust di scopo non *charitable*, la materia è ad oggi ancora oggetto di profonda riflessione soprattutto relativamente alla determinatezza dei

³⁰) Il punto è puntualmente sottolineato dal decreto triestino che parla di errore del disponente nel disporre delle posizioni beneficiarie; Trib. Trieste, *cit.*, p. 61.

destinatari delle attribuzioni (*certainty of objects*); alla possibilità di richiedere al trustee l'adempimento delle sue obbligazioni (*enforceability*) ed alla natura sostanziale dello scopo (*substantive purpose*).

Tale ultimo elemento solleva problemi particolari: infatti, da parte di alcuni si sostiene che un trust che ha lo scopo di detenere partecipazioni in una società, in realtà, sia privo di una finalità sostanziale. Infatti, la detenzione di partecipazioni sarebbe solo uno scopo interno al trust che indica come devono essere detenuti i beni in trust, ma nulla dica sulla finalità della gestione dei beni stessi. E la conseguenza è di non poco momento dato che se si ritiene che il fine sostanziale manchi, ci sarà un *resulting trust* per il disponente che si ritiene non abbia mai indicato una finalità e quindi mai disposto dei beni. Ecco perché diventa essenziale la previsione che si trova nelle leggi di ultima generazione sul NCPT (*non charitable purpose trust*) come quella di Bahamas (art. 3.1) secondo la quale il *non charitable purpose trust* può avere come scopo, esclusivo o meno, la mera detenzione di partecipazioni o quello di investimento in azioni di società a condizione che lo scopo sia possibile, sufficientemente certo, non contrario all'ordine pubblico o non illecito e che preveda l'evento che determina il termine del trust e disposizioni per il caso in cui al termine del trust vi siano beni residui. Analoga previsione si trova nella legge di Dubai del 2005 all'art. 31.

L'assenza dei beneficiari nel trust di scopo è particolarmente idonea a realizzare operazioni commerciali come operazioni di garanzia, costituzione di veicoli non consolidati, cartolarizzazioni, gestione di sindacati di voto, gestione di *family offices* (che prevedono l'istituzione di due trust: il trust di scopo che detiene le azioni con diritto di voto per il controllo della società e il trust con beneficiari quelle prive di diritti gestori e dotate di meri diritti patrimoniali) nelle quali l'esercizio dei diritti minimi dei beneficiari (come quelli di informazione e rendiconto) potrebbero ostacolare la realizzazione della finalità. I titolari della posizione soggettiva oggetto del trust non assumono mai la veste di beneficiari ma sono destinatari di prestazioni contrattuali da parte del trustee che non ha verso di loro obbligazioni fiduciarie.

§ 10. I trust nei gruppi di società, l'attività di direzione e coordinamento e il superamento della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies*. Nella materia dei gruppi di società, la legge stabilisce l'esercizio di attività di direzione e coordinamento in chi è tenuto al consolidamento o esercita il controllo ex art. 2359 c.c. formulando una presunzione (art. 2497 *sexies*) solo relativa, la quale ammette la contraria prova che, nonostante il controllo, la controllante non esercita sulle controllate alcuna attività di direzione e coordinamento.

Uno strumento efficace per rovesciare la presunzione può essere l'appostazione in bilancio della partecipazione come attivo circolante, anziché come immobilizzazione finanziaria; se però

nonostante questa appostazione di bilancio si prova che la controllante, di fatto, esercita sulla controllata una attività che presenta le caratteristiche di direzione e coordinamento, essa sarà assoggettata alle norme degli artt. 2497-2497 *quinquies*, sulla base della prova dello svolgimento effettivo di una tale attività.

Altra soluzione utile a rendere irrilevante il rapporto di controllo all'interno del gruppo e quindi a superare la presunzione presunzione è l'interruzione della catena di controllo attuata mediante l'inserimento fra la *holding* e una determinata società di un *trust* di scopo che è figura da non confondere, come si è visto, con l'intestazione fiduciaria o con l'interposizione di persona e che non dà luogo a controllo indiretto ai sensi dell'art. 2359 2° comma, giacché il *trustee* discrezionale non è sottoposto, nell'esercizio del diritto di voto, alla volontà del disponente, contrariamente a quanto accade per la società fiduciaria, che esprime il voto secondo le istruzioni del fiduciante o nello stesso *trust bare*, *trust nudo*, nel quale il *trustee* riceve, secondo quanto previsto nell'atto istitutivo, istruzioni vincolanti dal soggetto indicato dall'atto istitutivo, disponente, beneficiario o guardiano, alle quali deve, pena il suo inadempimento dell'obbligazione fiduciaria, sottostare. Il *trust* si allontana dal fenomeno dell'intestazione fiduciaria proprio in virtù dell'effetto segregativo imposto sui beni in *trust*, che è uno degli effetti minimi che il riconoscimento del *trust* ai sensi della Convenzione de l'Aja produce ai sensi dell'art. 11, norma di diritto sostanziale, in conseguenza del quale il disponente, una volta trasferite le partecipazioni al *trustee*, ne perde la proprietà e il controllo. Tale cesura effettiva e definitiva dei beni in *trust* dall'ambito dominicale e volitivo del disponente permette di differenziare nettamente il *trust* dall'intestazione fiduciaria, che si muove in un'area simile a quella di mandato rigido e *trust bare*, in punto di eterodirezione, ancorché quest'ultimo se ne differenzi nettamente in punto di segregazione patrimoniale.

Tanto nel caso delle società fiduciarie quanto in quello del *trustee* di *trust bare* la prova contraria dell'esercizio di attività di direzione e coordinamento rilevante ai fini del superamento della presunzione di cui all'art. 2497 *sexies* è *in re ipsa*: discende dal fatto stesso che, per loro intrinseca natura, l'una e l'altro, sebbene intestatari del pacchetto azionario o della quota sociale, in quanto tali abilitati ad esercitare i diritti sociali, agiscono tuttavia quali meri esecutori di istruzioni ricevute dai rispettivi fiducianti o nel *trust* dai disponenti, dai beneficiari o dai guardiani (a seconda dei soggetti ai quali l'atto istitutivo di *trust* attribuisce il potere di dettare le istruzioni sull'esercizio del diritto di voto), non già nell'esercizio di una propria attività di direzione e coordinamento.

Il problema che a loro riguardo può porsi quindi, è analogo a quello posto dall'art. 2497 *bis* della rivelazione della identità del fiduciante, su richiesta di chi intende agire a norma dell'art. 2497 1° comma o di chi intende esercitare i diritti o adempiere i doveri di cui agli articoli successivi. E si intende che, ove le istruzioni impartite alla società fiduciaria o al *trustee* appaiano, in sé e per sé,

manifestamente pregiudizievoli, onde l'una o l'altra risulti avere agito nella consapevolezza della loro dannosità, essi potranno essere chiamati o rispondere in solido con il fiduciante a norma dell'art. 2497 2° comma. Si noti però che l'operatività della norma va coordinata con la regola propria del diritto dei trust che impone al trustee l'obbligo di riservatezza nei confronti dei terzi: la previsione si trova da ultimo nella recente legge sui trust della Repubblica di San Marino (art. 26) che vieta espressamente al trustee, salvo per quanto previsto dalla legge e dall'atto istitutivo, di rivelare a terzi in nessun tempo le informazioni delle quali è in possesso in ragione del proprio ufficio.

§ 11. Il potenziamento dell'effetto segregativo. In alcuni casi è l'effetto segregativo prodotto dal trust che viene massimizzato ma non già, come normalmente accade, applicandolo ai beni in trust rispetto al patrimonio del trustee, bensì nei confronti delle pretese economiche di altri soggetti che a diverso titolo intervengono nell'operazione e che assumono la veste di destinatari dei beni in trust (*object of power*) nei trust di scopo, solo al termine dell'operazione economica che coincide con il termine del trust, momento in cui i beni in trust vengono a loro attribuiti: si tratta dunque di beneficiari (non *beneficiaries*), in senso atecnico dato che il trust di scopo è proprio caratterizzato in negativo, dall'assenza di beneficiari, del tutto particolari che durante la vita del trust non possono e non devono esercitare quei diritti che normalmente loro spettano (come il diritto di rendiconto e di informazione), i cui creditori personali non possono vantare alcuna pretesa, come invece ben potrebbero fare se fossero beneficiari di un trust ordinario. L'assenza in capo ai destinatari dei beni nei trust di scopo sino al termine del trust, dei normali diritti dei beneficiari, comporta anche un ulteriore vantaggio dettato dall'impossibilità che questi possano richiedere informazioni sull'andamento del trust, e dunque indirettamente su quello dell'operazione economica per la quale il trust viene istituito, così assicurando all'operazione il massimo della riservatezza. Terzo, ma non meno importante, vantaggio è offerto dal fatto che tali operazioni attuate dal trustee non devono essere consolidate nel bilancio di gruppo, come invece accadrebbe qualora fossero gestite da una società controllata, non essendo a nessun fine il trust assimilabile a tale società: non viene dunque attratta l'applicazione del regime dettato dal d. legisl. 9 aprile 1991 n. 127 che prevede l'obbligo di consolidamento in capo all'impresa che controlla ai sensi dell'art. 2359 c.c. e comunque che ha il diritto di esercitare un'influenza dominante ovvero che controlla in base ad accordi con altri soci, la maggioranza dei diritti di voto. Inoltre, la presenza di un soggetto, il trust, che non richiede *incorporation* come la società controllata, permette alla controllante di essere presente in uno stato estero senza necessità di una stabile organizzazione. Vediamo allora praticamente quali sono le fattispecie alle quali l'operazione descritta può attagliarsi:

§ 12. Operazioni di finanza straordinaria: il trust super-holding. Si tratta di realizzare ad esempio di operazioni straordinarie della società, acquisizioni, fusioni o genericamente integrazioni fra gruppi societari, nelle quali è necessario garantire che i terzi, e nel nostro caso tipicamente i beneficiari, intervengano nell'operazione economica prima del suo completamento, e secondariamente che tutte le parti coinvolte rispettino gli accordi necessari al successo dell'operazione. Il caso può verificarsi nel seguente modo: due gruppi di società a capo dei quali stanno due holdings intendono integrarsi tramite una serie di operazioni distinte ma collegate che possono comprendere la costituzione di una nuova holding, la fusione tra società appartenenti ai due gruppi, la stipulazione di accordi commerciali, la liquidazione di alcune società ed il trasferimento dell'attivo ad altre, la nomina di amministratori nelle società coinvolte ed infine, al termine dell'operazione, la distribuzione delle azioni della nuova holding alle due holdings originarie a capo dei due gruppi. Il trust si colloca in tale operazione in funzione di super-holding, dunque nel nostro esempio sostituisce la creazione della holding da parte dei due gruppi: al trust vengono trasferite le azioni delle società controllate dalle holdings che rimangono prive di qualsiasi partecipazione ed al trustee, al quale normalmente si affianca un guardiano il cui consenso deve essere richiesto, viene affidato il compimento di tutte le operazioni necessarie, con il vantaggio di interporre un soggetto terzo rispetto alle parti che assicura il perseguimento imparziale dell'operazione impedendo ad esempio che questa fallisca per il mutamento delle intenzioni di una delle parti ovvero per il tentativo di modificare gli accordi originari magari a causa della situazione di vantaggio nella quale essa si trova. Nel frattempo però, le pretese dei creditori nei confronti del patrimonio delle due holdings, che è stato svuotato quando le azioni sono state poste in trust, non sono affatto eluse perché esiste a garanzia dei loro crediti il credito che essi vantano nei confronti del trustee: al termine dell'operazione economica e dunque allo scioglimento del trust, si verifica l'attribuzione delle azioni alla nuova holding il cui patrimonio è garanzia di tali crediti. Normalmente dunque, quando l'operazione economica non suggerisce la presenza di società controllate, l'interposizione del trust consente di tenere distinte le azioni con diritti di voto in capo al trustee, da quelle che attribuiscono diritti a percepire i dividendi che si trovano per il periodo necessario al completamento dell'operazione, di fatto nella condizione di non appartenere a nessuno, dato che i loro titolari sono del tutto assenti essendo il trust di scopo privo dei soggetti che normalmente sarebbero destinatari delle utilità economiche del trust, i beneficiari destinatari dei dividendi delle società, e destinati a divenire soggetti destinatari dei beni in trust solo al termine di esso.

§ 13. Il trust misto, di scopo e con beneficiari, previsto legge della Repubblica di San Marino per il passaggio generazionale dell'azienda di famiglia. Altra applicazione assai interessante del trust in ambito societario riguarda la gestione efficiente del passaggio generazionale dell'azienda di

famiglia incorporata in partecipazioni societarie. A questa vocazione del trust societario rispondono tutte quelle leggi di nuova generazione che prevedono espressamente la figura del *non charitable purpose trust* (NCPT) che, superando le strettoie della finalità legittima solo se benefica del trust del modello inglese, ha tipicamente la funzione di gestire il controllo, detendendo le azioni dotate di diritto di voto, abbinandosi ad un trust con beneficiari (i membri della famiglia) che invece detiene le azioni prive di diritti gestori ma munite di diritti patrimoniali che permettono ai familiari dell'imprenditore di ricavare dalle partecipazioni le utilità economiche che ne assicurano il mantenimento e poi la destinazione del capitale, senza interferire nella gestione del controllo, affidata a soggetti qualificati, e quindi senza compromettere la gestione efficiente della società. Una interessante opportunità è oggi offerta dall'art. 2 comma 4 della legge della Repubblica di San Marino sui trust prevede che "lo stesso atto istitutivo di *trust* può istituire *trust* con beneficiari e *trust* di scopo": la previsione sembra particolarmente adatta a regolare il problema della successione nell'impresa di famiglia quando questa è organizzata in forma societaria.

La prassi seguita nei *trust* del modello internazionale, in particolare in forza di leggi particolarmente sensibili al tema dell'efficace gestione del controllo di pacchetti azionari di società familiari quali quelle di Jersey, Bahamas, Bermuda e da ultimo Dubai, vede la necessaria creazione di due distinti *trust*: uno, di scopo, finalizzato all'esercizio del controllo azionario e al passaggio dello stesso nelle varie generazioni; l'altro, con beneficiari, nel quale le azioni prive di diritto di voto spettano ai familiari. L'intenzione del disponente di assicurare i benefici economici della società di famiglia ai suoi discendenti deve coniugarsi con quella, a volte antitetica, della preservazione del valore dell'impresa e potrebbe essere pregiudicata dalla mera istituzione di un *trust* con beneficiari in cui gli stessi familiari detengono sia i diritti patrimoniali che quelli gestori sulla società.

Ecco perché diventa essenziale la presenza di un *non charitable purpose trust*, oggi sempre più frequente nelle leggi del modello internazionale, nel quale l'esercizio dei diritti di voto relativi alle azioni conferite in *trust* spetta ad un *trustee*, o ad un collegio di *trustees*, professionale, accanto alla creazione di un *trust* tradizionale con beneficiari di reddito e capitale. La necessaria assenza dei beneficiari è motivata dal fatto che essi, in quanto titolari di diritti insopprimibili quali quello al rendiconto e all'informazione, potrebbero attivare tali pretese nei confronti del *trustee* così pregiudicando la realizzazione della finalità del *trust* divisata dal disponente.

E' chiaro quindi, come la norma della legge di San Marino offra una nuova e interessante opportunità, che le attribuisce un vantaggio competitivo anche nei confronti delle altre leggi di ultima generazione, consentendo l'istituzione contestuale dei due tipi di *trust* che in altre legislazioni richiederebbero atti separati.

§ 14. La riforma di Guernsey. Inoltre, a conferma della tendenza delle leggi del modello internazionale a recepire il trust di scopo anche per finalità non benefiche, si dà atto che il *Review of Trust Law in Guernsey, Preliminary Report*, del 9 settembre 2005, prevede la riforma della legge nel senso della introduzione del *non charitable purpose trust* e ne sottolinea le potenzialità applicative proprio in tema di passaggio generazionale di società familiari (oltre che per generali esigenze del traffico giuridico e per l'attrazione di investimenti stranieri). Sempre a Guernsey, il Progetto di legge del 2007 in attesa di approvazione da parte del Privy Council, prevede all'art. 12 la figura del *non charitable purpose trust*: deve essere istituito con atto scritto, con la necessaria presenza di un *enforcer* che non può coincidere con il trustee e rispetto al quale viene espressamente (art. 13) e dettagliatamente disciplinato il problema del conflitto di interessi, vietando qualunque attività che possa arrecare vantaggi all'*enforcer* salve le eccezioni stabilite dalla legge.

§ 15. I trust per la gestione di patti di sindacato. Dal punto di vista della struttura, il trust che gestisce un sindacato azionario può essere un trust di scopo o con beneficiari a seconda delle finalità che si intendono realizzare: tra le finalità che l'art. 2341 *bis* oggi attribuisce ai patti parasociali (stabilità degli assetti proprietari e governo della società) il trust di scopo si adatta a gestire l'esercizio del controllo, sindacati di blocco (che pongono limiti al trasferimento di azioni o partecipazioni), la reazione ad una scalata ostile. Si tratta spesso, nell'esperienza americana dei *voting trust* ad esempio, di trust nudi (*bare trust*) che nella operatività pratica possono avvicinarsi al nostro mandato congiuntivo con la girata dei titoli per procura o mediante intestazione fiduciaria: il *quid pluris* che il trust realizza è il pieno trasferimento della proprietà delle partecipazioni al trustee e quindi il passaggio dal piano della mera legittimazione a quello della realtà che consente l'isolamento della partecipazione segregata in trust dalle pretese dei creditori dei soci sindacati e del trustee, la non soggezione della stessa ai provvedimenti del giudice penale o dei creditori dei soci sindacati come il sequestro o il pegno e infine la ben maggiore coercibilità delle obbligazioni dei soci sindacati. Infatti, l'esecuzione del patto non è più soggetto alle singole volontà, mutevoli a seconda delle circostanze, dei singoli soci che potrebbero, correndo il rischio del mero risarcimento del danno imposto dalla violazione della clausola penale, rendersi inadempienti, ma affidata ad un soggetto terzo ed imparziale, il trustee, che non è portatore di alcun interesse solidale alla posizione delle diverse compagini del sindacato di voto.

Ancora: il *bare trust* può avere lo scopo di nominare l'amministratore di minoranza nel qual caso il trustee non godrà di alcuna discrezionalità: sulle materie diverse dalla nomina dell'amministratore di minoranza, il diritto di voto sarà esercitato dai disponenti mediante procura rilasciata al trustee o istruzioni date allo stesso.

Nel caso in cui il patto abbia ad oggetto l'esercizio del controllo, sarà opportuno prevedere la presenza di una pluralità di trustees dotati di tutti i poteri che spettano al socio di controllo che deliberano all'interno del collegio o su indicazioni di un guardiano; i disponenti possono ben continuare ad esercitare un'influenza determinante sulla vita della società in quanto possono dare indicazioni sulla composizione degli organi sociali e sulla rappresentanza dei soci sindacati in essi. In particolare, quando il trustee è socio di controllo, assume particolare rilevanza il profilo della sua responsabilità: se infatti il trustee assume un atteggiamento meramente supino rispetto alle decisioni del consiglio di amministrazione e non mostra alcuna indipendenza nel suo operato, egli potrà essere ritenuto responsabile nei confronti dei beneficiari pregiudicati da tale condotta. Inoltre, le indicazioni dei disponenti sulla composizione dell'organo esecutivo non esonerano in alcun modo il trustee dall'esercizio di tutte le prerogative del socio di controllo: infatti, poiché anche il trust di scopo istituito per l'esercizio del controllo non è meramente finalizzato all'esercizio di un controllo astratto bensì alla miglior gestione effettiva della società, il trustee che non operi in tal senso potrà essere ritenuto responsabile di aver leso l'interesse sociale.

L'esperienza italiana dei trust interni ha già sperimentato l'utilizzazione del trust di scopo per la gestione di un patto di sindacato nel quale ricorrono tali caratteristiche: scopo del trust è quello di regolare l'esercizio del diritto di voto nelle assemblee della società in modo più efficiente rispetto alla soluzione civilistica del patto di sindacato. Questa è, potremmo dire, la causa in concreto del trust che ne integra la meritevolezza e attribuisce legittimità alla scelta dello strumento straniero rispetto a quello di diritto interno. Poi: il trasferimento delle quote avviene mediante l'atto pubblico istitutivo del trust: soluzione che appare preferibile rispetto alla redazione di un distinto atto istitutivo di trust al quale segue la separata cessione delle quote dai soci disponenti al trustee. La qualità di socio assunta dal trustee viene iscritta al Registro delle Imprese; il trustee e il guardiano intervengono in atto per l'accettazione dell'incarico; si prevede che il trasferimento sia a titolo oneroso che gratuito delle quote sia evento eccezionale condizionato al consenso scritto del guardiano. La durata del trust è stabilita in 5 anni (in modo coerente con la disposizione dell'art. 2341 bis che prevede la durata massima dei patti parasociali rinnovabili alla scadenza) che possono essere prorogati con atto scritto, ma il trust può cessare anticipatamente per decisione del trustee che gode quindi di ampia discrezionalità: al termine del trust il trustee ritrasferisce le quote agli originari disponenti (i soci sindacati) che non ricevono i beni in qualità di beneficiari, assenti trattandosi di un trust di scopo, ma in quella di destinatari delle attribuzioni del trustee. Il meccanismo decisionale attuato dal trust scelto come strumento più efficace del patto di sindacato per comporre le singole volontà dei soci sindacati, superarne i conflitti e assicurare la coercibilità delle decisioni assunte (ottenibili sul piano del diritto interno con i soli strumenti della penale per

l'inadempimento del patto), prevede all'interno delle lettere di desiderio che i soci sindacati esprimano le loro intenzioni al rappresentante comune che tempestivamente le trasferisce al guardiano: sarà poi il trustee a ricevere dal guardiano le indicazioni di voto e a votare in assemblea. Una precisazione sul profilo del trasferimento delle partecipazioni attuato mediante il trust: il trasferimento a titolo di trust può ovviamente interferire con le clausole statutarie limitative della circolazione delle partecipazioni a titolo gratuito (essendo il trasferimento al trustee privo di corrispettivo) tanto da impingere nel divieto così specificamente formulato. Pertanto, a seconda della finalità che si intende ottenere con la prelazione statutaria, è opportuno comunque considerare o specificare l'eventualità del trasferimento *mortis causa* o *inter vivos* della partecipazione a titolo di trust.