

e attività fiduciarie
Trusts

10

Quaderni

Direttore scientifico: Maurizio Lupoi

I professionisti e il Trust

*Atti del IV Congresso Nazionale
dell'Associazione "Il trust in Italia" -
Milano 2008*

- diritto civile
- diritto tributario
- diritto processuale
- deontologia



CAPITOLO VII

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SUI POTERI RISERVATISI DAL DISPONENTE

(di Francesca Romana Lupoi)

Sul tema affidatomi non ci sono precedenti giurisprudenziali (tranne uno che affronterò, al termine della relazione, perché di poco conto). Pertanto il mio intervento si fonda necessariamente sulla prassi professionale e soprattutto sulle legislazioni vigenti che consentono una ricostruzione strettamente giuridica del controllo del giudice sui poteri riservatissimi dal disponente. In particolare, la mia relazione tenterà di approfondire i seguenti punti:

- a) quali sono i poteri che le leggi del modello internazionale, ma anche la legge inglese, riconoscono al disponente ovvero al terzo (generalmente il guardiano) al quale il disponente ha voluto conferire tutti o parte dei suoi poteri (a tale ultimo proposito si veda la recente prassi delle leggi degli Stati Uniti che riconosce al "protector" poteri imperativi e poteri di azione diretta anche sul fondo in trust, da sempre riservato al solo trustee);
- b) qual è la natura dei menzionati poteri;
- c) a seconda della natura dei poteri ed, in particolare, dopo aver individuato l'obbligatorietà o meno dell'esercizio di ciascun potere, ho ipotizzato una forma di controllo del giudice solo quando i poteri hanno la caratteristica dell'obbligatorietà.

Passo ora alla relazione. Secondo l'insegnamento tradizionale del diritto dei trust, l'atto istitutivo di trust deve rispondere a tre "certezze":

- a) la volontà del disponente di istituire un trust;
- b) la sussistenza di un fondo in trust;
- c) i beneficiari.

La prima certezza va approfondita: c'è trust se c'è affidamento di un compito dal disponente al trustee. Qualora il disponente non riconosce al trustee autonomia per svolgere il compito affidatogli, il disponente non intende istituire un trust (ma un mandato, un contratto di agenzia, una mera intestazione fiduciaria, ecc.).

Il preteso trust non è allora un trust e poco correttamente si fa riferimento al concetto di "sham trust": in questi casi il trust è nullo sin dall'origine ed il disponente, mantenendo il controllo effettivo del fondo, ne dispone come di cosa propria ed il fondo è da considerarsi del disponente.

Diversa ancora è l'ipotesi nella quale il disponente attribuisce ad un terzo, tipicamente il guardiano, i poteri che si sarebbe potuto riservare in forza della legge regolatrice del trust. Qui il trust c'è perché c'è affidamento, ma qualora l'affidamento al guardiano sia sproporzionato rispetto a quello verso il trustee, il guardiano diventa il trustee del trust.

Tornando alla prima "certezza" sopra indicata, devo rilevare come essa è stata in parte rivista dalle leggi sul trust del modello internazionale nel senso che queste hanno riconosciuto una serie ampia di poteri che il disponente, può attribuire a sé stesso o a terzi, sia rispetto al *trustee* al quale il disponente può impartire istruzioni vincolanti sia direttamente sul fondo in trust, senza che tuttavia la prima certezza venga meno.

Per esempio:

- a) *The Trusts (Guernsey) Law 2007*, entrata in vigore il 17 marzo 2008, art. 15, "Reservation or grant of certain powers does not invalidate trust";
- b) *Trusts (Jersey) Law 1984* con le modifiche apportate dalla *Trusts (Amendment No.4 Jersey Law 2006)*, entrata in vigore il 27 ottobre 2006, art. 9A, "Powers reserved by settlor";
- c) *Cook Islands, International Trusts Act 1984*, art. 13C, "Retention of control and benefits by settler".

Sottolineo che tutte le leggi richiamate utilizzano il termine "directions" del disponente al *trustee* e "to direct" viene tradotto come "order", pertanto si può affermare che il significato del termine resta il medesimo a nulla rilevando se, vicino alla parola "directions", vi sia l'aggettivo "binding", come nel caso di Jersey e non di Guernsey.

La tendenza moderna delle leggi sembra essere tuttavia eccessiva. Se è pur vero che "il fatto che il disponente conservi alcune prerogative (...) non è necessariamente incompatibile con l'esistenza del trust" alla luce dell'art. 2, ultimo comma, della Convenzione dell'Aja è anche vero che, nel primo comma del medesimo articolo, si legge che "per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona (...) qualora i beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee*".

Ritengo pertanto che l'attribuzione dei poteri sia la chiave di comprensione della visione moderna dei trusts: le figure giuridiche del trust hanno perso la loro tradizionale prospettiva, è venuta meno la semplicità delle tradizionali figure che devono essere, quindi, riconsiderate trust per trust. Pertanto la valutazione della posizione del disponente va compiuta per ogni specifico trust valutando in concreto i singoli poteri che si è riservato – o che il disponente ha attribuito a soggetti diversi dal *trustee* – senza che venga meno il requisito della certezza della volontà di istituire un trust; con la consapevolezza che il limite da rispettare è quello dell'affidamento al *trustee*.

Vediamo, allora, quali sono in generale i poteri nel diritto dei trusts:

- a) il potere di modificare la legge regolatrice del trust;
- b) il potere di nominare i successori del *trustee*;
- c) il potere di nominare i beneficiari;
- d) il potere di anticipare il termine finale di durata del trust;
- e) il potere di corrispondere in via anticipata tutta o parte della quota ad un beneficiario;
- f) il potere di modificare le disposizioni dell'atto istitutivo.

Questi i maggiori ma non i soli; tuttavia, ai fini della presente relazione, è interessante compiere ancora due distinzioni dei poteri, in particolare l'ultima delle due:

- a) la prima distinzione va effettuata con riferimento al diverso oggetto che i poteri possono avere:
 - i) *i poteri dispositivi*, i quali toccano l'integrità del fondo in trust o la destinazione dei suoi frutti (come ad esempio: il versamento del reddito del fondo in trust, la determinazione della quota spettante ad un beneficiario, la nomina di un beneficiario all'interno di una categoria);
 - ii) *i poteri gestionali*, che riguardano la gestione del fondo in trust (come ad esempio: la manutenzione dei beni del fondo in trust, gli investimenti finanziari delle disponibilità liquide del fondo);
- b) la seconda distinzione va, invece, effettuata con riferimento alla natura dei poteri:
 - i) *i poteri fiduciari* ("*fiduciary powers*"), attribuiti a un soggetto affinché ne traggano beneficio soltanto terzi, generalmente i beneficiari del trust;
 - ii) *i poteri di natura personale* ("*beneficial o personal power*").

Tale ultima distinzione non è sempre di facile individuazione: ad esempio, il diritto inglese ed, in particolare nel *trustee Act* del 1925, *Sec. 3*, nel disciplinare, nella vita del trust, un caso di intervento di terzi (sia il disponente o un terzo), stabilisce che il potere di investire nei titoli, elencati dalla medesima legge quali investimenti legittimi, sia esercitato dal *trustee* dopo aver ricevuto le direttive del terzo o addirittura aver ottenuto l'obbligatorio consenso del terzo. Nel caso in cui il terzo, sia anche beneficiario del trust, non è del tutto chiaro se si tratti dell'esercizio di un "*beneficial power*" o di un "*fiduciary power*" poiché il terzo potrebbe esercitare il potere anche nel proprio interesse; diversamente sarebbe sicuramente un "*fiduciary power*" poiché si tratterebbe di un potere esercitato solo nell'interesse dei beneficiari.

La natura personale di un potere non comporta — per definizione — che esso debba essere necessariamente esercitato, ad esempio: se il disponente si riserva il diritto di modificare i beneficiari del trust, nominati nell'atto istitutivo, nessuno potrà mai imporgli di esercitarlo e quindi nessuna forma di controllo di un giudice può essere ipotizzabile.

Per contro la natura fiduciaria dei poteri comporta:

- a) che il titolare periodicamente valuti se le circostanze rendano opportuno o necessario esercitare il potere;
- b) che il titolare lo eserciti per le finalità per le quali gli è stato conferito.

Da quanto sopra emerge, quindi, che i poteri fiduciari debbono essere esercitati e, pertanto, *innanzi a tali poteri il giudice può intervenire e sostituirsi al titolare che non li esercita o li esercita non correttamente, effettuando quindi il giudice una forma di controllo.*

Ed allora, quale natura hanno i poteri che si può riservare il disponente? Il giudice può esercitare una forma di controllo su di essi? Nel diritto dei trusts vi è una

sola presunzione con riferimento alla distinzione fra poteri personali e fiduciari: che i poteri del *trustee* sono di natura fiduciaria (salvo diversa attribuzione espressa nell'atto istitutivo), mentre non vi è alcuna presunzione per quanto riguarda gli altri soggetti ed, in particolare, per il disponente. Tuttavia una corretta lettura degli articoli delle leggi sopra citate, circa i poteri (eccezionali) che si può riservare il disponente, conduce ad una qualificazione – sotto un punto di vista puramente teorico – di natura fiduciaria o che comunque, alcuni fra di essi, debbano necessariamente essere di natura fiduciaria perché devono essere esclusivamente esercitati in favore dei beneficiari.

E qui – a mio avviso – il nodo centrale del tema affidatomi che può essere di notevole supporto nella esperienza professionale di ciascuno di noi in una fase di consulenza e, quindi, di strutturazione dell'atto istitutivo di trust con il proprio cliente/disponente più che in una fase patologica di controllo dei contenuti dell'atto stesso innanzi ad un giudice. Ed, infatti, il cliente è spesso convinto che tutti i poteri di cui è titolare, e che la legge gli consente di riservarsi, siano di natura personale con la conseguenza che, pur trasferendo formalmente la proprietà del fondo in trust al *trustee*, egli sarebbe legittimato a continuare a gestire i beni come se fossero rimasti i suoi. Sto tornando all'accertamento della "prima certezza" per l'esistenza del trust: la verifica, caso per caso, della sussistenza della volontà di istituire un trust che significa verifica della sussistenza dell'affidamento.

Farò un esempio:

- a) potere (legittimo) del disponente di impartire direttive al *trustee* circa la gestione degli investimenti finanziari del fondo in trust: è certamente un potere fiduciario in quanto esercitato nell'interesse dei beneficiari a vantaggio dei quali il fondo deve essere gestito ed ai quali appartiene;
- b) ma se invece il disponente intende utilizzare tale potere come se fosse un potere di natura personale e, quindi, non solo vuole impartire direttive al *trustee* ma impartirle nel suo interesse e, non per quello dei beneficiari, istruendo, per esempio, al *trustee* di sottoscrivere un prestito obbligazionario emesso da una società del disponente stesso (società fuori dal trust). A seguito della sottoscrizione la società del disponente ottiene il vantaggio economico nel ricevere il denaro ma, al momento della scadenza del prestito, non è in grado di restituire le somme ricevute: chi paga? I beneficiari, in quanto l'esercizio del potere è stato arbitrario ed ha arrecato danno ai beneficiari, non è stato esercitato nel loro interesse ed inoltre il disponente ha privato il *trustee* di qualsivoglia autonomia nello svolgimento del proprio compito.

In conclusione, certi poteri che si riserva il disponente o sono fiduciari oppure fanno venire meno l'affidamento e, quindi, la stessa esistenza del trust.

Da questo esempio ecco l'importanza di ricostruire la volontà negoziale del disponente in ogni singolo trust e la risposta al tema circa il controllo del giudice può essere data solo dopo la ricostruzione degli equilibri fra i poteri sotesi nel singolo atto istitutivo e la individuazione dei poteri aventi natura fiduciaria.

Come ho anticipato in apertura della presente relazione, la giurisprudenza sul tema non esiste, ad eccezione dell'unico precedente – a tutti noto – del Tribunale di Milano del 10 luglio 2007 relativo alla inibitoria degli effetti della sostituzione dei guardiani di un trust, compiuta dal disponente. Il Tribunale, precisando che il trust è uno strumento regolato dall'autonomia privata e che, quindi, non vi sono regole generali per stabilire se vi possa essere una revoca del guardiano e se questa possa essere totalmente discrezionale ed immotivata, come nel caso di specie, ha correttamente stabilito che la questione va risolta caso per caso attraverso la ricostruzione della volontà delle parti. Nella fattispecie la volontà era molto chiara: il trust era stato istituito dal disponente con i beni dei suoi due genitori che, contestualmente alla sottoscrizione dell'atto, sono stati nominati guardiani del trust evidenziando così la volontà delle parti di stabilire un assetto permanente dell'amministrazione dei beni attraverso l'attribuzione ai guardiani di poteri di controllo, consultivi e di revoca del *trustee* e ciò anche per la tutela dei beneficiari (nipoti e nuora dei due guardiani). L'indagine della Corte si è concentrata sulla legittimità della revoca dei guardiani escludendola nel caso specifico: perché del tutto immotivata non essendo legata ad alcuna causa e perché ledeva il comune intento delle parti di attribuire ai due guardiani dei poteri di controllo sul fondo in trust. E' stato pertanto inibito, ex art. 700 c.p.c., qualsiasi effetto alla revoca dei due guardiani attuata dal disponente. La decisione del Tribunale ha fornito una corretta interpretazione di un accordo fra le parti ma non ha approfondito alcuna tematica specifica del diritto dei trusts (basti pensare che la revoca – senza necessità di giusta causa – del guardiano da parte del disponente è uno dei fondamenti del diritto dei trust che trova la sua radice nella fiducia).