

# IL TRUST E LA SUA MODIFICABILITA': RIFLESSIONI SULLA "PROPRIETA'" DEL TRUSTEE

di Di Ciommo Francesco

**Trusts e attività fiduciarie N. 3/2001, Pag. 394**

° 1. L'inquadramento dominicale della vicenda scaturente da un trust di common law.

Uno dei problemi più avvertiti dagli studiosi di matrice civilistica che, fin dalla prima metà del novecento, si sono occupati di trust concerne, come noto, la riconducibilità dei rapporti risultanti dall'operatività dell'istituto in rassegna all'interno delle tradizionali categorie proprietarie (1). Ciò non sorprende se solo si pensa che in ambiente angloamericano, dove il trust è nato e si è sviluppato fino a diventare un cardine del sistema giuridico, si è soliti intenderlo come un modo per ripartire i diritti su un certo bene o un certo patrimonio (2). Il Restatement of Trusts, infatti, lo definisce "un rapporto fiduciario afferente alla proprietà" (3); analoghe spiegazioni ne danno i codici di diritto positivo (4) e le trattazioni dottrinarie (5).

In Italia, in un primo momento, sia la giurisprudenza che la dottrina, manifestando un atteggiamento censorio nei confronti del trust, avevano puntato il dito contro la c.d. dual ownership (6) (o dual property), per rilevarne l'incompatibilità con i principi di origine napoleonica del c.d. numerus clausus dei diritti reali e dell'unicità della proprietà (7). Che gli studiosi di common law, in materia di trust, facciano continui riferimenti alla doppia proprietà è di tutta evidenza, sebbene non manchino autori angloamericani che revocano in dubbio tale dottrina. Fuori da questo dibattito, va evidenziato che, come autorevolmente rilevato sin dagli anni settanta (8), la concezione anglosassone della dual property non deve essere confusa con la nozione civilistica di doppia proprietà (9), per lo meno in quanto in common law le parole property ed ownership, come termini tecnici giuridici, non contengono "il concetto di appartenenza esclusiva nel senso per cui una cosa può dirsi propria di qualcuno" (10). Ciò è a dire che negli ordinamenti di matrice anglosassone lo sdoppiamento della property è comune quanto da noi può esserlo la frammentazione di un'obbligazione, mentre negli ordinamenti di derivazione romanistica la proprietà non può che avere natura unitaria (11).

Sulla base delle considerazioni qui rapidamente riassunte fu proposta una diversa ricostruzione, più rispettosa del dato comparatistico, della situazione scaturente dall'operatività dell'istituto in esame. Si ritenne, dunque, che mentre al trustee spetta la legal property, ai beneficiari competono solo equitable interests, di modo che - noi civilians - al primo riconosciamo la titolarità del diritto di proprietà sul trust fund ed ai secondi diritti di credito nei confronti del trustee stesso (12). Tale inquadramento ricevette nel 1994 l'autorevole avallo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (13), in forza del quale oggi si ammette in via generalizzata che il trustee è il proprietario dei beni in trust mentre i beneficiari sono titolari di un diritto di credito.

La soluzione a cui si è approdati, per quanto sotto diversi aspetti si riveli senza dubbio funzionale a consentire l'operatività dell'istituto in parola anche in ordinamenti tradizionalmente no-trust, può tuttavia generare un equivoco che qui necessita fugare. Riconoscere in capo al trustee la proprietà dei beni costituiti in trust non vuol dire attribuirgli tutte le facoltà tradizionalmente ricomprese nel diritto di proprietà di matrice civilistica. In particolare, il trustee può disporre dei beni come fosse pieno proprietario, ma, se tale attività negoziale integra un breach of trust, ne scaturiscono conseguenze a suo carico; la rottura del vincolo fiduciario, infatti, comporta direttamente una sua responsabilità da inadempimento, nonché la responsabilità del terzo che ha acquistato in mala fede. L'azione concessa ai beneficiari per inseguire i beni in trust acquistati da un terzo, in common law, è una tipica azione in equity di natura intermedia: per certi versi obbligatoria, per altri reale (14). Nel nostro ordinamento si è creduto possibile che i beneficiari, il cui diritto di credito è stato lesa da un atto di breach of trust, esperiscano l'azione revocatoria ordinaria, sempre che ricorrano i presupposti stabiliti dall'art. 2901 c.c. (15). Tutto ciò non risulta incompatibile con il riconoscimento del diritto di proprietà in capo al trustee. Sicuramente incompatibili con tale riconoscimento sono, invece, le facoltà di modifica e revoca del trust - costituito ed operante - che molte normative statali, nonché l'autorevole Restatement nordamericano, riconoscono ora al disponente, ora ai beneficiari, con il consenso del disponente o del trustee, ovvero anche indipendentemente da qualsiasi consenso, a seconda delle circostanze (16). È evidente come un diritto (quello del trustee) che può modificarsi o estinguersi per mera volontà altrui non sia adatto ad essere considerato propriamente dominicale. Torna così alla ribalta per noi civilisti, in virtù delle rapide considerazioni appena formulate e di quelle più approfondite che seguono, il problema della natura giuridica dei diritti coinvolti in una normale vicenda di trust. Più in generale, alla luce di quanto si dirà nei prossimi paragrafi, anche in relazione ad una recente pronuncia della Court of Appeals of Kansas, il patrimonio costituito in trust appare completamente autonomo, in quanto retto da un interesse adespota; tale patrimonio, infatti, è soltanto gestito dal trustee, che tuttavia, almeno nel modello nordamericano, non può dirsi, in termini civilistici, proprietario nel senso pieno del termine (17).

° 2. La recente pronuncia della Court of Appeals of Kansas.

Con la sentenza 21 gennaio 2000 (18), la Court of Appeals of Kansas - Chief Judge Brazil, District Judges Russel e Sanders - si è pronunciata sulla domanda di modifica di un trust protettivo fornendo, seppure indirettamente, interessanti spunti di riflessione sull'assetto proprietario dei beni costituiti in trust.

Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici nordamericani, il disponente aveva costituito un trust per far amministrare i propri beni da un soggetto diverso rispetto ai suoi figli, ai quali voleva fosse distribuita una parte degli utili di gestione (19). Allo stesso tempo, si era riservato il diritto di modificare o revocare il trust, senza però - come evidenziato dagli appellanti - niente altro disporre. Dopo la morte del disponente, i beneficiari ed i trustees chiedevano alla Trial Court of Kansas di consentire la modifica dei termini del trust così da poter sottrarre (in modo del tutto lecito) alla mannaia del fisco parte degli utili prodotti dal trust fund, poiché questi erano risultati più abbondanti rispetto a quanto - a loro dire - avesse previsto il disponente. La modifica richiesta avrebbe consentito, quindi, ai beneficiari di ottenere dai trustees rendite periodiche più cospicue.

La sentenza di primo grado respingeva la domanda ritenendo che la volontà del disponente deceduto risultasse chiaramente dall'atto istitutivo, a tenore del quale lo scopo del trust era sottrarre i beni al diretto controllo dei suoi figli, istituiti beneficiari, al fine di evitare che

su di essi potessero avanzare pretese i loro creditori. L'eventuale modifica del trust avrebbe, secondo i giudici di prime cure, reso irrealizzabile lo scopo per il quale esso era stato costituito; per effettuarla, dunque, sarebbe stato necessario l'espresso consenso del disponente, il quale però era venuto meno prima che fosse avvertita l'esigenza modificatoria. La Trial Court, con buona probabilità, nel decidere dava applicazione alla legge del Kansas, a tenore della quale i beneficiari possono all'unanimità sempre esigere l'estinzione del trust, a patto che nessuno di essi sia affetto da incapacità e che la continuazione dello stesso non sia necessaria a perseguirne lo scopo (20), nel qual caso, infatti, occorre anche il consenso del disponente. Nella fattispecie, tuttavia, come già accennato, gli appellanti non chiedevano l'estinzione del trust, bensì la modifica di alcuni suoi termini; questione sulla quale le Corti del Kansas non si erano mai pronunciate e che non risulta direttamente trattata dalla legge statale.

La Court of Appeals, chiamata dai beneficiari e dai trustees a correggere la pronuncia di primo grado, avendo rilevato la lacuna della legge del Kansas in materia di modifica del trust dopo il decesso del disponente, ritiene di dover risolvere il caso seguendo i principi affermati nel (Second) Restatement of Trusts (1957)(21), ed in particolare dalla sect. 338, la quale dispone che:

"se il disponente e tutti i beneficiari di un trust sono d'accordo, e nessuno versa in stato di incapacità, essi possono pretendere la modificazione o l'estinzione del trust anche se i propositi del trust non sono stati realizzati" [trad. dell'a.](22).

Il commento della sect. 338, alla lettera (a), rubricata "Scopo della regola", al secondo capoverso, afferma che:

"se il disponente è morto, l'accordo dei suoi eredi o dei suoi rappresentanti non è sufficiente a giustificare l'estinzione del trust in virtù della regola contenuta in questa sezione. Tale regola non è applicabile ai trusts creati per testamento o ai trusts inter vivos se il disponente è morto" [trad. dell'a.].

Il periodo appena riprodotto sembra non dare scampo alle pretese degli appellanti i quali sostengono, nel tentativo di sottrarsi all'impasse, che circostanze imprevedibili per il disponente, dopo la sua morte, avevano modificato l'operatività del trust, cosicché, al fine di rispettare concretamente la volontà del disponente, necessita rimodellarne le disposizioni(23). La Court of Appeals, tuttavia, evidenzia come tale assunto, fondato esclusivamente su ragioni finanziarie, non venga ulteriormente argomentato dai ricorrenti che avrebbero invece dovuto dimostrare la concreta incompatibilità tra la situazione venutasi a creare ed il fine perseguito dal disponente, oltre a provare che l'aumento di redditività del trust non era stato previsto dal disponente per essere stato in errore o aver subito frode, violenza o indebita influenza altrui(24). A ben vedere, la questione - alla luce di quanto dispone la legge del Kansas in materia di estinzione del trust, suffragata dal Restatement(25) - finisce per riguardare esclusivamente la tutela dello scopo perseguito dal disponente. In mancanza del consenso di quest'ultimo, infatti, la modifica di un trust (di qualunque tipo esso sia, a giudicare da quanto previsto nel Restatement stesso) - al di là delle ipotesi eccezionali accennate nel paragrafo successivo - è possibile solo ove sia necessaria per consentire allo stesso di reagire a circostanze sopravvenute e di realizzare i fini suoi propri.

I giudici di primo grado avevano reputato inequivoco il linguaggio usato dal disponente nell'esplicitare lo scopo (sopra ricordato) del trust. La Court of Appeals, dopo aver analizzato l'atto istitutivo, conferma tale valutazione e conclude rigettando il ricorso in quanto la crescita degli utili di gestione del trust fund non risulta incompatibile con la realizzazione di detto scopo. Soluzione questa che, seppure coerente con i principi affermati dal Restatement, non si sottrae a qualche considerazione critica di Law & Economics, che tuttavia qui non è dato svolgere.

° 3. Il Restatement e la modificabilità del trust.

Il (Second) Restatement of Trusts dedica l'intero capitolo decimo all'estinzione ed alla modificazione del trust(26). In particolare, sono previste e disciplinate l'estinzione e la modifica del trust in caso di manifestazione di volontà del disponente che se ne fosse riservato la facoltà (sect. 330 e 331)(27); in caso di mancata riserva di tale facoltà per errore (sect. 332)(28); in presenza dei presupposti in virtù dei quali un trasferimento di proprietà in trust può essere rescisso o riformato (sect. 333); in caso di consenso di beneficiari e disponente (° 338); ed infine in caso di confusione, quando il legal title sul trust fund ed il beneficial interest confluiscono in una sola persona (sect. 341)(29). E', al contrario, ammessa soltanto l'estinzione in caso di scadenza della durata prevista per il trust (sect. 334); in caso di scopi divenuti illegali o impossibili da realizzare (sect. 335); in caso di emergenza (sect. 336)(30); in caso di accordo tra tutti i beneficiari quando tale accordo non renda impossibile la realizzazione di uno scopo del trust (sect. 337)(31); per mero volere del disponente quando questi sia anche l'unico beneficiario (sect. 339); nonché in caso di trasferimento della trust property dal trustee ai beneficiari (sect. 342), ovvero in caso di cessione dei beneficial interests da parte dei beneficiari al trustee (sect. 343).

Già il fatto che siano previsti tanti casi in cui un trust può essere modificato o estinto dà il senso di una precarietà che mal si concilia con la concezione civilistica della proprietà. Se poi si considera che in sole due ipotesi, tra quelle appena elencate, viene in rilievo la volontà del trustee - che, almeno formalmente, risulta il proprietario dei beni in trust - si coglie in tutta la sua concretezza il senso della riflessione che si va conducendo e che prende le mosse dall'assunto che in capo al trustee non sia configurabile un diritto di proprietà inteso in senso tradizionale(32).

° 4. Il patrimonio funzionalizzato (ovvero la proprietà impalpabile).

Occorre, a questo punto, chiedersi entro quali limiti il disponente e/o i beneficiari, nel modello nordamericano, possano modificare i termini di un trust durante la sua operatività(33). Tale verifica risulta necessaria per comprendere fino a che punto il diritto del trustee, che si suole ritenere proprietario, sia sottoposto alla discrezionalità altrui.

Viene in soccorso il commento della sect. 338, il quale alla lettera (a), primo comma, precisa che:

"La regola affermata in questa Sezione è applicabile quando il disponente ed i beneficiari vogliono un ritrasferimento della trust property al disponente, ovvero un trasferimento della trust property ai beneficiari o ad una terza persona. La regola è applicabile sia quando il disponente è uno dei beneficiari, sia quando non lo è" [trad. dell'a.].

In virtù di tale chiarimento, è dato rispondere senza equivoci al quesito posto in apertura di paragrafo: disponente e/o beneficiari possono modificare il trust sino a determinarne l'estinzione con conseguente trasferimento della proprietà dei beni in trust. A questo risultato, del resto, era possibile giungere anche attraverso la semplice lettura di altri passi del Restatement.

Da quanto detto, sembrerebbe che il disponente ed i beneficiari, avendo il diritto di disporre della proprietà del trust fund, possano essere considerati, in termini civilistici, nudi proprietari in comunione, visto che il godimento dei beni spetta al trustee che li amministra, salvo, a questo punto, qualificare più precisamente il rapporto tra il trustee, l'oggetto del trust ed i proprietari. Tale conclusione - che capovolge l'idea diffusa a tenore della quale proprietario sarebbe il solo trustee - è, tuttavia, errata, in quanto la disciplina nordamericana delle vicende modificative ed estintive del trust, rispetto alla quale il Restatement risulta un'utile cartina di tornasole, dimostra, come tra breve si vedrà, che anche il disponente ed i beneficiari non possono essere considerati proprietari dei beni costituiti in trust ed inoltre rivela che al trustee competono facoltà ben più pregnanti di quelle proprie di un comune gestore(34).

Al fine di giustificare tali affermazioni, necessita indagare più diffusamente le disposizioni del Restatement.

Come anticipato, può accadere che il disponente si sia espressamente riservato, al momento della conclusione del trust, la facoltà di modificarlo o estinguerlo dopo averlo costituito e, dunque, durante il periodo in cui esso opera. In tal caso, come chiarisce la sect. 331, il disponente può realizzare gli effetti in parola in forza della mera sua volontà. E' il disponente, in presenza di queste circostanze, unico proprietario dei beni in trust gestiti dal trustee? Certo che no, visto che egli può estinguere il trust e riottenere la proprietà dei beni, ma non anche disporre di tali beni prima di aver esercitato detto potere di estinzione; mentre normalmente, quando i beni sono dati in gestione o quando su di essi grava un diritto reale di godimento, il proprietario mantiene la facoltà di disporre della proprietà degli stessi(35). La risposta negativa è altresì giustificata da quanto si dirà a proposito delle sect. 342 e 343. Ciò vale a chiarire anche perché, nell'ipotesi prevista dalla sect. 338, sulla quale ci si è già soffermati, non si possa parlare di una proprietà in comunione di beneficiari e disponente in quanto, come il disponente nel caso sottoposto alla sect. 331, così questi ultimi, anche di comune accordo, non possono disporre dei beni in trust (bensì soltanto dei propri interests, sempre che ciò non sia loro vietato dall'atto di trust) prima di aver chiesto l'estinzione dello stesso ed inoltre non possono ottenere né la modifica né l'estinzione del trust quando esso sia imm modificabile(36). Sul punto non pare il caso di soffermarsi ulteriormente.

Per cogliere l'analiticità della disciplina in rassegna, è utile richiamare l'attenzione sul commento della sect. 338, il quale alla lettera (d), rubricata "trust protettivo", ed alla lettera (g), rubricata "estinzione parziale del trust", precisa che:

"anche se attraverso i termini del trust o per mezzo dello statuto il vantaggio attribuito ad uno o più beneficiari è reso per lui indisponibile, quando tutti i beneficiari ed il disponente sono pienamente capaci e si accordano per estinguere del trust, questo sarà estinto, anche se i beneficiari, senza il consenso del disponente, non potrebbero pretendere tale estinzione" [trad. dell'a.]. "Se il disponente e tutti i beneficiari di un trust sono pienamente capaci, possono accordarsi per estinguerlo in relazione ad una parte del trust fund, anche se gli scopi del trust non sono stati realizzati ed i beneficiari senza il consenso del disponente non potrebbero pretendere l'estinzione" [trad. dell'a.].

Tali chiarimenti aiutano a cogliere ulteriormente il senso di una proprietà, quella dei beni in trust, che non appartiene, se non soltanto formalmente, a nessuno(37), ed il cui destino rimane in balia di volontà - estranee a quella del proprietario formale - di volta in volta, a seconda delle circostanze, diversamente individuate ed incastrate. Non potendo riferire la proprietà sostanziale dei beni in trust ad un soggetto determinato, si può allora provare a sostenere, come è stato fatto in dottrina, che il trust fund sia un patrimonio funzionalizzato al punto da essere governato solo dal suo scopo. Anche tale affermazione, tuttavia, non è completamente condivisibile in quanto, se è vera l'asserzione riguardante la funzionalizzazione del trust fund, non è, al contrario, accettabile, in via generale, l'idea per cui il trust è governato dal suo scopo. Ciò in quanto, come si è visto diffusamente, diverse volontà, variamente combinate a seconda della situazione concreta, possono influire sulla vita del trust spesso senza che venga in rilievo la mancata realizzazione dello scopo per cui l'istituto era stato posto in essere. La circostanza è resa palese dal tenore della sect. 339, la quale espressamente consente al disponente, unico beneficiario, di ottenere l'estinzione del trust anche se lo scopo di questo non si è realizzato. Il commento, alla lettera (a), rubricata "Scope of the rule", puntualizza che:

"la regola statuita in questa Sezione è applicabile anche se il disponente non si riserva un potere di revoca ed anche se è espressamente previsto nei termini del trust che esso sarà irrevocabile. La regola è applicabile anche se lo scopo del disponente nel creare il trust era quello di prevenire la propria cattiva amministrazione della proprietà" [trad. dell'a.](38).

Ciò induce a correggere definitivamente l'idea che il trust, come patrimonio separato e funzionalizzato, sia governato dallo scopo fissato dal disponente al momento della creazione dello stesso(39). La sect. 339, infatti, suggerisce una diversa ricostruzione che appare coerente anche con le altre regole del Restatement: il trust fund è nella disponibilità di chi ha interesse ad esso, sempre che gli atti di disposizione non arrechino pregiudizio ad altri interessati(40), ed è funzionale non già al suo scopo astratto quanto, invece, allo scopo concreto, puntuale ed attuale che i soggetti interessati vogliono realizzare.

Il Restatement sembrerebbe, da quanto sin qui detto, riconoscere il disponente ed i beneficiari come unici soggetti (come chiarito, non proprietari, bensì) interessati all'operatività del trust e legittimati a chiederne l'estinzione anticipata o, in alcuni casi, la modifica(41). Per tale motivo, quando i due status confluiscono in un'unica persona questa può, ai sensi della sect. 339, disporre a suo piacimento dell'estinzione del trust anche rendendo irrealizzabile lo scopo prefissato.

La conclusione a cui si è pervenuti, e che fa perno sulla figura del disponente e dei beneficiari, sin qui ritenuti unici soggetti interessati e per questo capaci di determinare lo scopo concreto ed attuale del trust, non trova tuttavia conferma nelle già citate sect. 342 e 343. La prima, infatti, prevede che se ci sono uno o più beneficiari che non versano in stato di incapacità ed il trustee trasferisce la proprietà del trust a loro ovvero a loro vantaggio, il trust si estingue anche qualora gli scopi del trust non siano stati completamente realizzati. La seconda, prendendo in esame l'ipotesi contraria, afferma che se i beneficiari (o l'unico beneficiario) trasferiscono al trustee il proprio diritto derivante dal trust, il trust si estingue indipendentemente dalla realizzazione dello scopo per il quale esso era stato costituito. Le regole da ultimo riassunte mettono in luce due diverse modalità di estinzione del trust nelle quali il trustee gioca un ruolo pivotale, mentre il disponente subisce l'iniziativa altrui. Senza approfondire ulteriormente il punto, che pure si palesa interessante, va qui osservato come, dunque, tra i soggetti che possono determinare modifiche nell'assetto proprietario dei beni in trust, in quanto possono collaborare

all'estinzione dello stesso, vi è anche il trustee.

Tale ultimo dato vale a mettere nel nulla la ricerca di tracce che consentano - nel rispetto della nostra sistematica e della tradizione civilistica - una classificazione dominicale dei rapporti tra soggetti, diritti e beni coinvolti in una vicenda di trust. Cij in quanto le considerazioni svolte nel presente paragrafo non solo confermano la sensazione dalla quale si è partiti, a tenore della quale il trustee è solo formalmente proprietario del trust fund(42), ma hanno anche dimostrato che nessun altro soggetto può a ragione essere ritenuto proprietario del patrimonio in trust. La conclusione a cui si è pervenuti potrebbe allarmare il civilian di stretta osservanza, in quanto una proprietà così impalpabile non è certo a lui familiare. In suo parziale soccorso, tuttavia, sovviene una breve chiosa.

° 5. Una breve chiosa.

In seguito alla istituzione di un trust, determinati beni escono dalla proprietà del disponente e si emancipano da rapporti dominicali, al punto da divenire un patrimonio autonomo rispetto a quello dei soggetti coinvolti nell'operazione(43). Detto patrimonio, nel modello nordamericano, quando il trust non sia da considerare imm modificabile, risulta funzionalizzato ai desideri attuali di tali soggetti, variamente combinati, a seconda delle circostanze, così come osservato nel corso dei paragrafi precedenti. Cij è a dire che l'accordo tra gli interessati (ovvero, in certi casi, alcuni interessati), che integri di volta in volta i presupposti richiesti dalla normativa di riferimento (nell'economia del presente saggio si è scelto il Restatement statunitense perché fonte autorevole e di applicazione geografica assai ampia), può incidere in maniera determinante sulla vita del trust e dunque sulle vicende future dei beni in esso racchiusi.

La conclusione ora esposta non deve, tuttavia, creare soverchie preoccupazioni. Cij in quanto: 1) il c.d. trust amorfo, e cioè il trust che la convenzione dell'Aja ha reso operativo in Italia, è destinato ad operare secondo regole in parte diverse da quelle proprie del trust inglese o nordamericano, regole il cui tenore dipende dalla legge nazionale disciplinante il trust che risulta di volta in volta applicabile(44); 2) anche nel nostro ordinamento non mancano istituti che si fondano sull'esistenza di una proprietà più formale che sostanziale retta da meccanismi simili a quelli analizzati nel corso del presente scritto(45). E' forse quest'ultimo il segno di come il concetto di proprietà si sta evolvendo negli ordinamenti di tradizione civilistica? Nell'impossibilità di approfondire in questa sede tale versante della riflessione, basterà suggerire al lettore che volesse indagare nella direzione indicata, a mo' di prime tracce, l'istituto del fondo patrimoniale familiare, la legge italiana sulla c.d. securitization, ovvero il negozio fiduciario e la disciplina delle società fiduciarie(46). Quanto segnalato sarà sufficiente per avvertire che forse non tutto cij che sembra nuovo lo è realmente, ma anche che, mutatis mutandis, non ogni novità può essere ricondotta alle categorie tradizionali(47), pena un'approssimazione foriera di pericolosi fraintendimenti.

Note:

(1) Cfr., tra gli altri, per fermarci all'esperienza italiana, R. Franceschelli, *Il trust nel diritto inglese*, Padova, 1935; G. Bernardi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Studi di scienze giuridiche e sociali, Pavia, 1957; C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, Riv. dir. comm., 1936, I, 548; e A. Gambaro, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, Riv. dir. civ., 1984, I, 93. Contrario ad una riconduzione del trust alle nostre categorie dominicali è M. Lupoi, *Introduzione ai trusts - Diritto inglese - Convenzione dell'Aja - Diritto italiano*, Milano, 1994, p. 74, in cui l'autore sottolinea come l'estate, tradizionalmente ricevuto da beneficiari e trustee, sia un diritto in rem, ma non paragonabile alla proprietà civilistica. Sembra utile, tuttavia, sin d'ora rinviare alle successive note 12, 37 e 42.

(2) Sul punto sia consentito rinviare a F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust (ovvero perché non possiamo farne a meno)*, Corriere giur., 1999, 630, 773, a p. 631, ed alla dottrina ivi citata.

(3) Il (Second) Restatement, alla sect. 2, definisce testualmente il trust "a fiduciary relationship with respect to property, subjecting the person by whom the title to the property is held to equitable duties to deal with the property for the benefit of another person, which arises as result of a manifestation of an intention to create it".

(4) A titolo esemplificativo, v. il Texas Trust Code, Texas Property Code Ann., ° 111.004 (4) (West 1984).

(5) Tra gli altri, cfr. G. Cheshire, *Il concetto di "Trust" secondo la Common Law inglese*, Torino, 1998; J. H. Langbein, *The Contractarian Basis of the Law of Trusts*, 105 Yale L.J. 625 (1995); D. J. Hayton, *The Law of Trusts*, London, 1993; A. W. Scott - W. F. Fratcher, *The Law of Trusts*, °° 2.3-2.6 e °°40-48, Boston, 1987-89; W. F. Fratcher, *Trust*, Intern. Encycl. of Comp. Law, C. B. Mohr (Paul Siebeck) - Oceana, vol. VI, Ch. 11; W. W. Buckland - A. D. McNair, *Roman Law and Common Law. A comparison in outline*, Cambridge, 1952, p. 176-179; G. T. Bogert, *Trusts*, St. Paul, Minnesota, 1987, p. 1.

(6) A tenore della dottrina angloamericana della dual property, la legal ownership sui beni in trust spetterebbe al trustee e la beneficiary ownership (anche detta equitable ownership) ai beneficiari. Cfr., tra gli altri, M. Lupoi, *Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione dell'Aja del 1\_ luglio 1985*, Vita not., 1992, 966; nonché E. Calò, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, p. 40 s. Ma per una riflessione più recente sulla "figura giuridica dei beneficiari", v. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 291 s.

(7) Parte della dottrina italiana da alcuni anni revoca in dubbio l'esistenza di un principio di tipicità dei diritti reali e preferisce parlare a tale riguardo di dogma, ma in questa sede ogni approfondimento in tal senso è precluso. Per una riflessione di diritto comparato sul numero chiuso dei diritti reali, v. da ultimo A. Fusaro, *Il numero chiuso dei diritti reali*, Riv. crit. dir. priv., 2000, 439; e cfr. E. Merryman, *Policy, autonomy and the numerus clausus in Italian and American Property Law*, 12 Am. J. Comp. L. 224 (1963). Sull'incompatibilità tra trust e numero chiuso dei diritti reali di origine civilistica, tra gli altri cfr. M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 483; e F. Di Ciommo, *La convenzione dell'Aja del 1\_ luglio 1985 e il c.d. trust interno*, Temi Romana, 1999, 779.

(8) Cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla real property e sul trust nel diritto inglese*, Milano, 1971, passim.

(9) Cfr. M. Lupoi, *Introduzione ai trusts [supra, nota 1]*, p. 76, il quale sostiene che: "non giovano espressioni degli scrittori (e dei giudici) di lingua inglese, i quali frequentemente parlano di proprietà equitativa (equitable ownership). Essi implicitamente si riferiscono alla proprietà di un equitable estate, ma il lettore civilista non se ne rende conto e pensa ad un particolare tipo di proprietà. Si tratta invece

sempre e soltanto degli estates". Sempre M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 297, sottolinea come "una delle radici profonde degli equivoci che regnano in questa materia stia nel concetto di ownership e nella sua irriducibilità al concetto di real property".

(10) Così A. Candian - A. Gambaro - B. Pozzo, *Property - Propriété - Eigentum*, Padova, 1992, p. 13. A tal riguardo, parla espressamente di "fragmentation of ownership" F. H. Lawson, *Structural Variations in Property Law*, Intern. *Encycl. of Comp. Law*, C. B. Mohr (Paul Siebeck) - Oceana, vol. VI, Ch. 2.

(11) A conclusioni parzialmente diverse giunge da ultimo R. Caterina, *I diritti sulle cose limitati nel tempo*, Milano, 2000, p. 334 s., a cui si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti dottrinari; ma per una recente ed autorevole affermazione della perpetuità e della "unicità" del diritto di proprietà, v. C. M. Bianca, *La proprietà*, Milano, 1999, in particolare pp. 153, 156 e 202. Cfr. M. Lupoi, *Appunti sulla Real Property e sul Trust nel diritto inglese* [supra, nota 8] passim; A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988; M. Graziadei - B. Rudden, *Il diritto inglese dei beni e il trust: dalle res al fund*, *Quadrim.*, 1992, 452; A. Candian - A. Gambaro - B. Pozzo, *Property* [supra, nota 10], passim; U. Mattei, voce "Proprietà", *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, 1997, vol. XV, 432; A. Gambaro, voce "Proprietà in diritto comparato", *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Utet, Torino, 1997, vol. XV, 502.

(12) Cfr., da ultimo, F. Di Ciommo, *Brevi note in tema di azione revocatoria, trust e negozio fiduciario*, *Foro it.*, 1999, I, c. 1470. M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 302 afferma che "esiste un preminente profilo proprietario, ma esso riguarda il trustee, non il beneficiario" ed inoltre (p. 299) che "non ci possono essere proprietari diversi dal trustee"; ma cfr. sin d'ora le successive note 37 e 42. Già F. W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures*, a cura di A. H. Chaytor - W. J. Whittaker (I ed. 1909, II ed., rivista, 1936), ed. italiana a cura di A. R. Borzelli, Milano, 1979, p. 31, si chiedeva se i diritti del beneficiario scaturenti dal trust andassero inquadrati sotto la disciplina della proprietà o delle obbligazioni. Mentre A. L. Diamond, *The Trust in English Law*, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1981, 289, afferma che: "we can say that the trust forms part of the law of property, the concept is essentially related to the Law of obligations". V. anche H. Hansmann - U. Mattei, *The Function of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434 (1998).

(13) La sentenza 17 maggio 1994, Causa C-294/92, G. L. Webb c. L. D. Webb - che rileva l'assenza di diritti reali in capo ai beneficiari di trusts - è pubblicata in *Racc. giur. comunit.*, 1994, I, 1717, nonché in *Tributi*, 1994, 1048.

(14) Non è del tutto corretto riferirsi alla realtà ovvero all'obbligatorietà di diritti ed azioni per definire situazioni giuridiche di common law. L'esigenza di tradurre in termini civilistici la vicenda di tradizione angloamericana giustifica, tuttavia, qualche piccola imprecisione linguistica.

(15) Così M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 614, F. Di Ciommo, *Brevi note* [supra, nota 12], c. 1471.

(16) L'elasticità del trust e la sua natura tradizionalmente polimorfa fanno sì che, a seconda del tipo di trust adottato, al mutare delle condizioni, muti anche la disciplina applicabile e, dunque, le conseguenze derivanti da una situazione in cui si verificano determinate circostanze. Cfr. M. Lupoi, *The shapeless trust*, *Vita not.*, 1995, 92; nonché S. Tondo, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996.

(17) Sulla figura del trustee cfr., tra gli altri, S. Mazzamuto, *La legittimazione negoziale del trustee: spunti per una discussione*, *Trusts*, 2000, p. 486; nonché E. Corso, *Trustee e gestione dei beni in trust*, Milano, 2000.

(18) La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2001, 109.

(19) Sul protective trust v. diffusamente M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 220.

(20) I giudici del Kansas si erano già espressi in tal modo nel caso *McClary v. Harbaugh*, 646 P2d 498 (1982).

(21) Il (Second) Restatement of Trusts fu adottato dall'American Law Institute a Washington, D. C., il 23 maggio 1957, e fu pubblicato da American Law Institute Publishers, St. Paul, Minnesota, nel 1959. Sulla rilevanza del Restatement come strumento per risolvere i dubbi ermeneutici e porre rimedio alle lacune della legislazione non vi sono contrasti nella dottrina e nella giurisprudenza nordamericana.

(22) Per inciso va segnalato come la seconda parte della sect. 338 preveda che: "Anche se uno o più beneficiari di un trust non consentono alla sua modifica o alla sua estinzione, ovvero sono in stato di incapacità, gli altri beneficiari con il consenso del disponente possono pretendere una modificazione o una parziale estinzione del trust se gli interessi dei beneficiari dissenzienti o incapaci non vengono pregiudicati" [trad. dell'a.].

(23) Tale argomento sembra strizzare l'occhio ai giudici per indurli ad applicare la sect. 336 del Restatement, nella quale si prevede che, qualora sopravvengano circostanze non conosciute e non previste dal disponente, se la continuazione del trust potrebbe pregiudicarne la realizzazione degli scopi, la corte ordina o permette l'estinzione del trust. Tuttavia, nel caso in rassegna gli attori, attuali appellanti, avevano agito non per l'estinzione bensì per la modifica del trust, il che introduce una novità non da poco nell'economia della vicenda giudiziaria.

(24) Giova a proposito ricordare che il Restatement si dimostra attento a salvaguardare la libera manifestazione di volontà del disponente. Qualora si fosse dimostrato in giudizio che il disponente aveva strutturato in un certo modo il trust a causa di un errore, ovvero di violenza o frode altrui, la corte avrebbe potuto consentirne la modifica proprio per rispettare tale volontà.

(25) La sect. 337 del Restatement contiene una regola del tutto simile a quella prevista nella legge del Kansas per cui i beneficiari possono ottenere l'estinzione di un trust se essa non ne pregiudica la realizzazione dello scopo. Tuttavia, come già segnalato nel testo, tale regola non risolve direttamente il caso in rassegna perché non riguarda anche l'ipotesi di modifica del trust, bensì solo quella di estinzione.

(26) Per un commento efficace al capitolo decimo del Restatement, v. G. G. Bogert - D. H. Oaks, *Cases and Text on the Law of Trusts*, Mineola, New York, 1978, sect. 10.

(27) La sect. 330, al II comma afferma che: "Salvo quanto statuito nelle sect. 332 [Potere di revocare o modificare omissso per errore] e 333 [Rescissione e riforma], il disponente non può revocare il trust se non si è riservato il potere di revoca nei termini del trust" [trad. dell'a.]. Nella stessa maniera si esprime il II comma della sect. 331. I commenti delle due regole chiariscono all'unisono, in entrambi i casi alla lettera (a), che con la locuzione "termini del trust" si fa riferimento alla manifestazione di intenzione del disponente che risulta espressa

in modo da poter essere ammessa come prova in giudizio. L'intenzione del disponente, come evidenziato ancora nel commento, è quella del momento in cui il trust fu creato, a nulla rilevando quella successiva.

(28) Secondo la sect. 332, quando il trust è creato per atto scritto ed il disponente ha inteso riservarsi il potere di modificarlo e/o estinguerlo, ma per errore nell'atto non ha inserito materialmente tale previsione, egli può far riformare l'atto di trust e può esercitare la facoltà.

(29) Ma in tal caso la sect. 341 prevede anche, al suo II comma, che: "se il beneficiario di un trust protettivo, avente l'intero beneficial interest sulla trust property, diventa involontariamente il solo trustee, egli può conferire l'incarico ad un nuovo trustee e ricostituire il trust" [trad. dell'a.].

(30) Sulla sect. 336 v. la precedente nota 23.

(31) Il commento della sect. 337, alla lettera (a), rubricata "general rule", chiarisce - come anticipato alla nota 25 - che: "i beneficiari di un trust, se tutti sono d'accordo e nessuno è in stato di incapacità, possono pretendere l'estinzione del trust se la sua continuazione non è necessaria a realizzare un suo scopo materiale, e ciò anche se il periodo fissato dai termini del trust per la sua durata non è spirato" [trad. dell'a.].

(32) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 25, rileva che: "l'oggetto del trust appartiene al trustee, ma non si confonde con gli altri elementi del suo patrimonio perché non è economicamente suo". Cfr. infra nota 37.

(33) Riepilogando quanto, seppure in maniera frammentaria, già detto, va chiarito che il disponente può determinare da solo modifiche del trust ovvero, addirittura, l'estinzione dello stesso se si è riservato tali facoltà espressamente al momento della costituzione del trust; i beneficiari possono, di comune accordo, chiedere l'estinzione del trust (ma non la modifica) quando essa non impedisca la realizzazione di uno scopo del trust; fuori da tali casi, per modificare o estinguere un trust, ai sensi della sect. 338, beneficiari e disponente devono essere d'accordo. Riassume tali circostanze, in verità in maniera un po' sibillina, E. Calu, Dal probate al family trust [supra, nota 6], p. 54, dove si afferma che "in alcune giurisdizioni (Inghilterra) il trust può estinguersi sulla base della volontà dei beneficiaries, mentre in altre (nella maggior parte degli USA) detta volontà non basta e, viceversa, rileva il material purpose del trust".

(34) Infatti, le disposizioni introdotte in Inghilterra dal Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996, rafforzano la posizione dei beneficiari ultimi di un trust of land e tuttavia confermano espressamente, alla sect. 6 (1), che al trustee competono "all the powers of an absolute owner". L'art. 3 del recente Trustee Act 2000 applica in via generalizzata tale previsione affermando che ogni trustee può compiere investimenti come se avesse pieno diritto dei beni in trust.

(35) Anche la modifica del trust da parte del disponente che, ad esempio, nomina un nuovo beneficiario, ovvero un nuovo trustee, non può essere considerata una disposizione del diritto di proprietà sui beni in trust.

(36) Sul potere dei beneficiari di modificare i termini del trust, v. più diffusamente S. Gardner, An introduction to the Law of Trusts, Oxford, 1990, p. 159 s.

(37) Lupoi, Trusts [supra, nota 6], pp. 289-290, in riferimento al modello inglese, avverte che oggetto del trust è il diritto del trustee e non i beni contenuti nel trust fund. Questo diritto è oggetto del trust perché è affidato al trustee, il quale, rispetto ai beni, gode di un titolo di appartenenza caratterizzato dalla mancanza di pienezza equitativa. Anche sulla base di tali considerazioni, a chi scrive sembra che, in un ordinamento di civil law, la situazione di appartenenza del trustee di un trust regolato dalla legge inglese (ma in generale di un trust di common law, ed infatti la riflessione che nel testo si va conducendo guarda al modello nordamericano più che a quello inglese) non possa essere ricondotta allo schema proprietario. Ciò in quanto, posta l'estraneità del binomio common law / equity, la mancata pienezza equitativa si riverbera, in un ambiente di diritto civile, sulla natura del diritto che il trustee vanta sui beni. E' vero infatti, come osservato da M. Lupoi, che "il difetto equitativo non tocca il contenuto del diritto", ma questo vale - giova ripeterlo - solo dove è possibile scindere l'equity dal common law.

(38) La mancata realizzazione dello scopo è espressamente valutata come irrilevante nel Restatement anche ai sensi delle sect. 342 e 343.

(39) Cfr. M. Lupoi, Introduzione ai trusts [supra, nota 1], p. 76, il quale afferma che: "Il patrimonio separato è solo una forma di linguaggio, la quale commette l'errore di muoversi sul piano proprietario, che abbiamo appena visto non essere quello caratteristico del trust, di precludersi gli aspetti dinamici della fiducia nel trust e di non caratterizzare la posizione dei beneficiari" [trad. dell'a.]. Cfr. l'art. 2 della Convenzione dell'Aja del 1<sup>o</sup> luglio 1985, ratificata in Italia con la L. 16 ottobre 1989, n. 364, nel quale si evita ogni riferimento alla proprietà, mentre si afferma che: "Il termine trust si riferisce alle relazioni legali create [...] da una persona, il disponente, quando i beni sono posti sotto il controllo del trustee a vantaggio un beneficiario o per il raggiungimento di uno scopo specifico" [trad. dell'a.]. In proposito, v., tra gli altri, A. Busato, Commento all'art. 2, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli (cur.), Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento, Le nuove leggi civili commentate, 1993, p. 1229.

(40) Il commento della sect. 338, alla lettera (h), dedicata alla modificazione del trust, afferma, al primo capoverso, che: "Anche se qualche beneficiario non esprime il suo consenso alla modificazione del trust o si trova in stato di incapacità, se il disponente ed i beneficiari che manifestano il proprio consenso non sono incapaci, possono pretendere la modificazione del trust anche se gli scopi del trust in relazione ai beneficiari consenzienti non sono stati realizzati, sempre che gli interessi dei beneficiari che non hanno consentito alla modifica non siano pregiudicati" [trad. dell'a.].

(41) Ciò a patto che il trust non risulti imm modificabile. Il miglior modo per rendere un trust imm modificabile è costituirlo in forma di trust protettivo (anche detto spendthrift trust; v. infra, nota 19), ma spesso anche trusts non protettivi sono ritenuti dalle corti imm modificabili: così G. G. Bogert - D. H. Oaks, Cases [supra nota 26], p. 412. Cfr. D. J. Hayton, Law Relating to Trusts and Trustees, London, 1987, p. 628 s.

(42) Cfr. M. Lupoi, Introduzione ai trusts [supra, nota 1], p. 72, il quale afferma che: "il trust è [...] la categoria che descrive la posizione di non completo dominio del trustee rispetto a taluni beni o diritti, a causa di limitazioni impostegli dall'equity"; nonché M. Lupoi, Trusts

[supra, nota 9], p. 289 ed in proposito v. nota 37. Cfr. altresì C. M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996. Ed inoltre v. l'art. 2, II comma, lett. b) della Convenzione dell'Aja del 1985, il quale - come già indicato alla nota 39 - sembra confermare l'idea per cui quella del trustee sarebbe, rispetto ai beni, solo una titolarità formale.

(43) Alla luce della riflessione condotta, appare rafforzata la tesi per cui il trust sarebbe uno strumento utile per creare regolare e gestire rapporti giuridici, e non un istituto atto a trasferire la proprietà, visto che questo effetto si realizza solo alla fine della durata del trust. Cfr. H. Hansmann - U. Mattei, *The Function of Trust Law* [supra, nota 12], passim; A. Ogus, *The Trust as Governance Structure*, 36 *U. Toronto L. J.* 186 (1986); N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, *Rass. dir. civ.*, 1996, 483; F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust* [supra, nota 2], p. 638. Cfr. infra nota 39.

(44) Per tale motivo è possibile immaginare che i problemi ermeneutici affrontati nel corso della riflessione che si va concludendo si porranno soltanto nel caso in cui ad un trust con effetti in un paese di civil law si riterrà applicabile, ai sensi della Convenzione, una legge sul trust che contiene principi analoghi a quelli del Restatement nordamericano.

(45) Del resto, già qualche anno fa N. Lipari, [supra, nota 43], p. 496, riteneva "scontato che la Convenzione de L'Aja imponga di ripensare - nella loro sistemazione concettuale così come nella loro applicazione pratica - istituti quali la fondazione, il mandato, il patrimonio familiare, il contratto a favore di terzo, la vendita a scopo di garanzia, le società fiduciarie [...], tutti gli strumenti negoziali utilizzati a scopo di garanzia o di gestione e via dicendo."

(46) Cfr., anche per la dottrina ivi citata, M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 624 s. e p. 728 s.; e F. Di Ciommo, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, cap. II, in R. Pardolesi (a cura di) *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, Milano, 1999, p. 89 s., dove, tra l'altro, viene trattato il tema dell'incrocio tra securitization e trust.

(47) La delicatezza dell'argomento, meriterebbe ulteriori approfondimenti. Sulla qualificazione dominicale delle situazioni soggettive scaturenti dal trust il dibattito resta aperto, anche perché sembra impossibile svolgere un unico discorso che vada bene per tutti i trusts operanti nel mondo. Per constatare la vivacità del dibattito, v. G. Palermo, *Sulla riconducibilità del trust interno alle categorie civilistiche*, *Riv. dir. comm.*, 2000, 133, il quale recentemente ha sostenuto (in particolare a p. 148) l'impossibilità di ricorrere "allo schema del diritto di proprietà, per tutto quanto concerne le posizioni soggettive specificamente riferibili, nelle fasi intermedie del procedimento, sia in capo al gestore, sia in capo al beneficiario"; nonché M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 6], p. 309, il quale - dopo aver avvertito che il modello tradizionale inglese appare difficilmente esportabile, motivo per cui non è il necessario modello di riferimento, e dopo aver chiarito la differenza tra "fiducia" e "affidamento" - definisce il trust "una proprietà fiduciaria, che non è un particolare e nuovo diritto reale, ma una categoria generale di numerosi ordinamenti giuridici, inclusi il nostro".