

I principia e i modelli di trust

di Andrea Vicari

Le recenti innovazioni legislative che hanno caratterizzato il panorama dei trust suggeriscono la necessità di ripensare alla tradizionale distinzione tra trust del modello inglese e trust del modello internazionale, aprendo la prospettiva verso una differente costruzione di modelli basati sui *principia*.

■ La nozione di modelli di trust e la sua centralità nella analisi comparatistica

Ci è stato insegnato a parlare di “trusts” al plurale.

Tra le varie ragioni di questo insegnamento spicca, ai fini del presente saggio, quella di sottolineare la pluralità di discipline che, nei vari sistemi giuridici, si occupano del, e modellano diversamente il, diritto dei trust.

Da una parte, soprattutto all'interno della *common law*, si è assistito ad una “corsa al trust”, che ha generato un modello di trust che ha assunto e sempre più sta assumendo caratteristiche sue proprie ed indipendenti da quelle del modello del trust inglese(1): è questo il modello del trust internazionale.

D'altra parte, oggi si assiste sempre più frequentemente al fenomeno del trust di *civil law*(2). Le legislazioni civilistiche sui trust presentano numerosi dati coincidenti sia fra loro, sia rispetto al modello del trust internazionale o al modello del trust inglese: così che è dubbio se debbano essere ricondotte ad uno di questi ultimi o invece si possa individuare un proprio modello di trust civilistico(3). Ad esempio, la legge della Repubblica di San Marino(4) non sarebbe facilmente riconducibile al modello del trust internazionale, secondo Paul Matthews(5).

Infine, è sempre maggiore la diffusione del trust nei sistemi islamici (Dubai, Barhein, Brunei(6)) e la loro riconducibilità ai modelli di trust internazionale o inglese è ancora più dubbia e difficoltosa che per il trust di *civil law*. Anche qui, probabilmente, si dovrà porre la questione della possibilità di individuare un modello di trust islamico.

Nell'analisi comparatistica, quindi, la nozione di

modello di trust è centrale. Essa misura distanze tra ordinamenti ed orienta lo sguardo dell'osservatore, permettendogli di riconoscere immediatamente il “dna” della disciplina che sta osservando.

La teoria dei modelli di trust è stata costruita da Maurizio Lupoi, il quale li ha generati analizzando le *regulae* vigenti nei sistemi osservati.

Per comprendere questo è sufficiente volgere lo sguardo al modello del trust internazionale ed alle modalità di sua costruzione. È l'esistenza e la condizione di alcune precise *regulae* tra ordinamenti che permette agli stessi di essere ricondotti al modello del trust internazionale, così che questo risulta chiaramente costruito sulla base di *regulae* che lo caratterizzano(7).

.....
Andrea Vicari - Avvocato e notaio nella Repubblica di San Marino, dottore di ricerca in diritto comparato, Doctor of Juridical Science (Cornell); ITP (Harvard).

Note:

(1) M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, p. 311 s.

(2) Ovvero, all'adozione di leggi speciali in ordinamenti civilistici, dovuta alla partecipazione di questi alla “corsa al trust” oppure ad orientamenti fondati sulla percezione dell'opportunità di introdurre nuovi strumenti negoziali e di supplire, per questa via, a talune limitazioni che bloccavano lo sviluppo degli strumenti civilistici tradizionali o, infine, alla persistenza di antiche forme negoziali, alle quali si attribuiscono oggi nuove funzioni.

(3) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 1], p. 155, p. 413; Id., *Traccia di un corso di sistemi giuridici comparati*, Napoli, 2001.

(4) San Marino, legge 17 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 436.

(5) P. Matthews, *La legge della Repubblica di San Marino ed il modello di trust internazionale*, in P. Manes – N. Soldati (curr.), *I trust interni e la legge della Repubblica di San Marino sui trust*, Rimini, 2007, 93.

(6) Dubai, *Trust Law*, in questa Rivista, 2006, 303; Bahrain, *Financial Trusts*, ivi, 629.

(7) Altre sono *regulae* nuove, tra queste Maurizio Lupoi ha individuato quelle relative a: legge regolatrice del trust; legge regolatrice del negozio istitutivo del trust; legge regolatrice del negozio di trasferimento al trustee; limiti di applicazione delle leggi o sentenze straniere; azione revocatoria; registrazione del trust; riservatezza; trust di scopo, “charitable” o meno; posizione giuridica del beneficiario; durata del trust; *protector* (“guardiano”); *letter of wishes*; emergente contrattualità. La definizione del modello del trust internazionale (come anche quella del modello del trust inglese) compiuta da Maurizio Lupoi è quindi evidentemente frutto di un'operazione logica sviluppata a partire dalle *regulae*. M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 1], p. 155.

■ La frammentazione del modello del trust internazionale

La teoria della costruzione di modelli di trust a partire dalle *regulae* ha avuto ed ha grande valore scientifico e notevole utilità per orientare la comprensione della pluralità e poliedricità del diritto dei trust nel mondo. Io stesso l'ho applicata nella definizione del modello dell'asset protection trust(8).

Tuttavia, negli ultimi anni, le *regulae* di leggi particolari, all'interno del modello internazionale, si vanno diversificando, affermandosi una serie di deformazioni della disciplina normativa volte ad avvantaggiare quella legge particolare, a scapito di altre, nella scelta del disponente. Questo avviene con tecniche diverse, sempre più originali. Nel fare questo, i vari sistemi giuridici si guardano ed osservano meno rispetto a quanto avveniva nella fase iniziale della corsa al trust. Tuttavia, le soluzioni proposte sono tutte caratterizzate dalla volontà di permettere al disponente di conservare una posizione dominante nel funzionamento del trust, svuotare di contenuto gli obblighi del trustee permettendo a costui di assecondare le idiosincrasie del disponente.

Se si guarda a queste *regulae* è, infatti, sempre più difficile individuare elementi comuni tra le varie leggi che appartengono al modello del trust internazionale.

L'emanazione della disciplina dello *Star Trust*(9) nelle Isole Cayman, di quella del *Vista Trust*(10) nelle Isole Vergini Britanniche, la sempre più ampia diffusione di *regulae* facilitanti la ritenzione di poteri da parte del disponente (a partire dalla *sect. 13 (c)* della legge delle Isole Cook introdotta nel 1989, fino al recente art. 9A della Legge di Jersey(11)) hanno mostrato come, all'interno del modello del trust internazionale, sia ormai manifesta la spinta centrifuga dal modello e una tendenza verso una forte caratterizzazione da parte di ciascuna legge.

Insomma, la prospettiva è quella della frammentazione dell'unità del modello del trust internazionale(12).

Per questa ragione, la teoria della costruzione dei modelli sulla base delle *regulae* potrebbe prima o poi essere sempre di più difficile applicazione, alla luce del progressivo allontanamento delle *regulae* stesse. Quindi, questa teoria della costruzione dei modelli potrebbe essere affiancata da una nuova, che li costruisca non sulla base delle *regulae* ma sui *principia*.

■ Sistemi, *regulae* e *principia*

Maurizio Lupoi qualche anno fa ha proposto ai comparatisti alcuni nuovi strumenti euristici: le nozioni di sistema, di *principium* e di *regula*(13). L'oggetto di questo studio, sebbene piuttosto limitato, permette di impiegare questi strumenti con profitto e, d'altra parte, permette di comprendere bene la loro operatività. Prima di impiegarli, occorre, però, spiegarli a chi con essi non è familiare.

Partiamo dalla nozione di sistema. Essa non coincide con quella di ordinamento, ma indica un'area di questo individuata dal comparatista come oggetto di studio. Un sistema è un insieme di dati giuridici (individuati dal comparatista) interagenti ed interdipendenti. Dati giuridici possono essere sentenze, norme legislative, opinioni dottrinali. *Regulae*, insomma. Ma non solo questo.

Anche i *principia* fanno parte del sistema e ne sono immanenti. I *principia*, al contrario delle *regulae*, sono peraltro raramente studiati dai giuristi, perché non immediatamente percepiti come rilevanti per la soluzione dei problemi della vita.

Così non è e, perciò, debbono essere presi in considerazione dall'analisi comparatistica. Questo perché per ragionare sulle *regulae*, il comparatista non può evitare di salire al livello dei *principia* che rappresentano il fondamento delle *regulae* stesse. Essi sono il fondamento delle *regulae* perché nascono da queste e queste generano, perché danno loro vitalità o le costringono ad un'esistenza ctonia, riducendo la loro voce ad un fiato inascoltato.

I *principia* non sono i principî, cioè ricostruzioni analitiche concettuali di un complesso di *regulae* aventi oggetto omogeneo, ma sono i modelli riso-

Note:

(8) A. Vicari, Il trust di protezione patrimoniale, *Trusts*, Quaderni, n. 3, Milano, 2003, p. 30 s.

(9) Cayman Islands, *Special Trusts (Alternative Regime) Law*, 1997 (confluita nella *Trusts Law* 2001), in questa Rivista, 2000, 107.

(10) British Virgin Islands *Special Trusts Act* 2003, in questa Rivista, 2005, 127.

(11) *Trusts (Jersey) Law*, 1984 (as amend. 2006), in questa Rivista, 2007, 104.

(12) Per un lucido riconoscimento di questo fenomeno, M. Lupoi, Jersey ed il modello internazionale, in E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, *La legge di Jersey sul trust*, *Trusts*, Quaderni, n. 8, Milano, 2007, p. 3 s..

(13) M. Lupoi, *Traccia di un corso* [supra, nota 3].

lutivi delle principali istanze della vita sociale, i rapporti durevoli fra le componenti dell'ordinamento: istanze usualmente non verbalizzate di modi di essere.

I *principia*, il più delle volte, non sono neanche espressamente ed individualmente avvertiti dai giuristi e dagli altri attori della scena giuridica che invece inconsciamente ne sentono l'influenza⁽¹⁴⁾. Quindi, i *principia* sono sempre parte della coscienza giuridica dell'ordinamento e dei suoi consociati, ma non sempre sono parte espressa del sistema delle *regulae*: per trovare quelli occorre guardare soprattutto a questo e da questo estrapolare i *principia* inespressi che lo impregnano.

Una volta identificati, i *principia* permettono di spiegare la generazione di nuove *regulae*, l'interpretazione ed applicazione di quelle esistenti. Infatti, le *regulae* debbono essere interpretate e l'interprete, attore in un determinato sistema, tenderà a risolvere le loro ambiguità secondo i *principia* vigenti nel sistema stesso. L'interprete, inoltre, tenderà spesso a scegliere quella applicazione più idonea a conservare i *principia* che governano il sistema e a garantire la sopravvivenza del sistema stesso.

Allo stesso modo, quando il legislatore dovrà emanare una nuova *regula*, questa sarà impregnata dal *principium*. È, infatti, questo, una volta affermato, come vigente in un determinato sistema, a generare le nuove regole che lo rafforzano.

Preso il diritto dei trust nei vari paesi oggetto di osservazione come una serie di sistemi, il passaggio della prospettiva dai *principia* alle *regulae* nella costruzione dei modelli apre interessanti panorami all'osservatore.

■ I modelli costruiti sui *principia*: il modello del trust con affidamento ed il modello del trust senza affidamento

Se si guardasse ai *principia* vigenti nei vari sistemi del diritto dei trust, piuttosto che alle *regulae* che li incarnano, e da questi sistemi si volessero costruire dei modelli, individuandone le caratteristiche fondamentali, si potrebbero oggi ricondurre i vari sistemi del diritto dei trust a due modelli fondamentali: quello del modello del trust con affidamento e quello del modello del trust senza affidamento.

Infatti, nei vari sistemi del diritto dei trust si può oggi riscontrare l'esistenza di due fondamentali *prin-*

cipia, allo stesso tempo alternativi e contrapposti.

Il primo (qui di seguito, il "*principium* dell'affidamento") è quello dell'affidamento pieno al trustee. Nei sistemi dove vige questo *principium* si troveranno *regulae* che confermano e supportano la pienezza proprietaria del trustee e dei suoi poteri, che incrementano e precisano obblighi e sanzioni, ed aumentano le tutele dei beneficiari.

Il secondo (qui di seguito, il "*principium* dello svilimento") è quello dello svuotamento della posizione del trustee. Nei sistemi dove vige questo *principium* si troveranno *regulae* che riducono i suoi poteri ed obblighi, che riducono le tutele in capo ai beneficiari e che permettono lo svilimento della posizione del trustee fino a ridursi, spesso, a poco più di una marionetta nelle mani del disponente o un muto testimone di azioni altrui.

Esempio degli effetti del *principium* dello svilimento sono le seguenti *regulae*:

a) le norme emanate dalle Isole Cayman in tema di *Star Trust*, che privano i beneficiari della legittimazione ad agire contro il trustee e quindi permettono a costui di piegarsi alla volontà del disponente con minori preoccupazioni rispetto al trust di modello inglese (Special Trusts (Alternative Regime) Law, 1997);

b) le norme emanate dalle Isole Vergini Britanniche che, escludendo la "prudent man of business rule" in tema di investimenti, permettono al trustee di investire i beni in trust in partecipazioni e rimanere passivo rispetto agli andamenti di tale investimento ed alle sorti della società (Virgin Islands Special Trusts Act 2003);

c) le norme emanate da Jersey che vogliono prevenire l'accertamento della simulazione, stabilendo l'inapplicabilità al trust della *regula donner et ritenir ne vaut*⁽¹⁵⁾;

d) le regole che permettono al disponente di mantenere per sé poteri penetranti nel funzionamento del trust, privandone il trustee (a partire dalla *sect. 13* (c) della legge delle Isole Cook introdotta nel 1989 fino al recente art. 9A della Legge di Jersey).

Note:

(14) M. Lupoi, Common law e civil law (alle origini del diritto comune europeo), Foro it., 1993, V, 431; Id., Principii, *regulae*, *principia*, in M. Bessone (cur.), Diritto giurisprudenziale, Torino, 1996, 27.

(15) Jersey, Trust Law, art. 8 A (1), quando introdotto, oggi 9 (5). Per maggiori dettagli, v. A. Vicari, Il trust di protezione patrimoniale [*supra*, nota 8], p. 37 s.

Esempio degli effetti del *principium* dell'affidamento sono le seguenti *regulae*:

a) le norme che, in diritto inglese, hanno imposto un generale duty of care sul trustee e concesso a questo un generale power of investment (Trustee Act 2000, part I e part II);

b) le norme che, in diritto sammarinese, colpiscono la violazione degli obblighi del trustee con sanzioni penali, rafforzando così la sua responsabilità (L. 17 marzo 2005, n. 37, artt. 59-63);

c) le norme che, in diritto sammarinese, chiaramente stabiliscono la nullità del trust quando il trust è simulato o è simulato il trasferimento di beni al trustee (L. 17 marzo 2005, n. 37, art. 11);

d) le norme che, in diritto di Guernsey, stabiliscono l'invalidità di qualsiasi clausola dell'atto istitutivo che permetta al trust di essere tenuto indenne, per il tramite dei beni in trust, dagli eventuali risarcimenti per inadempimento dei propri obblighi a cui potrebbe essere condannato (The Trusts (Guernsey) Law, 2007, art. 39).

Si possono allora costruire il "modello del trust con affidamento", al quale saranno ricondotti i sistemi del diritto dei trust governati dal *principium* dell'affidamento, ed il "modello del trust senza affidamento", al quale saranno ricondotti i sistemi del diritto dei trust governati dal *principium* dello svilimento.

In molti dei sistemi del diritto dei trust si potranno ritrovare sia *regulae* che siano l'incarnazione del *principium* dell'affidamento che *regulae* che siano incarnazione del *principium* dello svilimento. In questi casi, parrebbe essere difficile ricondurre esattamente il sistema ad un modello o ad un altro, in quanto nel sistema parrebbero coesistere i due *principia*. Così, tuttavia, non è. Il *principium* dello svilimento ha una inarrestabile forza erosiva del *principium* dell'affidamento. È sufficiente una o poche norme generate dal *principium* dello svilimento per far degenerare un sistema per il resto apparentemente basato sul *principium* dell'affidamento. Infatti, se una legge – ad esempio – contiene sì norme sugli effetti invalidanti della simulazione, sulla pienezza degli obblighi del trustee e delle sue responsabilità che incarnano il *principium* dell'affidamento, ma poi inserisce una norma che permette al disponente di ritenere i più ampi poteri, che incarna il *principium* dello svilimento, questa sola norma sarà sufficiente a contaminare la coerenza del sistema ed a far rimanere, in pratica, il *principium* dell'affidamento inoperante, un fiato si-

lenzioso. Nonostante l'apparente possibilità di generare atti istitutivi di trust con vero affidamento al trustee, in questo sistema la pratica molto probabilmente si orienterà a costruire trust privi di affidamento, sulla base proprio del *principium* dello svilimento in cui credeva il legislatore o il giudice che ha introdotto la norma generata da tale *principium*. La semplice verifica degli atti istitutivi oggetto di vaglio giurisprudenziale e della prassi operativa lo confermeranno(16).

In questo modo, i modelli di trust non sono più costruiti sulle *regulae*, ma sui *principia*. Questo modo di costruire i modelli, aggiungendosi a quello basato sulle *regulae*, può permettere interessanti prospettive per l'applicazione pratica e teorica.

Una volta classificato un sistema giuridico come appartenente al modello del trust internazionale, lo si potrà, quindi, classificare anche come appartenente al modello del trust con affidamento o del modello del trust senza affidamento, in questo modo aumentando la portata informativa della classificazione ed aiutando la pratica a scegliere un sistema giuridico rispetto all'altro per governare un determinato atto istitutivo.

Oppure lo studioso che volesse comparare sistemi del diritto del trust, potrà, tramite il nuovo meccanismo di classificazione, comparare sistemi appartenenti al modello del trust con affidamento o al modello del trust senza affidamento, senza preoccuparsi troppo della tradizionale suddivisione di questi sistemi tra sistemi di *common law* e *civil law*, perché nel caso specifico potrebbe risultare semplicemente forviante. Con questo meccanismo di classificazione, ad esempio, l'osservatore potrebbe quindi scoprire che il diritto inglese ha maggior vicinanza di *principia* con il diritto sammarinese dei trust, che si struttura ed integra con lo *ius commune* di pura impronta romanistica, che con il diritto dei trust delle British Virgin Islands, che si struttura ed integra proprio con la *common law* inglese!

In questo modo, si potrebbe assistere ad una rivoluzione copernicana del modo di pensare i trust.

Nota:

(16) Per una conferma che l'esistenza di *regulae* che sviliscono l'affidamento del trustee possa produrre trust effettivamente simulati nella pratica, v. P. Matthews, *The Sham Trust Argument and How to Avoid it*, *Trust Law International*, 2007, 191, a p. 199.