CAPITOLO V

LA SCELTA DELLA LEGGE REGOLATRICE DEI TRUST DA PARTE DEI DISPONENTI ITALIANI E LA LEGGE SUL TRUST DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO: UNA QUESTIONE DI *PRINCIPIA*

(a cura di Andrea Vicari[1])

"*Le cose vanno definite con sincerità ed energia. Ciò rinforza ed innalza la vita*", così faceva dire Thomas Mann, nella Montagna Incantata, ad uno dei suoi personaggi più intriganti[2].

Se si vuole definire la legge sul trust della Repubblica di San Marino con "sincerità ed energia", gli attributi che per primi giungono alla mente sono: innovativa, originale, individuale, anticonformista e, perché no, visionaria[3].

Così doveva essere e così, ritengo, è.

Per meglio far comprendere tutto questo, il presente articolo analizzerà la nuova legge, cercando di mettere in evidenza non la semplice originalità delle soluzioni tecniche contenute nelle sue *regulae* ma soprattutto la fondamentale autonomia dei *principia* fondanti la legge stessa rispetto ai *principia* sottostanti il modello del trust internazionale e del modello del trust inglese.

Ma non è tutto.

L'individuazione dei *principia* della legge sul trust della Repubblica di San Marino, poi, permetterà di comprendere come questi siamo gli unici coerenti con i *principia* in tema di trust vigenti in Italia, facendo emergere la particolare capacità di questa legge di soddisfare le esigenze dei trust interni italiani e le aspettative di funzionamento del trust condivise dai disponenti italiani, senza fare loro violenza. La legge della Repubblica di San Marino, quindi, si presta a fornire una struttura normativa perfettamente adatta a perseguire le funzioni che la società italiana attribuisce al trust. D'altra parte, non poteva che essere così, nascendo questa dalla medesima cultura giuridica e sociale che impregna l'ordinamento italiano.

Da questa analisi, inoltre, emergerà che il quadro normativo del trust di modello inglese o internazionale non è coerente con i *principia* in tema di trust socialmente vigenti in Italia in quanto incarna *principia* addirittura opposti a questi. L'impiego di leggi appartenenti a questi modelli per regolare trust interni italiani, quindi, non può che portare inaspettate conseguenze per i disponenti italiani o costringere loro ad accettare meccanismi di funzionamento diversi da quelli che essi si aspettano da un trust, poiché le *regulae* in esse contenute provengono da ordinamenti nei quali la percezione sociale del trust, delle sue funzioni e del suo funzionamento non è coincidente con quella vigente in Italia.

Emergerà, quindi, chiara la conclusione che nella scelta della legge regolatrice del trust sia assai più importante l'attenta valutazione dei *principia* in essa incarnati, piuttosto che delle singole *regulae*. Solo la scelta di una legge improntata a *principia* coincidenti con quelli socialmente vigenti in Italia permetterà, infatti, di soddisfare pienamente le esigenze dei disponenti italiani.

I *principia*, quindi, si dimostreranno essere non solo uno strumento importante nell'analisi comparatistica, ma anche uno strumento essenziale nella pratica professionale.

1. I *PRINCIPIA* E LE *REGULAE*

Prima di iniziare il percorso, occorre tuttavia compiere un esercizio preliminare, utile soprattutto a chi non abbia familiarità con i metodi del diritto comparato: l'esercizio di comprendere che cosa sia un *principium* e che cosa sia una *regula*[4].

Per farlo, occorre però comprendere prima che cosa sia un sistema nella comparazione.

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 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[5].

I *principia* vanno distinti chiaramente dalle *regulae*, che ne sono la proiezione. Essi determinano la costruzione e lo sviluppo delle *regulae*, ma sono una cosa diversa.

Infatti, i *principia* sono sempre parte della coscienza giuridica di ordinamento e dei suoi consociati ma non sempre sono palesemente espressi nelle *regulae*: per trovare quelli occorre guardare soprattutto a queste e da queste estrapolare i *principia* inespressi che le impregnano, da queste distillarli.

---

[1] Avvocato e Notaio in San Marino, Doctor of Juridical Science (Cornell); Int.Tax Prog. Cert. (Harvard); Dottore di Ricerca in diritto comparato.

[2] Così il personaggio di Settembrini nella Montagna Incantata di Thomas Mann giustificava la sua franchezza nel descrivere i fenomeni della vita, anche ricorrendo ad espressioni decise e franche, la sua volontà di sfuggire il conformismo, ritenendo questo atteggiamento unica via per giungere alla realizzazione dell'essere, al di fuori di compromessi utilitaristici. Non siamo più abituati ad esprimerci così, oggi.

[3] Aggettivi questi inusuali, in un contesto, come quello del sistema del diritto dei trust, dove il conformismo sembra dominare, dove i legislatori si copiano le regole l'un l'altro, dove la letteratura giuridica è spesso frutto di amanuensi più che di autori, dove i pratici imitano le soluzioni più che inventarle.

[4] M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001.

[5] I *principia*, al contrario delle *regulae*, sono peraltro raramente studiati da giuristi, perché non immediatamente percepiti come rilevanti per la soluzione dei problemi della vita. Così, però, non è. Se compresi ed impiegati, la loro rilevanza è evidente. Perciò essi debbono essere presi in considerazione dall'analisi comparatistica e nella pratica dei trust, che questa analisi presuppone.

Questo perché per ragionare sulle *regulae*, il giurista non può evitare di salire al livello dei *principia* che rappresentano il fondamento delle *regulae* stesse. Essi sono il fondamento delle *regulae* perché queste ne sono impregnate e da essi queste sono generate, perché danno loro vitalità o le costringono ad un'esistenza etonia, riducendo la loro voce ad un fiato inascoltato.

I *principia* non sono i principi, cioè ricostruzioni analitiche concettuali di un complesso di *regulae* aventi oggetto omogeneo, ma sono i modelli risolutivi delle principali istanze della vita sociale nel senso più ampio, istanze usualmente non verbalizzate, del modo in cui la società percepisce la dimensione del dovere giuridico.

I *principia*, in altre parole, incarnano il modo in cui gli attori di un sistema giuridico percepiscono e rappresentano il funzionamento di determinati istituti giuridici, il modo in cui la società ne intende la funzione e la struttura, rappresentano le aspettative sociali di funzionamento del *regulae*[6].

Un classico esempio del ruolo dei *principia* sullo sviluppo di regole giurisprudenziali è un caso del 1889, nel quale una corte dello Stato di New York doveva decidere un caso su cui non esisteva un precedente o una norma legislativa *in puncto*: Riggs v. Palmer[7]. Un soggetto viene ucciso dal nipote, il quale era stato nominato dal primo, con testamento, erede. La corte deve decidere se l'omicida possa effettivamente ottenere l'eredità. Pur ammettendo che nessuna norma del diritto successorio impedirebbe all'omicida di ottenere l'eredità[8], i giudici riconoscono che un sistema giuridico deve essere governato (e le sue regole interpretate, applicate, integrate) secondo logiche più profonde delle *regulae* stesse, secondo i *principia* fondamentali che regolano i rapporti sociali, prima che quelli giuridici, secondo i *principia* che gli operatori di quel sistema si aspettano governino le *regulae* giuridiche ed il sistema giuridico in questione. Secondo questi, a nessuno può essere permesso di ottenere dei vantaggi da una condotta illecita e, quindi, nessuno può acquistare la proprietà di beni in conseguenza di un reato da egli stesso commesso[9]. Quindi, all'omicida fu negato il diritto di ricevere l'eredità.

Questa sentenza ha generato un precedente seguito in moltissimi altri casi ed applicato anche per i beneficiari di un trust. Dal *principium* si è, quindi, generata una *regula*, non di fonte legale ma giurisprudenziale, in questo caso.

---

[6] A livello di teoria del diritto, questa impostazione si può trovare nel classico R. Dworkin, *The Model of Rules*, 35 U. Ch. L. Rev. 14 (1967).

[7] 115 N.Y. 506 (1889).

[8] ("*it is quite true that statutes regulating the making, proof and effect of wills, and the devolution of property, if literally construed, and if their force and effect can in no way and under no circumstances be controlled or modified, give this property to the murderer*").

[9] ("*all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime*").

Lo stesso avviene nella formazione di *regulae* legislative. Di fronte ad un v to normativo, il legislatore intende colmarlo. Deve quindi definire la *regula* del so. I giuristi che la preparano prima ed il corpo legislativo che vi appone degl mendamenti o lo approva vengono guidati nelle proprie decisioni, se colti e sensi alla dimensione sociale del proprio operare, dai *principia* che essi, come appa nenti ad un corpo sociale ben individuato, condividono, consapevolmente o men In questo modo, le *regulae* legislative emanate divengono di larga applicazione r la pratica, perché incarnano i bisogni degli operatori e rappresentano una rispo conforme alle aspettative della società. Certo può avvenire che il legislatore int venga, in modo incolto ed insensibile alla dimensione sociale, ed emani *regu* prive di connessione con i *principia*, ma in quel caso essi rimangono lettere mo istituti non applicati[11].

2. I *PRINCIPIA* NELL'ANALISI E NELLA PRATICA DEL DIRITTO DEI TRUST

Preso il diritto dei trust nei vari Paesi oggetto di osservazione come una serie sistemi, il passaggio della prospettiva d'analisi dalle *regulae* ai *principia* apre in ressanti panorami all'osservatore[12].

Ad esempio, l'analisi dei *principia* vigenti in ciascun sistema permette di co prendere perché la medesima *regula* possa ricevere un'opposta interpretazione sistemi diversi[13], permette di ridefinire il modo con cui fino ad ora ciascun siste

---

[10] Infatti, occorre sempre ricordare che i *principia*, il più delle volte, non sono neanche espres mente ed individualmente percepiti dai giuristi e dagli altri attori della scena giuridica che invece inc sciamente ne sentono l'influenza, v. M. Lupoi, Common law *e* civil law *(alle origini del diritto com europeo)*, in *Foro it.*, 1993, V, 431; *Principii*, regulae, principia, in M. Bessone (cur.), Diritto gi sprudenziale, Torino, 1996, 27.

[11] Un esempio, in Italia, di questo fenomeno, sono i patti di famiglia (768 *bis* a 768 *octies* c.c.) i vincoli di destinazione (art. 2645 *ter*). *Regulae* ed istituti, questi, costruiti senza attenzione alla dim sione sociale ed ai veri bisogni degli individui alla cui soddisfazione invece apparivano destinati, isti costruiti in vitro, scollegati, insomma, da qualsiasi *principium* vigente nella società. Perciò rim pressoché lettere morte nella vita giuridica. Su questo tema, v. A. Vicari, *Considerazioni economic giuridiche sulla gestione del passaggio generazionale tramite* trust *in luogo degli strumenti codicist* lezione tenuta ai "Percorsi di alta specializzazione professionale 2010-2011", organizzati dal Gruppo ORE, l'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Bolzano e l'Università degli Studi Trento, in corso di pubblicazione su Il Sole 24 Ore, Guida Alla Contabilità e Bilancio, 2010, n. 23, 10

[12] A. Vicari, *I* principia *ed i modelli di* trust, in Trusts, 2009, 5; A. Vicari, *Le* regulae *relative a obblighi e alle responsabilità del* trustee, *e il* principium *dell'affidamento nel diritto dei* trusts *della R pubblica di San Marino: spunti per una nuova teoria della costruzione dei modelli di* trusts, in D. Za chi (cur.), *Il* Trustee *nella gestione di patrimoni*, Torino, 2009, 784.

[13] Una volta identificati, i *principia* permettono di spiegare la generazione di nuove *regul* l'interpretazione ed applicazione di quelle esistenti. Infatti, le *regulae* debbono essere interpretate l'interprete, attore in un determinato sistema, tenderà a risolvere le loro ambiguità secondo *i princip* vigenti nel sistema stesso. L'interprete, inoltre, tenderà spesso a scegliere quella applicazione più id nea a conservare i *principia* che governano il sistema ed a garantire la sopravvivenza del sistema stess Per un riscontro empirico di questa teoria, v. A. Vicari, Asset Protection Trusts *e diritto straniero: u questione di* principia, in Trusts *ed attività fiduciaria*, 2002, 577.

del diritto dei trust è classificato[14], o, come nel caso di questo saggio, permette di comprendere meglio le vere originalità di un sistema di diritto dei trust di fronte a sistemi analoghi o, se del caso, le similitudini strutturali tra i vari sistemi, di fronte a soluzioni apparentemente diverse a livello di *regule*.

Ma non è tutto.

La rilevanza dei *principia* travalica i limiti della teoria, giungendo ad essere rilevante per la pratica quotidiana.

Ogni legge sul trust ed ogni disciplina di quest'istituto rappresentano ed incarnano un modo di concepirlo ed utilizzarlo nella società del Paese a cui esse appartengono. Le *regulae* di ogni sistema dei trust, in altre parole, incarnano i *principia* della relativa società.

La Convenzione dell'Aja permette di impiegare il diritto straniero per i trust interni italiani, in questo modo arrivando, in pratica, ad un risultato non diverso da quello che si verifica con il trapianto di norme giuridiche da un ordinamento all'altro nei casi in cui il legislatore di un Paese "importa" letteralmente le regole di un altro, nei casi di ricezione delle norme altrui. Nel caso dei trust, la ricezione avviene per volontà delle parti, non diretta del legislatore. Ma le cautele debbono essere le stesse.

Infatti, per effetto della Convenzione dell'Aja, una fattispecie puramente interna viene regolata dal diritto straniero. Quel diritto straniero potrà svolgere la funzione attesa dalle parti solamente se proviene da una società i cui valori e *principia* sono coincidenti con quelli vigenti in Italia in tema di trust. Altrimenti, non ci potranno che essere fallimenti in queste dinamiche e frustrazioni di bisogni[15].

Impiegare il diritto dei trust straniero, senza averne compreso i *principia* ed averne valutato la coerenza con quelli vigenti in Italia, quei *principia* condivisi proprio dal disponente italiano che si assiste nella attività professionale, significa compiere scelte incoscienti e, sul piano professionale, agire senza la necessaria perizia.

3. I *PRINCIPIA* NELLA LEGGE SUL TRUST DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO

Compresi che cosa siano i *principia* ed il loro impiego nella teoria e nella pratica, è opportuno estrapolare i *principia* fondamentali della legge sul trust della Repubblica di San Marino, per poi passare ad analizzare le *regulae* che li incarnano.

Questo permetterà di comprendere immediatamente il motivo per il quale si è definita la legge della Repubblica di San Marino innovativa, originale, individuale, anticonformista, visionaria.

[14] A. Vicari, *I* principia *ed i modelli di* trust, *cit.*

[15] Lo aveva già capito, F.P. Walton, *Historical School of Jurisprudence and Transplantations of Law, Journal of Comparative Legislation & International Law 183* (3rd series, 1927). Oggi, sulla necessità di analisi e comprensione profonda dei flussi giuridici, M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso, cit.*

Infatti, l'insieme dei *principia* che la governano è assolutamente unico ed originale. In ogni caso, in nessun modello di trust si può trovare la combinazione di *principia* che caratterizza la legge della Repubblica di San Marino[16].

In sintesi, questi *principia* sono:

- il *principium dell'affidamento*, condiviso con il modello del trust inglese, in luogo del *principium della fiducia* che ormai caratterizza molti sistemi appartenenti al modello del trust internazionale;
- il *principium della destinazione*, in luogo del classico *principium della liberalità*, tipico del modello del trust inglese[17] e di gran parte dei sistemi che appartengono al modello del trust internazionale[18];
- il *principium dell'autonomia patrimoniale dei beni in trust*, in luogo del classico *principium della responsabilità limitata (negozialmente) del trustee* condiviso dal modello del trust inglese e, con qualche modifica, da quello internazionale.

Per essere pienamente compresi, questi *principia* devono essere oggetto di un'analisi dettagliata ed il processo della loro estrapolazione manifestato.

4. IL *PRINCIPIUM* DELL'AFFIDAMENTO

Nel linguaggio giuridico, il termine *affidamento* assume un'apparente doppia valenza: affidamento *di* una posizione soggettiva, affidamento *nel* soggetto eretto a proprio fiduciario[19]. In altre parole, vi è *affidamento* tutte le volte in cui l'affidamento di una posizione soggettiva al fiduciario (connessa a negozio traslativo) riposa sulla fede dell'affidatario. Questa fede che l'affidante attende sia la misura e la chiave ispiratrice del comportamento dell'affidatario. Costui opera guidato dal programma di affidamento e da tale fede, mai dalla volontà espressa dall'affidante durante l'affidamento.

[16] Questo insieme la caratterizza proprio come unica rispetto a qualsiasi legge appartenente al modello del trust inglese e del trust internazionale. Presi singolarmente, alcuni di questi *principia* si potranno trovare anche in qualche altro modello del trust, altri in nessuno.

[17] Per una chiara ricostruzione del sistema inglese dei trust in chiave di limiti all'autonomia privata del disponete all'impressione stabile di una destinazione ai beni in trust, prevalente sulla volontà dei beneficiari, v. P. Matthews, *From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust*, in *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, 203 (David J. Hayton ed., 2002).

[18] Occorre ammettere che, in qualche sistema appartenente al modello del trust internazionale, questo *principium* abbia iniziato a manifestarsi, tuttavia in nessuno ha avuto la forza manifestata nella legge sul trust della Repubblica di San Marino, nella quale ha generato molte *regulae* originali che non si trovano in nessun altro sistema.

[19] M. Lupoi, *I* Trusts *nel diritto civile*, Torino, 2004.

Al contrario, il termine *fiducia* ha molti altri significati[20], certamente in ambito negoziale la fiducia non ha molto che a spartire con l'affidamento, in quando in realtà vi è assai poco di fiduciario nei mandati, nelle intestazioni e dei negozi fiduciari. In essi, la fiducia è poco più di un nome[21]. In questi casi, anche ove vi sia affidamento al fiduciario di una posizione soggettiva, mai vi è affidamento *nel* soggetto eretto a proprio fiduciario. Costui non agisce, non può e non deve farlo senza il consenso o le istruzioni del fiduciante. Egli non ha né può avere il controllo dei beni oggetto di fiducia negoziale.

Nella fiducia negoziale, insomma, il controllo è in capo al fiduciante, nell'affidamento il controllo è in capo all'affidatario.

Compresa questa differenza, è più facile comprendere, nell'ambito dei sistemi dei trust, che cosa sia il *principium dell'affidamento* e quello della *fiducia*.

La presenza, in un sistema di trust, del *principium dell'affidamento* dimostra che il trust, in quel sistema, è socialmente, prima che giuridicamente, considerato un meccanismo basato sull'affidamento dei beni *al trustee* e necessariamente sull'affidamento *nel trustee*. La presenza, in un sistema di trust, del *principium della fiducia* dimostra che il trust, in quel sistema, è socialmente, prima che giuridicamente, considerato un meccanismo basato sull'affidamento dei beni *al trustee*, ma *non necessariamente* di affidamento *nel trustee*, potendo il disponente mantenere il controllo dei beni in trust o attribuirlo ad altri.

Nei sistemi dove vige il *principium dell'affidamento* si trovano *regulae* che confermano e supportano la pienezza proprietaria del *trustee* e dei suoi poteri, che ne incrementano e precisano obblighi e sanzioni, ed aumentano le tutele dei beneficiari.

Esso conferma, in altre, parole la centralità del ruolo del *trustee* nel funzionamento del trust: egli deve agire come proprietario dei beni in trust, nella loro gestione perseguendo gli interessi dei beneficiari, ma le sue decisioni devono essere autonome, non eterodirette, nel solo rispetto delle disposizioni dell'atto istitutivo. Egli deve rispondere degli inadempimenti a lui imputabili con vere sanzioni, che riducano la possibilità di piegarsi alla volontà altrui, anche in spregio delle disposizioni dell'atto istitutivo. Egli deve avere il controllo dei beni in trust ed il disponente deve averli a lui affidati. L'*affidamento* a e in costui deve essere pieno.

Al contrario, nei sistemi dei trust ove vige il *principium della fiducia*, si assiste alla progressiva costruzione di regole che svuotano di contenuto la pozione del *trustee*, si trovano *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

[20] M. Lupoi, *I* Trusts *nel diritto civile, cit.*, ("*Tanti criteri, per nulla omogenei, tante fiducie, tanti segmenti di vita, tanti valori, tante strutture irriconducibili a unità concettuale: non sembra possibile parlare unitariamente di fiducia*").

[21] M. Lupoi, *I* Trusts *nel diritto civile, cit.*, ("*Vi è la fiducia negoziata, che della 'fiducia' ha talvolta solo il nome*").

a ridurla, spesso, a quella di una marionetta nelle mani del disponente o del beneficiario o, ancor peggio, un muto testimone delle loro azioni. Insomma, si trovano *regulae* che piuttosto che richiedere l'affidamento *nel trustee* si limitano ad accontentarsi della *fiducia* in costui, che piuttosto che assicurare che il *trustee* abbia il controllo dei beni in trust permettono di mantenerne il controllo in capo al disponente o trasferirlo ai beneficiari, di fatto o di diritto, riducendo in questo modo il *trustee* ad un intestatario fiduciario.

Il *principium della fiducia* connota ormai molti sistemi giuridici tradizionalmente ricondotti al modello del trust internazionale. Ne sono infatti incarnazione:

a) le *regulae* 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 senza subire azioni di responsabilità o la sostituzione da parte dei beneficiari [*Special Trusts (Alternative Regime) Law*, 1997];
b) le *reguale* 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 societarie e rimanere passivo rispetto agli andamenti di tale investimento ed alle sorti della società, soprattutto quando amministratore di queste società sia il disponente del trust stesso (anche per il tramite di un suo fiduciario) il quale così può ritenere il controllo indisturbato sui beni in trust (*Virgin Islands Special Trusts Act* 2003)[22];
c) le *regulae* emanate da Jersey che, stabilendo l'inapplicabilità al trust della *regula donner et ritenir ne vaut*[23], vogliono impedire ai terzi di accertare l'inefficacia del trust per ritenzione di controllo da parte del disponente sui beni in trust;
d) le *regulae*, presenti in molte leggi del modello internazionale, che permettono al disponente di mantenere per se poteri penetranti nel funzionamento del trust e di controllo sui beni in trust, privandone il *trustee*, senza incidere sulla validità del trust (a partire dalla sect. 13c della legge delle isole Cook introdotta nel 1989 fino al recente art. 9A della Legge di Jersey).

Il *principium dell'affidamento* invece, caratterizza la legge della Repubblica di San Marino, come anche il modello del trust inglese.

Questo *principium* si trova incarnato nelle seguenti *regulae*:

a) le *regulae* del sistema dei trust inglese che hanno imposto un generale obbligo di diligenza in tutte le sue attività ("*duty of care*") e concesso a costui un generale potere di fare investimenti ("*power of investment*") (*Trustee Act* 2000, *part* I e *part* II);

[22] V. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei* trust *e degli affidamenti fiduciari*, II ed., Padova, 2011, § 126.

[23] Jersey, *Trust Law, sect.* 8 A (1), quando introdotta, oggi 9 (5). Per maggiori dettagli, v. A. Vicari, *Il* Trust *di protezione patrimoniale*, Milano, 2003, 37 ss.

b) le *regulae* giurisprudenziali, che si sono sviluppate nel sistema dei trust inglese, che hanno accertato l'inefficacia dei trust senza affidamento, i "*sham trust*" [24], nei quali il disponente mantiene il controllo dei beni in trust in spregio alle disposizioni dell'atto istitutivo e degli atti dispositivi (Rahman v Chase Bank (CI) Trust Company Limited [1991] JLR 103 (Royal Court) and [2002] BPIR 129; Hitch v Stone [2001] STC 214 at [69] (EWCA (Civ)); Re the Esteem Settlement: Grupo Torras SA v Al-Sabah (No 8) [2004] WTLR 1 (JRC); Shalson v Russo [2005] Ch 281 at 342 (Ch).);
c) le *regulae* del sistema dei trust della Repubblica di San Marino che prevedono che la violazione di alcuni degli obblighi fondamentali del *trustee* siano colpite con sanzioni penali, rafforzando così la sua responsabilità (legge 1° marzo 2010, n. 37, artt. 57-61);
d) le *regulae* del sistema dei trust della Repubblica di San Marino che chiaramente stabiliscono la nullità del trust quando il trust è simulato o è simulato il trasferimento di beni al *trustee* (legge 1° marzo 2010, n. 42, art. 10, comma I).

In San Marino, a queste se ne potrebbero aggiungere altre, quali quella che impone al *trustee* di mantenere il possesso dei beni in trust (art. 21), quella che permette di delegare la scelta di investimenti solamente ad intermediari finanziari o bancari (art. 33, comma III), evitando deleghe a fiduciari del disponente o a costui.

È allora chiaro che il sistema dei trust della Repubblica di San Marino sia caratterizzato dal *principium dell'affidamento*, che condivide anche con il sistema del diritto dei trust inglese, al contrario di quanto avviene in gran parte degli altri sistemi appartenenti al sistema del trust internazionale, ormai per la gran parte impregnati dal *principium della fiducia*.

5. DAL *PRINCIPIUM* DELLA LIBERALITÀ A QUELLO DELLA DESTINAZIONE

Nel linguaggio giuridico italiano, il concetto di *destinazione* è ormai oggetto di molte analisi[25]. Con esso, si intende la fissazione o determinazione di una funzione ovvero di uno scopo precipui da perseguire e realizzare a mezzo dell'asservimento di determinati beni[26]. Si intende la funzionalizzazione di un bene[27] in favore di un

[24] Per una recente e completa ricostruzione di questa tendenza, v. M. Conaglen, *Sham Trusts*, *Cambridge Law Journal*, 2008, 176-207 e A. Vicari, *Il* Trust *Apparente*, in corso di pubblicazione.

[25] Tra i tanti studi recenti, v. Aa.Vv., *Destinazioni di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003; Aa.Vv., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, a cura di M. Bianca, Milano, 2007; Aa.Vv., *Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007; Aa.Vv., *Atti di destinazione e* trust, a cura di G. Vettori, Padova, 2008.

[26] M. Ceolin, *Destinazione e vincoli di destinazione nel diritto privato*, Padova, 2010, 1.

[27] R. Quadri, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004, 184 ss.

soggetto beneficiario diverso dal suo titolare o affidatario[28], non necessariamente arricchimento immediato di costui ma certamente esclusione di impieghi del bene non finalizzati al perseguimento del suo interesse.

La destinazione non implica l'asservimento del bene alla volontà del beneficiario a cui il diritto è destinato, ma asservimento del bene all'attuazione del suo interesse, nel rispetto dell'atto negoziale da cui nasce la destinazione[29]. Ad esempio, il fondo patrimoniale implica una destinazione, secondo la dottrina dominante, ma non implica un arricchimento dei soggetti in favore dei quali il fondo è destinato, né lo sottopone alla volontà di costoro.

Da ciò, si può già intendere cosa implichi il *principium della destinazione*. Nei sistemi dove vige il *principium della destinazione* si troveranno *regulae* che confermano la piena autonomia del disponente nel dettare le regole dell'atto istitutivo di trust, nel rispetto delle norme imperative di legge, che disciplinano la destinazione dei beni in favore dei beneficiari e che impediscono che successive manifestazioni di volontà da parte di costoro possano su questa prevalere, frustrando le diverse intenzioni del disponente stesso. Si trovano *regulae* che confermano la possibilità del disponente di destinare stabilmente i beni in trust, secondo il programma che egli detta. In sostanza, si trovano *regulae* che presuppongono una rappresentazione del trust come un meccanismo segregativo, finalizzato all'attuazione di una destinazione imposta dal disponente ed attuata nei modi e nei temi da costui dettati. Estranea a questa rappresentazione è quella che vede il trust come un meccanismo liberale in favore dei beneficiari, che vuole immediatamente arricchirli (anche se nel loro insieme), che vede i beni in trust sottoposti alla loro volontà collettiva.

Il *principium della destinazione* conferma, in altre parole, la centralità del ruolo del disponente nel dettare le regole di funzionamento del trust, nel suo atto istitutivo, e della libera destinazione dei beni in trust secondo il suo volere, svalutando il ruolo che la funzione liberale, l'arricchimento dei beneficiari, e la loro volontà possono avere nel meccanismo del trust.

Al contrario, il *principium della liberalità* si riscontra in quei sistemi di trust caratterizzati da *regulae* che sacrificano l'autonomia negoziale del disponente, in favore della supremazia della volontà del beneficiario, che vedono prevalere la funzione liberale del trust piuttosto che la destinazione. In questi sistemi, il trust viene ricostruito come un meccanismo attraverso il quale i beneficiari vengono arricchiti (non solo indirettamente); come un meccanismo sostanzialmente liberale in loro fa-

[28] U. Stefini, *La destinazione patrimoniale dopo il nuovo articolo 2645 ter c.c.*, in *Giur.It.*, 2008, ("*La destinazione può definirsi, in via di prima approssimazione, come la funzionalizzazione di un diritto ad uno scopo determinato, che determina una scissione tra la titolarità del diritto e l'interesse sotteso al suo esercizio*").

[29] P. Spada, *Destinazioni patrimoniali ed impresa*, in *Atti di destinazione e* trust, a cura di G. Vettori, Padova, 2008, 330; P. Spada, *Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta*, in *Negozi di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata*, Milano, 2007, 120.

vore, come una liberalità proiettata nel tempo[30] e non un meccanismo di destinazione e segregazione di beni da parte del disponente. Da ciò, deriva che i beneficiari siano necessari al fine della valida istituzione di un trust e che siano detti "*beneficial owners*". In nome di questa posizione, viene riconosciuta alla loro volontà (collettiva) una prevalenza sulle disposizioni dell'atto istitutivo che la intendano vincolare. Ove vige il *principium della liberalità,* una volta istituto il trust, insomma, la volontà dei beneficiari non può essere validamente costretta da disposizioni dell'atto istitutivo dettate dal disponente a questo fine, perché mediante l'istituzione del trust ed il trasferimento in esso dei propri beni egli ha inteso, sostanzialmente, arricchirli. Tutto questo sulla base di un ragionamento analogico: nessun limitazione sarebbe stata ammissibile se, invece di impiegare un trust, il disponente avesse compiuto una donazione diretta in loro favore. Essendo la funzione del trust la medesima della donazione, negli ordinamenti ove vige il *principium della liberalità*, medesime devono essere le logiche giuridiche che devo regolare la posizione dei beneficiari di un trust o dei donatari.

Il *principium della liberalità* connota il diritto inglese e molti sistemi giuridici tradizionalmente ricondotti al modello del trust internazionale. Ne sono, infatti, incarnazione:

a) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che richiedono che un trust, per essere validamente istituito, debba avere i beneficiari individuati o individuabili e che, salvo ove il trust possa essere considerato un trust di scopo, ogni trust debba avere almeno un beneficiario (Re Wood [1949] Ch 498[31]);
b) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che limitano a pochi casi (trust per mantenere animali, tombe e monumenti) quelli in cui un trust di scopo, privo di beneficiari, è valido (Morice v Bishop of Durham, (1804) 9 Ves 399)[32];
c) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che riqualificano come trust con beneficiari tutti i trust di scopo che, in attuazione dello scopo, arrecano vantaggi a soggetti determinati (Re Bowes, [1896] 1 Ch 507);
d) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che liberano la volontà del beneficiario dalle restrizioni poste dal disponente nell'atto istitutivo di trust alla alienabilità della sua posizione giuridica (Brandon v. Robinson 18 Vesey Jun. 429, 433-34, 34 Eng. Rep. 379, 381 (L.C.)).

[30] B. Rudden-M. Graziadei, *Il diritto inglese dei beni ed il* trust: *dalle* res *al* fund, in *Quadrimestre*, 1992, 458.

[31] Ove Harman ha chiarito che: "*a gift on trust must have a cestui que trust*".

[32] La regola è chiaramente verbalizzata da Lord Simonds, in Leahy v Attorney-General for New South Wales, [1959] AC 457: "*A gift can be made to persons (including a corporation) but it cannot be made to a purpose or to an object; so, also a trust may be created for the benefit of persons as cestui que trust but not for a purpose or object unless the purpose or object be charitable. For a purpose or object cannot sue, but, if it be charitable, the Attorney General can sue to enforce it*".

e) le *regulae* del sistema del diritto dei trust inglese e di alcuni sistemi appartenenti al modello del trust internazionale che liberano la volontà dei beneficiari, maggiorenni e capaci, di un trust fisso dalle restrizioni poste dal disponente nell'atto istitutivo di trust al suo potere di estinguere anticipatamente il trust. (Sanders v. Vautier (1841) 4 Beavan 115, 49 Eng. Rep. 282 (M.R.), aff'd, Cr. & Ph. 240, 41 Eng. Rep. 482 (L.C.)[33]; *Trust (Jersey) Law* 1984, art. 43 (3)[34]);
f) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che permettono ai beneficiari maggiorenni e capaci, all'unanimità, di istruire il *trustee* di trasferire loro i beni in trust indipendentemente dal fatto che la volontà del disponente avesse dettato nell'atto istitutivo di trust limitazioni ("*restraints*") o condizioni alla loro posizione beneficiaria (Dundas v. Wolfe Murray, (1863) 1 Hemming & Miller 425, 71 Eng. Rep. 185 (V.-C.));
g) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che permettono ai possibili beneficiari di un trust discrezionale, agendo congiuntamente, di istruire il *trustee* di distribuire i beni in trust secondo la loro volontà, nonostante qualsiasi disposizione contraria contenuta nell'atto istitutivo o contraria discrezionalità attribuita al trustee in tale atto dal disponente (In re Smith, [1928] Ch. 915);
h) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust che prevedono che i beneficiari, negli stessi casi in cui possono ottenere l'estinzione anticipata del trust, possono istruire il *trustee* di trasferire i beni in trust a soggetti che non sono beneficiari del trust (Grey v. I.R.C., [1959] 3 All E.R. 603 (H.L.);
i) le *regulae* del sistema del diritto inglese dei trust e di alcuni sistemi appartenenti al modello del trust internazionale che prevedono che i beneficiari possono ottenere una modifica dell'atto istitutivo, negli stessi casi in cui possono ottenere l'estinzione anticipata del trust ma anche quando, in assenza del consenso di tutti, possano dimostrare che la modifica sia nel loro interesse (in alcuni

[33] Con un testamento, venne istituito un trust in favore di un certo signor Vautier, ma con l'obbligo dei *trustee* di accumulare i redditi dei beni in trust fintanto che il beneficiario non avesse compiuto il venticinquesimo anno di età e solo a quel momento trasferire a costui, o ai suoi eredi, tutti i beni in trust, comprensivi dei redditi accumulati. Nessun altro soggetto era nominato beneficiario. Nove anni dopo l'istituzione del trust, il Vautier, ormai maggiorenne e desideroso di sposarsi, richiese che gli fossero trasferiti i beni in trust. La tesi era semplice: essendo stata l'accumulazione dei redditi stabilita in favore dell'unico beneficiario, costui una volta raggiunta la maggiore età avrebbe potuto ottenere immediatamente il pagamento. Lord Langdale, il Master of the Rolls, riconobbe fondata questa tesi e riconobbe che i redditi ed il capitale in trust potevano essere ottenuti dal beneficiario in anticipo rispetto al termine finale, quando possa validamente liberare da responsabilità il *trustee* (1841) 4 Beavan 115, 49 Eng. Rep. 282 (M.R.), aff'd, Cr. & Ph. 240, 41 Eng. Rep. 482 (L.C.). Sulla portata di questa *regula*, v P. Matthews, *The Comparative Importance of the Rule in Saunders v Vautier*, 122 L.Q.R. 266 (2006).

[34] ("*[n]otwithstanding the terms of the trust, where all the beneficiaries are in existence and have been ascertained and none are interdicts or minors they may require the trustee to terminate the trust and distribute the trust property among them*").

casi solo collettivo) (*Variation of Trusts Act* 1958[35]; *Trust (Jersey) Law* 1984, art. 47 (1)[36]).

È quindi evidente come il *principium della liberalità* caratterizzi il sistema dei trust inglese e di molti sistemi tradizionalmente ricondotti al modello del trust internazionale.

Il sistema dei trust della Repubblica di San Marino, invece, si caratterizza per il *principium della destinazione.*

Infatti, questo *principium* genera *regulae* che confermano la piena autonomia del disponente nel dettare le regole dell'atto istitutivo di trust, nel rispetto delle norme imperative di legge, e che impediscono che successive manifestazioni di volontà da parte dei beneficiari possano su queste prevalere, frustrando le diverse intenzioni del disponente stesso. In questa legge, il trust è visto come un meccanismo segregativo e di destinazione, piuttosto che una struttura con funzione direttamente liberale in favore dei beneficiari, che mira ad arricchirli ed a sottoporre i beni alla loro volontà.

Alcuni esempi di ciò sono le seguenti *regulae* del sistema dei trust della Repubblica di San Marino:

a) la *regula* che permette l'istituzione di trust di scopo, anche in favore di beneficiari, senza che questo provochi la riqualificazionale dell'atto quale trust con beneficiari. Infatti, ai sensi dell'art. 48, comma V, della legge 1° marzo 2010, n. 42 coloro i quali ricevono o possono ricevere beni o vantaggi da un trust di scopo non rientrano nella nozione giuridica di beneficiari. In questo modo, si evita che costoro possano chiedere al giudice di riqualificare l'atto come trust con beneficiari ed attribuire loro tutti i diritti dei beneficiari, che invece il disponente non avrebbe voluto loro attribuire;

b) la *regula* che permette al disponente di istituire un trust per beneficiari e vincolarvi beni, anche senza aver individuato i beneficiari o indicato i criteri che conducono a tale individuazione. Infatti, ai sensi dell'art. 2 della legge 1° marzo 2010, n. 42, nei trust per beneficiari, l'atto istituivo può contenere l'individuazione dei beneficiari, o i criteri che conducono alla medesima, o l'individuazione del soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari. In questo modo, si permette al disponente di istituire un trust senza individuare i beneficiari o indicare i criteri che possono permettere l'individuazione. Il disponente, infatti, può riservare a se stesso o a terzi la possibilità di individuare successivamente i beneficiari del trust[37]. In questo caso, la nomina di un guardiano legittimato a far valere gli inadempimenti del *trustee* è obbligatoria[38];

c) la *regula* che impedisce ai beneficiari di estinguere anticipatamente il trust, ove il disponente abbia fissato un termine finale ed abbia espressamente privato i beneficiari del potere di anticipare questo termine. Ai sensi dell'art. 50, comma III, il disponente può determinare mediante l'atto istitutivo se permettere ai beneficiari di estinguere anticipatamente il trust e, solo se questo non dispone diversamente, tutti i beneficiari con diritti determinati sul fondo in trust o, in loro mancanza, tutti i beneficiari possono pretendere dal trustee la cessazione del trust e il trasferimento dei beni in trust in proprio favore o secondo le loro indicazioni;

d) la *regula* che prevede che il singolo beneficiario il quale, individualmente, abbia il diritto di ottenere uno o più i beni in trust, non possa pretendere che i beni siano trasferiti ad un soggetto diverso o sia posticipato il trasferimento, se il disponente ha diversamente previsto nell'atto istitutivo. Infatti, solo se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un beneficiario può richiedere per iscritto al *trustee* di differire il trasferimento in proprio favore dei beni in trust oppure di eseguirlo a favore del soggetto che egli indica (art. 50, comma II, della legge 1° marzo 2010, n. 42);

---

[35] Per cercare di aggirare queste conseguenze, la pratica sviluppo una tecnica negoziale precisa: il disponente, il *trustee* o un terzo fiduciario del disponente venivano inclusi tra i beneficiari. Il *principium* ha generato una reazione del sistema dei trust a tale tecnica negoziale. Il legislatore emanò, nel 1958, il *Variation of Trusts Act* per permettere al giudice di modificare i termini di un atto istitutivo quando ciò sia vantaggioso per tutti i beneficiari, senza che sia necessario il consenso di tutti questi. Tutto ciò, anche in contrasto con la volontà del disponente.

[36] "*Subject to paragraph (2), the court may, if it thinks fit, by order, approve on behalf of (a) a minor or interdict having, directly or indirectly, an interest, whether vested or contingent, under the trust; (b) any person, whether ascertained or not, who may become entitled, directly or indirectly, to an interest under the trust as being at a future date or on the happening of a future event a person of any specified description or a member of any specified class of persons; (c) any person unborn; or (d) any person in respect of any interest of his or hers that may arise by reason of any discretionary power given to anyone on the failure or determination of any existing interest that has not failed or determined; any arrangement, by whomsoever proposed and whether or not there is any other person beneficially interested who is capable of assenting thereto, varying or revoking all or any of the terms of the trust or enlarging the powers of the trustee of managing or administering any of the trust property*".

[37] Non è la classica differenza tra trust fisso e trust discrezionale, nel quale il disponente attribuisce ad un soggetto il potere di decidere in favore di quale dei beneficiari, indicati nell'atto istitutivo come categoria o per nome, trasferire o impiegare i beni in trust. Nel caso di trust discrezionale, infatti, i beneficiari hanno tutti i diritti dei beneficiari, compresi quelli di agire verso il *trustee* in caso di inadempimento, tranne quelli collegati alla possibilità di ottenere un'effettiva distribuzione dei beni in trust. Nel nuovo tipo di trust disegnato dalla legge sammarinese, l'atto istitutivo delinea la posizione giuridica dei beneficiari, ovvero può prevedere che il trust sia fisso o discrezionale, ma lascia "vacante" la loro posizione. Quando individuati, successivamente, i beneficiari assumeranno la posizione giuridica disegnata dall'atto istitutivo, ovvero un diritto di credito o una aspettativa, a seconda che si tratti di trust discrezionale o fisso, ma fintanto che questa sia vacante i beni in trust saranno vincolati in un trust di cui il disponente non sarà comunque beneficiario (come avviene in caso *di resulting trust* inglese in presenza di trust nulli per assenza di beneficiari).

[38] Il diritto sammarinese, infatti, prevede che l'atto istitutivo, in caso di vacanza della posizione di beneficiario, debba prevedere regole che assicurino la presenza di un guardiano, legittimato ad agire contro il *trustee* in caso di inadempimento quando per qualsiasi ragione non esistano beneficiari. In questo modo è possibile assicurare il corretto adempimento da parte del *trustee* anche in caso di vacanza della posizione giuridica da parte del beneficiario. Una volta nominato il beneficiario, ovviamente, il guardiano può cessare le sue funzioni, se così prevede l'atto istitutivo.

e) la *regula* che esclude la legittimazione del beneficiario ad ottenere la modifica giudiziaria dell'atto istitutivo. L'art. 13 della legge 1° marzo 2010, n. 42, prevede che sia il disponente, con l'atto istitutivo, a prevedere che le disposizioni in esso contenute e la scelta della legge regolatrice siano modificabili nell'interesse dei beneficiari o per promuovere lo scopo del trust, individuando il soggetto legittimato a farlo. Quindi, la volontà dei beneficiari non può mai giungere ad ottenere una modifica del trust, anche se tutti agiscono congiuntamente, ove il disponente abbia diversamente previsto. L'intervento giudiziale non può aiutare. Ai sensi dell'art. 53, comma IV, della legge 1° marzo 2010, n. 42 solo il *trustee*, qualora lo ritenga opportuno, rivolge al giudice istanza per essere autorizzato a compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri o per ottenere dal giudice una modifica dell'atto istitutivo che si sia rivelato opportuno o necessario[39];

f) la *regula*, prevista dall'art. 51, comma I, della legge 1° marzo 2010, n. 42 che permette al disponente di limitare o escludere la cedibilità della posizione del beneficiario e, solo se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un beneficiario può alienare, dare in garanzia, o comunque disporre, in tutto o in parte, della propria posizione giuridica;

g) la *regula* prevista dall'art. 49 della legge 1° marzo 2010, n. 42 la quale prevede che sia la volontà del disponente, espressa nell'atto istitutivo, a prevalere sulla volontà dei beneficiari di prendere visione dei documenti del trust e, solo se l'atto istitutivo non dispone diversamente, ciascun beneficiario con diritti determinati ha diritto di prendere visione degli atti e documenti riguardanti i propri diritti e farne copia.

6. IL *PRINCIPIUM* DELL'AUTONOMIA PATRIMONIALE DEI BENI IN TRUST

Il *principium della responsabilità limitata (negozialmente) del trustee* caratterizza il sistema inglese dei trust come anche quello di gran parte dei sistemi normalmente ricondotti al modello del trust internazionale.

Nei sistemi in cui vige questo *principium*, il *trustee* risponde, nei confronti dei terzi, sempre personalmente di tutte le obbligazioni che assume in qualità di *trustee* e per la responsabilità extracontrattuale nascente da atti o fatti avvenuti o compiuti durante il suo ufficio, salvo che negozialmente limiti la propria responsabilità ai beni in trust o manifesti al futuro creditore che egli stia agendo quale *trustee* oppure il terzo comunque ne sia a conoscenza (ogni diversa alternativa per limitare la responsabilità sia applica in un sistema diverso). Ciò è conseguenza logica della sua proprietà dei beni in trust.

Esempio di questo *principium* sono:

[39] Anche qui la *regula* è opposta a quella del *Variation of Trust Act* 1958: nemmeno se la modifica è di vantaggio a tutti, i beneficiari possono agire per ottenere la modifica del trust.

a) la *regula* contenuta nell'art. 32 della *Trust (Jersey) Law* 1984, la quale prevede che il *trustee* risponda delle obbligazioni assunte nei confronti dei terzi (diversi dai beneficiari) nell'esercizio del suo ufficio, con il proprio patrimonio tutte le volte in cui il creditore non sia stato a conoscenza – indipendentemente dal fatto che sia informato dal *trustee* stesso – che egli stesse agendo quale *trustee*[40];

b) la *regula* tipica del sistema dei trust inglese, che rende sempre il *trustee* responsabile nei confronti dei terzi, salvo che negozialmente ed espressamente pattuisca una limitazione di responsabilità, ai sensi della quale i beni in trust sono i soli che rispondono delle obbligazioni assunte dal *trustee* quale *trustee* del trust (Muir v. City of Glasgow Bank, (1879 4 App. Cas 337, 368);

c) la *regula* che lascia comunque sempre responsabile il *trustee*, personalmente, tutte le volte che la fonte della sua responsabilità non sia contrattuale, in quanto in questi casi manca la possibilità di limitare negozialmente la responsabilità (Maine Shipyard v. Lilley 2000 ME 9).

Il *principium dell'autonomia patrimoniale dei beni in trust*, invece, genera *regulae* che trattano i beni in trust (e le obbligazioni inerenti) come un patrimonio autonomo, nel quale solo l'attivo risponde del passivo. In altre parole, questo *principium* porta alle estreme conseguenze l'idea che la posizione di *trustee* sia quella di un titolare di un ufficio di diritto privato. Egli è sì proprietario dei beni in trust, ma quale titolare di un ufficio. Così come egli, fintanto che titolare dell'ufficio, non può arricchirsi per il tramite dei beni in trust, sulla base di questo *principium*, egli non può nemmeno impoverirsi per aver retto l'ufficio.

Insomma, ove viga questo *principium*, per quanto riguarda la responsabilità nei confronti dei terzi, il rapporto tra patrimonio in trust e patrimonio del *trustee* richiama alla mente quello che si riscontra tra patrimonio di una persona giuridica e patrimonio degli amministratori. Nel caso della persona giuridica, questo avviene per effetto della personalità giuridica che le è attribuita. Quindi, i beni della persona giuridica, e non quelli dell'amministratore, rispondono delle obbligazioni della stesse, perché sono obbligazioni di quest'ultima. Nel caso del trust, questo risultato si realizza mediante una limitazione di responsabilità, che esclude che i beni personali del *trustee* rispondano della obbligazioni che egli assume nei confronti dei terzi in ragione dell'ufficio che riveste.

Il *principium dell'autonomia patrimoniale dei beni in trust* caratterizza il sistema dei trust della Repubblica di San Marino. Infatti, ne sono incarnazione:

a) la *regula* contenuta nell'art. 47 della legge 1° marzo 2010, n. 42, secondo la quale: "*qualunque soggetto, diverso dagli altri* trustee, *dai beneficiari e dal*

[40] "*(1) Where a trustee is a party to any transaction or matter affecting the trust: (a) if the other party knows that the trustee is acting as trustee, any claim by the other party shall be against the trustee as trustee and shall extend only to the trust property; (b) if the other party does not know that the trustee is acting as trustee, any claim by the other party may be made against the trustee personally (though, without prejudice to his or her personal liability, the trustee shall have a right of recourse to the trust property by way of indemnity).(2) Paragraph (1) shall not affect any liability the trustee may have for breach of trust*".

guardiano, che sia titolare di diritti nei confronti del trustee, *derivanti da obbligazioni assunte* o da *atti compiuti manifestando la qualità di* trustee *o da atti o fatti comunque inerenti tale qualità, può soddisfarsi unicamente sul fondo in* trust". In questo modo, qualunque terzo (diverso dagli altri *trustee*, dai beneficiari e dal guardiano) che sia titolare dei diritti nei confronti del *trustee*, derivanti da obbligazioni assunte (contrattualmente) manifestando la qualità di *trustee* può soddisfarsi solo sul fondo in trust. Ma non è tutto. Lo stesso articolo prevede che i terzi che abbiano diritto ad ottenere un risarcimento del danno per atti o fatti inerenti all'esercizio delle proprie funzioni di *trustee* possano soddisfarsi solo sul fondo in trust anche quando il *trustee* non abbia manifestato loro, nel suo agire, la sua qualità di *trustee*. Ciò vale soprattutto per la responsabilità extracontrattuale. Quindi, questa norma permette al *trustee* di rispondere sempre nei confronti dei terzi solamente con i beni in trust e mai con i beni propri. La sicurezza che offre questa norma al *trustee*, soprattutto se professionale, è notevole. Egli può assumere le funzioni di *trustee* certo che il proprio patrimonio non sarà mai esposto alle azioni dei terzi, per il fatto di esercitare le funzioni di *trustee* ed assumerne l'ufficio;

b) la *regula* contenuta nell'art. 1, lett. j), della legge 1° marzo 2010, n. 42 secondo la quale per fondo in trust si intende il compresso dei beni in trust e "dei rapporti giuridici ad essi inerenti". Questo concetto, quindi, costruisce il fondo il trust come un patrimonio, composto di un attivo (beni in trust) ed un passivo, in cui sono inclusi tutti i rapporti giudici (debiti) inerenti i beni in trust[41-42];

c) la *regula* contenuta nell'art. 40, comma 1, della legge 1° marzo 2010, n. 42, secondo la quale in qualunque caso di sostituzione del *trustee* il fondo in trust passa di diritto al nuovo *trustee*, in caso di cessazione dell'ufficio di un *trustee* il fondo in trust rimane in capo ai rimanenti *trustee*, mentre in caso di aggiunta di un *trustee*, il fondo in trust diviene comune a tutti i componenti l'ufficio, in questo modo chiarendo che la circolazione di attivo e passivo avviene insieme;

[41] La lett. d) dello stesso articolo, infatti, già costruisce il concetto di bene, in modo esteso che ricomprende "*qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica*" E' già quindi una nozione capace di ricomprendere beni materiali, crediti e qualsiasi altra posizione giuridica attiva suscettibile di una valutazione economica. Includere nella nozione di fondo in trust " rapporti giudici"inerenti ai beni in trust, ovvero le attività, è evidente manifestazione di definire il fondo come un patrimonio (composto di un attivo ed un passivo) e ricomprendervi le obbligazioni legate all'amministrazione dei beni in trust.

[42] Con la costruzione di questa nozione di fondo in trust, il *principium* dell'autonomia patrimoniale vigente in San Marino riesce ad eliminare uno dei maggiori problemi che i *trustee* (professionali e non) scontano quanto rinunciano all'incarico: quello dei trasferimento dei beni in trust in capo al loro successore a fronte del mantenimento delle obbligazioni su di loro gravanti nei confronti dei terzi, con il conseguente rischio di potersi trovare a rispondere nei confronti dei terzi delle obbligazioni senza poi potersi facilmente rivalere sui beni in trust. Infatti, se in diritto sammarinese il fondo il trust è un patrimonio, composto di attivo e passivo, esso si trasferisce nella sua interezza al successore del *trustee* che cessi dall'incarico, liberando quest'ultimo da qualsiasi obbligo nei confronti dei terzi.

d) la *regula* contenuta nell'art. 40, comma IV, della legge 1° marzo 2010, n. 42, secondo la quale il nuovo *trustee* è sostituito al *trustee* cessato in ogni procedimento giudiziario pendente;

e) la *regula* contenuta nell'art. 16, comma II, della legge 1° marzo 2010, n. 42, secondo la quale al momento dell'estinzione del trust, ogni obbligazione gravante sul *trustee* passa di diritto a coloro ai quali il fondo in trust è trasferito, nel limite del valore dei beni da ciascuno ricevuti[43]. Attivo e passivo circolano, quindi, insieme anche in questo caso.

7. I *PRINCIPIA* NELLA SCELTA DELLA LEGGE REGOLATRICE DEI TRUST: UNA QUESTIONE DI METODO

L'analisi dei *principia* apre sempre spiragli importanti sulla pratica, non prospettive teoriche. Lo si è già visto in altre occasioni[44].

Questo saggio, fino a questo momento, è riuscito, tramite un'analisi dei *principia*, ad individuare, spiegare, caratterizzare la legge sul trust della Repubblica di San Marino, mostrando la sua originalità e la sua non riconducibilità ai modelli del trust inglese ed internazionale.

Già questo sarebbe un risultato importante per la pratica, generato da una analisi teorica basata sui *principia*.

Infatti, questo tipo di analisi permette di comprendere subito che la legge sul trust della Repubblica di San Marino non è semplicemente una legge sul trust scritta in Italiano, ma una legge capace di scolpire un nuovo modello di trust.

Tuttavia, l'utilità pratica dell'analisi dei *principia* non finisce qui.

Studi empirici hanno confermato che la presenza di determinate *regulae* in un sistema del diritto dei trust condiziona la scelta da parte dei disponenti di quel sistema quale legge regolatrice, suggerendo implicitamente che è la presenza di determinati *principia* che hanno generato quelle *regulae* ad essere determinanti in tale scelta[45].

D'altra parte, è facilmente intuibile che la presenza di determinati *principia*, in un sistema dei trust, sia improntato a particolari *principia*, piuttosto che altri, influisca sulla scelta di quel sistema da parte dei disponenti. Non sempre chiaro, però, è il criterio che dovrebbe determinare la preferenza per alcuni *principia*, rispetto ad altri

[43] Essendosi estinto il trust, non poteva più parlarsi di fondo in trust, quindi a livello terminologico, è stato necessario definire una regola che producesse il trasferimento di obbligazioni e beni ai destinatari degli stessi, individualmente. Non più in quanto "patrimonio", ma in modo atomistico. La formulazione della regola cambia, ma il risultato è il medesimo prodotto dal trasferimento del fondo in trust quale patrimonio tra *trustee* in caso di cessazione dell'incarico.

[44] D'altra parte, è veramente possibile praticare il diritto con soddisfazione, privi di qualsiasi guida teorica? La risposta è, a mio avviso, chiara: no. Praticare il diritto senza strumenti teorici è come vivere senza un'etica (sia essa individuale o sociale, dipende dai punti di vista di ciascuno).

[45] V. R.H. Sitkoff & M. Schanzenbach, *Jurisdictional Competition for Trust Funds: An Empirical Analysis of Perpetuities and Taxes*, 115 Yale L.J. 356 (2005).

e, quindi, di una legge regolatrice improntata agli uni piuttosto che agli altri. Il corretto criterio dovrebbe essere la comunanza di *principia* in tema di trust tra il sistema (sia esso di *common law* che di *civil law*, che riconosca il trust) in cui opera il disponente e il sistema del diritto dei trust che elegge quale regolatrice del proprio atto istitutivo. È questo a dover determinare, più o meno coscientemente, questa scelta. Il disponente, in altre parole, dovrebbe scegliere, o dovrebbe attendersi che il consulente gli indichi, la legge regolatrice improntata a *principia* coerenti con quelli che lui sente vigenti nel proprio sistema, ovvero con la percezione del trust che egli condivide.

8. I *PRINCIPIA* SUL TRUST VIGENTI IN ITALIA

Compreso ciò, per orientare la scelta dei disponenti italiani verso una o l'altra legge regolatrice, occorre prendere in considerazione quali *principia* in tema di trust vigono in Italia. Essendo priva di una disciplina sostanziale del trust, in questo sistema i *principia* saranno estrapolati alla luce della disciplina di altri sistemi che disciplinano il trust in Italia (Convenzione dell'Aja, normativa antiriciclaggio, norme tributarie, ecc.).

In Italia vigono in tema di trust tre *principia* fondamentali: quelli dell'*affidamento*, della *destinazione* e dell'*autonomia patrimoniale*.

La vigenza del *principium dell'affidamento* in Italia emerge chiaramente dalla Convenzione dell'Aja, il testo normativo fondamentale per la costruzione di trust interni. La *regula* contenuta nell'art. 2 della Convenzione svela chiaramente la vigenza del *principium*. Si può avere un trust riconosciuto in Italia solamente se vi è affidamento dei beni al *trustee*, solo se i beni "sono posti sotto il controllo" del *trustee* nel linguaggio della Convenzione. Ma non è tutto. Diverse *regulae* poste dall'amministrazione fiscale fanno emergere la vigenza del *principium dell'affidamento*. È *ius receptum* oggi che un trust senza affidamento non sia soggetto passivo di imposte dirette in Italia[46], non produca uno stacco del patrimonio rilevante ai fini della non applicabilità degli obblighi di monitoraggio fiscale[47]. Insomma, sia sul piano civilistico che su quello tributario è impossibile pensare un trust in Italia senza affidamento *al* e *nel trustee*. Non vi è spazio, in Italia, per il *princium* della *fiducia*.

La vigenza del *principium* della destinazione ha radici ancora più profonde nel nostro ordinamento. Da sempre la dottrina civilistica, non solo italiana, ha rappresentato il trust come un patrimonio di destinazione, separato, sottovalutando gli effetti obbligatori dello stesso e gli effetti in termini di arricchimento che ne traggono i beneficiari. Lepaulle fu il primo a rappresentare il trust come un *patrimoine d'affectation*[48] ed i civilisti hanno assorbito l'idea subito che il trust sia un meccani-

[46] Circolare n. 61/E del 27 dicembre 2010.

[47] La stessa Circolare n. 99/E del 2001, con riferimento alla possibilità di regolarizzare attività detenute all'estero tramite un trust, ha indicato, a titolo di esempio, quali casi di interposizione, il trust revocabile (per cui il titolare va identificato nel disponente o *settlor*) ovvero un trust non discrezionale nei casi in cui il titolare può essere identificato nel beneficiario. Successivamente, con riferimento al trust revocabile, la Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 ha precisato che in questa particolare tipologia di tale istituto "*il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al* trustee *o vincolati nel* trust *(nel caso in cui il disponente sia anche* trustee*), diritti, che, con l'esercizio della revoca rientrano nella sua sfera patrimoniale. E' evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di* trust *(...) ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente*". La Risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E ha precisato che il riconoscimento del trust ai fini delle imposte dirette è che il potere del *trustee* nell'amministrare i beni in possesso del trust e ad esso affidati dal disponente sia effettivo.

(segue)

La Circolare 10 dicembre 2009, n. 43/E ha chiarito che "*qualora il potere e il controllo sui beni siano riservati al disponente* (settlor), *il* trust *dovrà essere considerato come non operante dal punto di vista dell'imposizione diretta. Allo stesso modo, in presenza di un* trust *irrevocabile nel quale il* trustee *è di fatto privato dei poteri dispositivi sui beni attribuiti al* trust *che risultano invece esercitati dai beneficiari, il* trust *deve essere considerato come non operante in quanto fittiziamente interposto nel possesso dei beni. In buona sostanza si tratta di ipotesi in cui le attività facenti parte del patrimonio del* trust *continuano ad essere a disposizione del* settlor *oppure rientrano nella disponibilità dei beneficiari*".

[48] P. Lepaulle, *De la nature du "Trust", 54 J. droit international 966*, 973 (1927) (*"[T]he 'trust' is an allocation [affectation] of property guaranteed by the presence of a legal person [the trustee] who is under an obligation to do everything reasonably necessary to effect that allocation and who holds the title to all rights which may be useful in performing his obligation*"). Per una traduzione spagnola, in P. Lepaulle, *La Naturaleza del Trust*, in *Revista General de Derecho y Jurisprudencia* 105 (1932); P. Lepaulle, *An Outsider's View Point of the Nature of Trusts*, 14 Cornell L. Q. 52, 55 (1928) ("*We maybe led in the right direction by recalling: 1.That all that is necessary for the existence of a trust is a res and an appropriation of that res to some aim; 2. That a trustee is not necessary for the existence of the trust, but becomes indispensable for its normal functioning. The rights and obligations of the trustee will vary according to only one thing, his mission. Such mission always consists in insuring that the res be properly appropriated to the aim to which it has been devoted, either by the settlor, by the court, or by operation of law. The rights that the trustee will have in each particular case depend on his obligations; they are tools given to him for the fulfillment of his duties, and such duties are determined by the appropriation to which the res has been devoted. Hence, it is apparent that: trustee, cestui, rights and obligations of either of them are only means for reaching an end and that no one of these means is in itself essential to the existence of the trust; that the essence of such legal institution can only be found in the res and its appropriation to some am. Trusts appear to us, then, as a segregation of assets from the patrimonium of individuals, and a devotion of such assets to a certain function, a certain end. When property is held in trust, one knows how it is going to be used; its purpose, its raison d'être are determined; while, on the contrary, when property is subjected to private ownership, no one knows what is going to become of it. We may then formulate this first conclusion that a trust is an appropriation of assets; that some one will be in charge of such appropriation. At this point one may stop and ask: 'Can not a corporation be considered also as an appropriation of assets and, if that is so, what is the difference between a trust and a legal entity?' It is indeed striking to remark that trusts are often used in America as a substitute for corporations; but nevertheless we do not admit the theory according to which a corporation is an appropriation of assets; it is clear, for instance, that a corporation sole does not involve in itself any idea of property. Moreover, the notion of appropriation is not at all as fundamental in a corporation as in a trust for this reason that in each jurisdiction corporation laws together with the Common Law have established a number of fixed rules determining most of the rights and duties of directors, shareholders, etc. The idea of appropriation instead of being the supreme master has only a strictly limited field defined by what can be put in the by-laws. In other words, we do not see in corporations anything more than in many other legal techniques in which the intention of the parties*

(segue)

smo di destinazione[49], idea che è rimasta scolpita nella cultura civilistica[50]. Non a caso, la dottrina italiana, l'ha fatta sua e continua oggi ad annoverare il trust tra i patrimoni destinati ad un scopo[51] oppure ad intravedere nel trust un meccanismo di destinazione di beni[52].

Questa idea è condivisa dall'amministrazione finanziaria che vede nel trust un meccanismo di destinazione, riconducibile ad un vincolo di destinazione[53]. L'amministrazione finanziaria nega il riconoscimento ai trust retti dal leggi di sistemi governati dal *principium* della *liberalità*: ad esempio, non considera soggetti passivi di imposta i trust nel quale il beneficiario può far cessare liberamente in ogni momento il trust, potendo costui anticiparne il termine, oppure, il trust in cui il beneficiario abbia diritto (e non aspettativa) di ricevere attribuzioni di patrimonio dal *trustee*[54], ovvero tutti i casi in cui il trust opera come meccanismo liberale, di arricchimento dei beneficiari, piuttosto che come meccanismo di destinazione.

Anche la giurisprudenza conferma la vigenza del *principium della destinazione*, ricostruendo il trust come un meccanismo funzionale alla destinazione dei beni[55], piuttosto che riconoscergli una funzione liberale capace di generare una arricchimento in capo ai beneficiari, così negando la vigenza in Italia del *principium della liberalità*.

Altrettanto chiara è, ormai, la vigenza del *principium della autonomia patrimoniale* in Italia.

---

has a certain area within which it can be enforced. Hence, the notion of trust is quite different from that of corporation and it can alone be qualified as an appropriation of assets".)

[49] P. Arminjon - B. Nolde - M. Wolff, *Traité de droit comparé*, Paris 1950-1951, 68; M. Rheinstein, *Book Review*, 43 Yale L.J. 1049, 1050 (1934) ("*The res is a 'special fund' a 'special property' (Sondervermögen) belonging to the trustee, but subject to other legal rules than is his general property. And while the term 'affectation' of the trust res appears more useful, yet this conception of "affected property" is in no way necessarily connected with the theory of an 'ownerless fund'. It may be used just as well in connection with the prevailing conception of 'separate property' (Sondervermögen) as distinguished from 'general property'. By 'affectation' M. Lepaulle defines the objectivated purpose as it is given to the res in the case of the express trust by the one-sided will of the settlor, and in the case of the constructive trust by the law. It provides the terms for a clear explanation of cy-pres and of the duties of the trustee*").

[50] A. M. Honoré & al., *South African Law of Trusts*, Cape Town, 2002, a § 39; D.A. Dreyer, *Le Trust en Droit Suisse*, Genève, 1981, 15.

[51] M. Fusaro, *Il* trust *nell'esperienza giuridica italiana: il punto di vista della giurisprudenza e degli operatori, Famiglia, Persone e Successioni*, 2010, 813.

[52] A. Falzea, *Introduzione e Considerazioni conclusive*, in Aa.Vv., *Destinazione di Beni allo Scopo*, Milano, 2003, 23 ss.

[53] L'amministrazione finanziaria si è espressa, in questo senso, con le Circolari n. 48 del 6 agosto 2007 e n. 3 del 22 gennaio 2008.

[54] Circolare n. 61/E del 27 dicembre 2010.

[55] Tribunale di Rimini, Giudice Tutelare, 21 aprile 2009 ("*il* trust *in favore di soggetti deboli – quali appunto quelli sottoposti a amministrazione di sostegno – si sostanzia nella destinazione di una serie di beni e/o diritti e dei relativi redditi volti al soddisfacimento di costoro*").

Il linguaggio comune, in Italia, tende a rappresentare il trust sovente come un soggetto giuridico, anche se impropriamente[56]. In Italia, è possibile aprire un conto corrente intestato al trust[57], gli acquisti di beni da parte del *trustee* sono in realtà trascritti in favore del trust, si presenta una dichiarazione dei redditi del trust, si pagano le imposte sui redditi del trust e, in alcuni casi, il trust è soggettivizzato anche ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni[58]. La normativa antiriciclaggio tratta il trust come un soggetto[59]. Non manca, quindi, anche sul piano giuridico una rappresentazione del trust in chiave di soggetto. Certo, il comparatista sa che così non è. Tuttavia, la percezione del trust in chiave di soggetto è comune. La dottrina contribuisce sempre più a costruire questa rappresentazione[60].

Da questa rappresentazione, se ne deriva concettualmente la vigenza del *principium* dell'*autonomia patrimoniale* in Italia. Percepire il trust come un soggetto significa ritenere (magari impropriamente, da un punto della legge regolatrice, ma ciò non importa per l'individuazione dei *principia* vigenti in tema di trust in Italia, in quanto questi sono rappresentati nelle *regulae* vigenti in Italia) che il patrimonio del trust sia autonomo rispetto a quello del *trustee*, che quindi mai i beni in trust rispondano per le obbligazioni contratte dal *trustee* personalmente, non in quanto *trustee*, e, viceversa, che il patrimonio personale del *trustee* non risponda mai delle obbligazioni contratte da costui nell'esercizio del suo ufficio. Questa idea, seppure non corretta, è assai diffusa.

È quindi chiaro che, alla luce di questa ricostruzione, in Italia vigono in tema di trust tre *principia* fondamentali (quelli *dell'affidamento*, della *destinazione* e dell'*autonomia patrimoniale*).

9. CONCLUSIONI

Questo saggio ha ricostruito i *principia* che caratterizzano il trust in Italia e quelli vigenti il sistema dei trust della Repubblica di San Marino. Essi coincidono: sono i *principia* dell'*affidamento*, della *destinazione* e dell'*autonomia patrimoniale*). Al contrario, ha dimostrato che il sistemi dei trust riconducibili al modello del trust internazionale e del trust inglese sono improntati da *principia* opposti a questi. Se scelta della legge regolatrice dei trust da parte dei disponenti italiani dovrà essere compiuta assicurando che questa legge sia impregnata degli stessi *principia* vi-

---

[56] M. Lupoi, *I* trust *nel diritto civile*, *cit.*, 244.

[57] La prassi è ammessa dall'ABI, sin dal 1996, v. ABI, Trust *e contratti bancari*, Serie Normativa, 1996.

[58] Agenzia delle Entrate, Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, in Trusts, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, *L'Agenzia delle Entrate e i principî sulla fiscalità dei* trust, ivi, 497; Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, ivi, 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, *La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta del* trust, ivi, 121.

[59] A. Vicari, *Dal Beneficiario del Trust al suo titolare effettivo: percorsi nella disciplina Antiriciclaggio del* trust, in Trusts, 2009, 615.

[60] A. Di Landro, Trust *Onlus*, in Trusts, 2010, 570.

genti in Italia, la legge della Repubblica di San Marino si dimostra l'unica coerente con tali *principia*. D'altra parte, è frutto di una cultura giuridica civilista, che condivide, se non le *regulae* giuridiche (essendo vigente in San Marino il diritto comune), il modo di pensare e percepire i tratti fondamentali degli istituti giuridici con la cultura giuridica italiana.