

Patti prematrimoniali e trust - II parte*

di **Giuseppa Maria Pulvirenti**

Il saggio offre un quadro delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza italiana in materia di patti prematrimoniali, illustrando gli orientamenti più recenti tesi ad ammettere patti volti a regolare singoli profili patrimoniali. L'autore rileva come l'interesse dei nubendi e dei coniugi a stipulare un contratto sugli effetti patrimoniali del divorzio, prima della crisi o in occasione della crisi, subisca una considerevole compressione a causa della perdurante ritrosia della giurisprudenza italiana ad ammettere la validità di questi accordi. L'autore, che reputa i patti prematrimoniali di grande utilità traendo spunto dall'esame di questa diffusa prassi negoziale alla luce della mutata realtà sociale e normativa e della evoluzione del pensiero dottrinale e giurisprudenziale, propone l'adozione dello strumento del trust che analizza trattando il caso concreto di Donatella e Mario. Secondo l'autore, il trust, grazie alle sue prerogative, risulta essere lo strumento che, meglio degli istituti di diritto interno, riesce a gestire la crisi del rapporto coniugale, coniugando gli interessi dei coniugi con i valori ed i principi del nostro ordinamento. L'autore precisa che l'utilizzo del trust in funzione di patto prematrimoniale non esonera l'interprete dal dover compiere un controllo di liceità e meritevolezza.

The essay offers an overview of the Italian legal stand on prenuptial agreements, illustrating the most recent guidelines to allow regulating agreements on single assets profiles. The author specifies that the interests of engaged and married couples to conclude an agreement on property consequences of a divorce, before or during a separation, undergo considerable decrease in numbers due to the persistent reluctance of the Italian courts to admit the validity of these agreements. The author, considering the prenuptial agreement of great utility, inspecting this extensive bargaining practice, given the social and legislation changes and the evolution of doctrinal and jurisprudential thinking/opinion, he proposes the adoption of a trust as an instrument, which he

examines thoroughly in the case of Donatella and Mario's trust.

The author thinks the trust is the best instrument to regulate the marriage crisis, because of its prerogatives, even better than the internal juridical institutions, combining the couple interests with values and principles of our legal order. The author specifies that the use of the trust as a prenuptial agreement does not exempt the executor from verifying its lawfulness and entitlement.

■ Caso: trust in funzione di accordo della crisi per Donatella e Mario

Fatto questo *excursus* nella prima parte del presente saggio (pubblicata in questa *Rivista*, 2021, pag. 140 ss.), e delineato lo scenario all'interno del quale è possibile concepire un trust in funzione di patto prematrimoniale, descrivo sommariamente il caso.

Donatella (divorziata) e Mario (vedovo), che non sono più giovanissimi, avendo in animo di convogliare a nozze (seconde per entrambi) ed avendo alle spalle entrambi una precedente esperienza matrimoniale con prole, ormai conclusa, si rivolgono a me nella qualità di notaio esponendo le esigenze che seguono.

Donatella lavora nell'azienda di famiglia, che gestisce un albergo con servizi di ristorante e bar, attività iniziata dai nonni, ampliata dai suoi genitori e sviluppata da lei e dalla sorella Nella. Donatella ha una figlia, Chiara, nata da un precedente matrimonio, la figlia da poco si è sposata con tal Matteo; Donatella ha ristrutturato e messo a disposizione un suo appartamento per la figlia ed il genero; quest'ultimo esercita pressioni su Chiara al fine di ottenere l'intestazione al 50% di detta

Giuseppa Maria Pulvirenti - Notaio in Parma, Accreditato dall'Associazione il Trust in Italia

* Relazione tenuta all'VIII Congresso Nazionale Associazione Il Trust in Italia, Rimini 25 ottobre 2020. La I parte è stata pubblicata in questa *Rivista*, 2021, pag. 140 ss..

abitazione. Nella, la sorella di Donatella, a sua volta, è coniugata senza figli e desidera che, dopo la sua dipartita, tutto vada a Donatella e/o alla nipote Chiara.

Mario, vedovo, è un alto dirigente di banca, ha una figlia nubile ed un patrimonio accumulato nel tempo.

Donatella vorrebbe garantire alla figlia il godimento della casa dove la stessa attualmente abita ma non vuole anticipare alla medesima alcuna attribuzione (né tanto meno effettuare a favore del genero attribuzioni del 50%) perché teme il rischio che la figlia usi la ricchezza per aiutare il padre (con il quale Donatella ha avuto un rapporto molto difficile ed un brutto divorzio) o che metta a disposizione (ad es. in garanzia) il bene a favore del genero.

La mamma di Donatella è ancora in vita ed è titolare dell'azienda di famiglia.

Mario vorrebbe mettere a disposizione sua e di Donatella un immobile per adibirlo a residenza della loro famiglia, l'immobile però necessita di ingenti spese di ristrutturazione che è pronta a sostenere Donatella.

Donatella e Mario vorrebbero sposarsi. Essi sono consapevoli, data l'età avanzata per procreare, che dalla loro unione non scaturirà una discendenza comune.

Entrambi vorrebbero che i patrimoni per così dire personali preposseduti fossero, dopo di loro, riservati ai rispettivi discendenti e si dichiarano pronti a rinunciare a qualsiasi pretesa l'uno nei confronti dell'altro e \o ad avanzare rivendicazioni sui beni c.d. preposseduti rispetto alle nozze, sia in caso di rottura del rapporto sia in caso di morte.

Le esigenze espresse dai clienti sono molto chiare: evitare che la negoziazione di tali rapporti avvenga nella fase patologica del rapporto.

■ Il trust come strumento efficiente

Il professionista che si trovi incaricato di dare risposte concrete legittime, ma al tempo stesso efficaci ed efficienti, a casi concreti come quello che ci occupa, si interroga sugli strumenti a sua disposizione e ben presto è costretto ad avvedersi che nessuno strumento tradizionale offerto dal diritto civile riesce a fornire risposte adeguate; giunge così alla conclusione che il trust è lo strumento maggiormente efficace ed efficiente, adatto tanto alle coppie coniugate quanto alle coppie civilmente unite, nonché alle coppie di fatto c.d. conviventi.

L'istituto del trust, infatti, consente di tenere separati i beni ereditati o ereditandi garantendone e

coniugando da un lato il godimento al proprio *partner* (sia esso coniuge in seconde nozze o convivente) dall'altro la trasmissione alla propria famiglia legittima (discendenti di 1° letto).

Per ricorrere al trust, peraltro, non serve più la residualità (1) e la legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja sui trust rende superfluo che il giudice provveda, di volta in volta, a valutare se il singolo trust persegua interessi meritevoli di tutela *ex art. 1322 c.c. intesi come leciti*.

La corretta pianificazione, destinata a durare nel tempo, di un trust sostitutivo di un accordo prematrimoniale, deve considerare fasi distinte che devono trovare una precisa e dettagliata regolamentazione in tutto l'atto. Da un lato, infatti, vanno predisposti meccanismi operativi in un contesto di normale avvio e proseguimento della vita coniugale; dall'altro vanno previste le diverse disposizioni destinate ad entrare in gioco al momento della cessazione della comunione affettiva fra i coniugi, per risolvere contrasti a volte molto spinosi, che caratterizzano questa fase di rottura, subordinando questa seconda fase alla condizione della separazione.

La costruzione di questo complesso schema non può prescindere dalla piena consapevolezza di alcune nozioni fondamentali che riguardano l'istituto del trust e che devono essere pienamente rispettate nella struttura di atto al quale si vuole dar vita.

Il primo dato, che bisogna dare per acquisito, è che il trust istituito dovrà necessariamente rimanere valido anche qualora l'attuale disegno di legge diventi norma effettiva e dunque raccogliere da esso quegli spunti necessari ed imprescindibili che possono essere utili.

■ I dati di base

Il primo interrogativo da porsi è quello relativo all'individuazione dei "soggetti", ovvero definire i ruoli: di chi sarà Disponente, trustee e guardiano.

Nota:

(1) V. Cass. n. 9637 - 19 aprile 2018, in questa Rivista, 2018, pag. 504 nella pronuncia si legge quanto segue "la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore. La Legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985), infatti, riconoscendo piena validità alla citata Convenzione dell'Aja, ha dato cittadinanza nel nostro ordinamento, se così si può dire, all'istituto in oggetto, per cui non è necessario che il giudice provveda di volta in volta a valutare se il singolo contratto risponda al giudizio previsto dal citato art. 1322 c.c. (nella premessa alla Convenzione si afferma espressamente che si tratta di un istituto tipico dei Paesi di common law, adottato però anche da altri Paesi con alcune modifiche)".

Per l'individuazione dei Disponenti (2) il problema è delicato per il diritto dei trust, posto che, in sede civilistica, il patto prematrimoniale è strutturato come "contratto fra futuri coniugi" mentre il trust non è un "contratto" e dunque ciò implica la necessità che disponenti siano entrambi i coniugi. Ciò comporta l'obbligo per gli stessi coniugi disponenti di apportare dei beni in fase istitutiva dell'atto (se uno dei due non ha beni, basterà un apporto simbolico ma apporto ci vuole), costituendo l'apporto di beni una delle tre certezze del diritto dei trust (3).

Il ruolo di primo trustee può certamente essere all'inizio ricoperto dai coniugi che pertanto in sede di avvio dello strumento, si troveranno, contemporaneamente, a svolgere il duplice ruolo di Disponenti e di Primi Trustees. Il trust in questo caso si caratterizza per essere "auto-dichiarato".

Fatta questa scelta, è conseguentemente necessario che nell'atto istitutivo si prevedano dei meccanismi efficienti di sostituzione dei primi trustee (ruolo assunto dai coniugi nella prima fase c.d. fisiologica) con due trustee estranei al gruppo familiare. Possibilmente due trustee professionali, sostituzione che non può essere lasciata al caso né tanto meno affidata ai primi trustee nella seconda fase c.d. patologica.

Si tratta della necessità di predisporre adeguati meccanismi di auto-tutela con lo scopo di prevenire e ridurre al minimo il ricorso al giudice in caso di conflitto.

Se si concentra l'attenzione sul conferimento, avendo designato i coniugi come i primi due trustee, si osserva come, rispetto a ciascun bene conferito in fondo da ciascun coniuge, si assista al trasferimento della titolarità sulla ideale quota del 50% all'altro coniuge (che ne diventa contitolare a c.d. mani riunite, come dicono i tedeschi *zur gesamte hande*) e apposizione di vincolo (non traslativo) sulla ideale quota del restante 50%.

Venendo alla "causa" del conferimento, quest'ultimo, in quanto negozio collegato all'atto istitutivo di trust, ne mutua la causa ed occorre distinguere all'interno del fondo in trust tra le attribuzioni fatte nella fase fisiologica e quelle eventuali da realizzare nella successiva fase patologica, ed ancora riconoscere quelle c.d. liberali (a favore dei discendenti soprattutto per il caso morte) e quelle più strettamente preordinate *ex ante* a soddisfare la funzione di patto prematrimoniale. Con riguardo specifico a queste ultime, appare evidente escludere che dette attribuzioni abbiano carattere di corrispettivo, pena l'accettazione di una

nozione mercantile di matrimonio/unione; così come pare doversi parimenti escludere la causa liberale *tout court* (sia perché appare poco coerente, sia perché ciò escluderebbe la vincolatività di qualsiasi promessa di trasferimento), apparendo più corretto approdare ad una *causa familiae*, con l'ulteriore positiva conseguenza di evitare che le attribuzioni, fatte o programmate nell'ambito funzionale dell'accordo prematrimoniale per il caso della futura eventuale crisi, siano soggette alla disciplina della revocazione delle donazioni per ingratitudine o per sopravvenienza di figli, ovvero alla disciplina sulla riduzione delle donazioni.

Se l'impostazione scelta dal professionista è quella di confermare quali primi trustee i coniugi (scelta di certo felice nella prima fase di avvio, normalmente caratterizzata da armonia della coppia negli indirizzi da dare alla gestione della loro vita coniugale) è di fondamentale importanza nella seconda fase di crisi del rapporto apprestare un sistema efficace ed efficiente di sostituzione del trustee.

Al ricorrere di una "fase litigiosa", il subentro spedito di un trustee terzo, già individuato per evitare futuri contenziosi, che possa ricevere il fondo in trust senza ostacoli di sorta, diventa un punto nodale di essenziale importanza.

Per quanto attiene alla figura del guardiano, la sua nomina, di certo non obbligatoria, appare quanto mai opportuna sin da subito, potendo quest'ultimo svolgere un ruolo fondamentale per scongiurare gli effetti rovinosi che possono prodursi al subentro di una fase litigiosa fra le parti. Il guardiano è un unico professionista di fiducia di entrambi i coniugi con poteri/doveri fiduciari.

Anche per il guardiano è importante individuare già, *ab initio*, meccanismi precisi per la nomina del successore.

Note:

(2) Il termine Disponibile scritto con la "D" maiuscola indica una convenzione redazionale, M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017, pagg. 5 e 21-30 si legge "sono convenzioni redazionali quelle espressioni linguistiche che hanno lo scopo di non ripetere un dato complesso nel corpo dell'atto e di evitare rinvii all'articolo nel quale il testo è contenuto. Occorre sia chiaro che le convenzioni redazionali non sono definizioni: esse sono meri segni linguistici di convenienza".

(3) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Vicenza, 2016, pagg. 42-46. L'insegnamento tradizionale afferma che l'atto istitutivo deve inequivocabilmente stabilire l'esistenza di tre elementi comunemente detti "le tre certezze" in inglese *the three certainties* ovvero la prima certezza relativa alla volontà inequivocabile del disponente di istituire un trust, la seconda certezza relativa alla composizione del fondo in trust, e la terza certezza relativa a coloro ai quali si intende attribuire un vantaggio.

Stabilire a chi spetti la nomina e la revoca del trustee e del guardiano è punto nodale, in merito al quale occorre tenere presente il percorso segnato dalla giurisprudenza (4) con la pronuncia del Tribunale di Bologna del di 8 gennaio 2014 confermato dalla Corte d'Appello con sentenza in data 11 gennaio 2019, nelle quali si statuisce il principio in base al quale i disponenti non possono riservarsi un potere assoluto di controllo sul trust e sul trustee poiché ciò renderebbe il trust non riconoscibile dal nostro ordinamento giuridico visto quanto statuito dall'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione.

Detto potere di sostituzione non va riservato ai disponenti, bensì va deferito a terzi con opportune calibrature da soppesare caso per caso.

Si potrebbe allora pensare ad un potere congiunto dei disponenti limitato alla nomina del successore, ma ciò costituirebbe un serio ostacolo in fase litigiosa.

La regola preferibile è, certamente, quella di attribuire al guardiano il potere di revoca del trustee ed il potere di nominare il suo successore.

Per quanto attiene al guardiano, la revoca e nomina andrebbe deferita (prima ancora che al giudice) ad un organo indipendente terzo (ad es. il Presidente del Consiglio notarile della città, o il Presidente dell'Ordine degli Avvocati o il Presidente dell'Ordine dei commercialisti ed esperti contabili, ovvero una Camera Arbitrale (5)) ben sapendo che oggi è possibile adire il giudice ex art. 700 e 702-bis c.p.c.

In ogni caso il problema si risolve in parte se, già *ab origine*, nell'atto istitutivo venga previsto chi subentrerà nell'ufficio in caso di cessazione, limitando il problema solo alla revoca (6).

Quanto alla "forma" dell'atto istitutivo di trust in funzione di accordo c.d. prematrimoniale, potrebbe essere opportuno, se non obbligatorio (data la astratta affinità con le convenzioni matrimoniali per le quali l'art. 162 c.c. prevede l'atto pubblico a pena di nullità), adottare la "forma solenne", con l'intervento dei testimoni. Detto requisito formale è, di norma, collegato alla necessità di richiamare l'attenzione delle parti sull'importanza dell'atto e di assicurare il massimo equilibrio tra i coniugi, soddisfacendo l'esigenza di garantire ponderazione e adeguata assistenza tecnica. Così facendo verrebbe affidato al tradizionale ruolo di terzietà del notaio il compito di prevenire eventuali strumentalizzazioni del coniuge c.d. forte.

■ La struttura del trust per Mario e Donatella

Delineati i punti c.d. fondamentali, soffermiamoci sulla struttura del trust che va configurato come trust discrezionale con beneficiari, nel quale prevedere la istituzione di 2 sottofondi:

1) Sottofondo Donatella 2) Sottofondo Mario che sono convenzioni redazionali (7).

Note:

(4) V. Trib. Bologna 9 gennaio 2014, in questa *Rivista*, 2014, pag. 293 confermato dalla Corte di Appello Bologna con sentenza 11 gennaio 2019, n. 143/2019, in questa *Rivista*, 2019, pag. 449, nella quale si "accerta e dichiara la non riconoscibilità per l'ordinamento italiano e pertanto l'inesistenza dell'atto istitutivo del 'Trust Aequanimitas'. Dalla ricostruzione sistematica delle clausole dell'atto istitutivo del Trust Aequanimitas risulta chiaramente come i disponenti si siano riservati un potere assoluto di controllo sul trust. Se infatti risulta che solo i disponenti possono revocare direttamente i guardiani (artt. 30.1 e 30.2) che a loro volta possono revocare il trustee (art. 29) nella pratica, avendo privato tali guardiani di alcun potere di veto o di opposizione alle scelte dei disponenti, gli stessi si sono privati di qualsiasi potere che permetta la protezione e tutela degli altri beneficiari: i figli dei disponenti. Questo difetto dell'atto istitutivo, visto il disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 2 della Convenzione, lo rende non riconoscibile da parte dell'ordinamento giuridico italiano e funzionale al raggiungimento di effetti ripugnanti per il nostro ordinamento".

(5) Interessante la Camera Arbitrale di recente istituita presso l'Associazione "Il trust in Italia" avente sede sociale in Roma (CAP 00197) via Antonio Bertoloni n. 55, codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Roma =05688331007=, R.E.A. numero R.M.-1521356, fondo di dotazione interamente versato euro 63.904,00, tel. 06.8070853 fax 06.8070854 - info@il-trust-in-italia; - www.il-trust-in-italia.it.

(6) V. Trib. Firenze, giudice tutelare, decr. 7 luglio 2004, in questa *Rivista*, n. 1/2005, pag. 85, commentato da G. La Torre - A. Fusi, "Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto", in questa *Rivista*, 2005, pag. 58. Nel 2004, il giudice tutelare di Firenze ha autorizzato il tutore di una persona interdetta a convenire con gli altri beneficiari la modifica di alcune clausole dell'atto istitutivo di un trust retto dalla legge inglese in applicazione del *Variation of Trust Act 1958* inglese (nello specifico si trattava della nomina di guardiani aggiuntivi del trust e delle disposizioni in merito alla loro sostituzione). Per una fattispecie di revoca giudiziale del trustee di un trust istituito in sede di divorzio, con nomina di entrambi gli ex coniugi quali trustee, ritenuti entrambi inadempienti ai loro obblighi di trustee, cfr. Trib. Milano 20 ottobre 2002, in questa *Rivista*, 2003, pag. 265; App. Milano 20 luglio 2004, *ivi*, 2005, pag. 87; e Cass. 13 giugno 2008, n. 16022, *ivi*, 2008, pag. 522; su questa vicenda cfr. M. Corabi "Un caso di revoca e sostituzione giudiziale dei trustee", in questa *Rivista*, 2004, pag. 31. La revoca del trustee e la sostituzione del medesimo con un altro può avvenire in forza di provvedimento d'urgenza previsto dall'art. 700 c.p.c. È questa la tesi sostenuta da Trib. Milano, sezione specializzata in materia di impresa, con ordinanza depositata il 26 gennaio 2013 (testo integrale consultabile sul sito www.ilcaso.it). Il Trib. Modena, con il decreto RG n.4726 del 28 dicembre 2016 (il testo integrale è consultabile sul sito www.ilcaso.it), con riferimento ad un'istanza per la revoca/nomina del Trustee e Guardiano, ha dichiarato inammissibile il ricorso ad un procedimento di volontaria giurisdizione. Alcuni Tribunali hanno ritenuto inammissibile la richiesta (decreti del Pres. Trib. Crotone 29 settembre 2008, in questa *Rivista*, 2009, pag. 37, e del 26 maggio 2009, in questa *Rivista*, 2009, pag. 650). La richiesta, invece, è stata accolta con diverse motivazioni in altri casi (decreto Pres. Trib. Milano del 17 luglio 2009, in questa *Rivista*, 2009, pag. 649; decreto Pres. Trib. Genova del 29 marzo 2010, in questa *Rivista*, 2010, pag. 408, decreto Trib. Firenze del 17 novembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, pag. 174; sentenza del Tribunale di Cremona dell'8 ottobre 2013, in questa *Rivista*, 2014, pag. 303).

(7) Per le convenzioni redazionali si rinvia alla nota 2.

In ciascun sottofondo verranno trasferiti (anche con testamento della madre di Donatella) i beni del patrimonio familiare pregresso c.d. *ante nuptias* ovvero i c.d. beni preposseduti o ereditandi e non acquisiti in costanza di matrimonio per l'apporto di ciascuno dei coniugi.

Il trustee, infatti, può accettare incrementi del fondo in trust provenienti da soggetti terzi che assumono il ruolo di disponente/conferente, ma mai quello di Disponente.

Vengono previste due categorie di beneficiari: quella dei beneficiari del reddito e quella dei beneficiari del fondo.

Nel "Sottofondo Donatella", tra i beneficiari del reddito vengono inseriti la madre di Donatella, la stessa Donatella, il suo coniuge (convenzione redazionale), i suoi discendenti (convenzione redazionale) ed anche il genero (convenzione redazionale). È importante sottolineare che i termini "Coniuge", "Discendente" e "Genero" non a caso scritti con la iniziale maiuscola sono convenzioni redazionali.

Il "Sottofondo Donatella" include tra beneficiari finali la categoria dei suoi discendenti (i figli di sua figlia), volendo Donatella realizzare il salto di passaggio generazionale.

Il "Sottofondo Mario", parimenti a quello di Donatella, include i tra beneficiari del reddito il padre di Mario, lo stesso Mario, il suo coniuge (convenzione redazionale), i suoi discendenti (convenzione redazionale) ed, eventualmente, anche un futuro genero (convenzione redazionale). Il "Sottofondo Mario" include tra i beneficiari del fondo la categoria dei suoi discendenti (attualmente sua figlia).

Il termine "Beneficiario" (8) è di per sé privo di contenuto e la corrispondente posizione beneficiaria va costruita tenendo presente la regola meglio conosciuta come "*Saunders v Vautier*" (9). La posizione beneficiaria va configurata in modo da essere "instabile"; ciò sta a significare che va costruita una categoria di beneficiari aperta all'interno della quale verranno individuati dal trustee quelli che solo al termine finale della durata del trust si consolideranno come i titolari di una posizione beneficiaria *quaesita*. Va disciplinata anche l'ipotesi che non sopravvengano figli.

Con il ricorso all'istituto del trust, Donatella avrà la garanzia di ottenere dal trustee il rimborso del denaro speso per la ristrutturazione della casa di proprietà di Mario che il medesimo mette a disposizione quale residenza della loro famiglia.

Note:

(8) M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017, Cap. XII, XIII, XIV e XV ed anche *Il Contratto di affidamento fiduciario*, Milano, 2014, pagg. 337, 377, 381, 396-399, 410, 428 e 489. L'autore rileva come l'espressione "Beneficiari" sia alquanto vaga e sostanzialmente priva di contenuto precettivo e che, al fine di darle contenuto precettivo, occorre distinguere tre macro-aree: 1. l'area patrimoniale; 2. l'area reddituale; 3. l'area procedimentale. Con riferimento all'area patrimoniale la posizione soggettiva beneficiaria può essere molto intensa e consiste nel diritto di conseguire un bene in trust al sopraggiungere di un certo termine (il raggiungimento di una determinata età) o al verificarsi di una determinata condizione (che si sia conseguita la laurea). Con riferimento all'area reddituale: il patrimonio in trust può produrre redditi e più in genere può offrire utilità, ad es. le somme conferite in trust maturano interessi legali che potranno/dovranno essere attribuite giustappunto ai beneficiari in vario modo ovvero capitalizzate. Con riferimento all'area procedimentale, le tipologie dei beneficiari sono caratterizzate da un'ulteriore gamma di posizioni che riguardano il loro rapporto con il trustee e più in generale il ruolo nella fase esecutiva del programma ovvero: 1. ciascun beneficiario potrebbe essere chiamato a preventivamente approvare alcune azioni del trustee di particolare pregnanza; 2. esprimere un parere non vincolante; oppure 3. essere destinatario passivo di quanto il programma prevede in suo favore. I c.d. beneficiari attivi con latitudine mediana sono coloro ai quali l'atto istitutivo attribuisce a) la facoltà di esprimere pareri non vincolanti rispetto agli atti di gestione del trustee; b) il diritto all'instaurazione di un contraddittorio nel caso in cui sorga un litigio, prima di deferire la questione al giudizio di un arbitro. La posizione beneficiaria, pertanto, è il risultato interpretativo della combinazione complessa di clausole definitorie, di clausole dispositive relative al fondo in trust, di clausole dispositive rispetto al reddito, di clausole di variabilità, di clausole che disciplinano un procedimento dell'agire del trustee.

(9) Per il testo integrale della sentenza in lingua originale vd. questa *Rivista*, 2019, pag. 579 ss.. Un commento alla sentenza è stato fatto da D. Zanchi, "Ancora sulla regola in *Saunders v Vautier* e temi connessi", in *Filodiritto* del 7 maggio 2019 Trust al centro, www.filodiritto.com. L'autore rileva come la *Royal Court* di Guernsey in *Rusnano Capital AG (in liquidation) v Molard International (PTC) Limited and Pullborough International Corp* [2019] GRC 011 abbia sancito un principio destinato ad avere importanti implicazioni relativamente ai trust discrezionali in Guernsey e Jersey (in quanto quest'ultima basata su un testo legislativo sostanzialmente identico). La *Royal Court* di Guernsey ha colto l'occasione per chiarire le connessioni tra la *section 53* della *trust Guernsey Law* (2007) e la regola *Saunders v Vautier*, ritenendo che l'ambito di applicazione della norma di legge (*section 53(3)*) è sensibilmente diverso da quello della regola poiché la norma di legge richiede che sia soddisfatto un minor numero di condizioni, rispetto a quante non ne ponga la regola, per consentire ai beneficiari di chiedere la fine del trust e la distribuzione del fondo. Il giudice Mac Mahon DB poi si sofferma a considerare la differenza fra beneficiario designato e beneficiario potenziale, concludendo che l'esistenza di un potere di aggiungere beneficiari non impedirà ai beneficiari di un trust di porre fine al trust ai sensi della *section 53* della citata *trust Guernsey Law* del 2007. La regola ha avuto origine dal caso *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115 (Lord Langdale MR). Il caso può essere così riassunto: un tale aveva lasciato in eredità ad un trust 2000 azioni *East India* perché il trustee accumulasse i dividendi fino a quando *Vautier* (il beneficiario) non avesse raggiunto l'età di 25 anni allorquando avrebbe avuto diritto a ricevere il fondo nella sua interezza. All'età di 21 anni *Vautier* richiese che gli venisse trasferito il fondo senza attendere la scadenza indicata dal disponente. Il giudice, avendo riconosciuto che il richiedente fosse titolare di un incontrovertibile (*vested*) interesse, che la clausola fosse posta solo a suo vantaggio, ritenne che il beneficiario avesse titolo per richiedere e ottenere l'immediato trasferimento dei fondi ed esigere il pagamento a suo favore nel momento in cui fosse stato in grado di rilasciare una valida quietanza. L'autore nota come la regola definisca un orientamento giurisprudenziale - oramai definitivamente consolidato nel suo enunciato generale nel Regno Unito, e normativo in altri ordinamenti quali Jersey o Guernsey, dove è parimenti considerata inderogabile, mentre in altri ordinamenti quali Cook Island,

(segue)

Il trust conterrà una regolamentazione completa sia per la prima fase della c.d. fisiologia del rapporto, sia per la seconda eventuale e condizionata della c.d. patologia.

Non meno importante è la possibilità di variare le disposizioni dell'atto istitutivo qualora ciò sia necessario e/o opportuno in relazione al divenire concreto delle situazioni. Il programma destinatorio è un passato rispetto alla sua esecuzione e spetta al trustee il compito di adeguare il presente e prefigurare il futuro, diversamente atteggiandosi rispetto al divenire concreto della realtà. Per questo egli è destinatario di un fascio di poteri/doveri fiduciari che si atteggianno come due facce della stessa medaglia. È opportuno che il c.d. *ius variandi* venga attribuito al trustee, ottenuto il consenso del guardiano, con il limite di non mutare la finalità dello strumento che, viceversa, diviene la stella polare di ogni legittima modifica di singole disposizioni.

Il programma per lo svolgimento della c.d. prima fase, prevede i meccanismi operativi in un contesto di normale avvio e proseguimento della vita coniugale, per lo svolgimento della c.d. seconda fase appresta *ex ante* le diverse disposizioni che entrano in gioco per aiutare a risolvere i contrasti, a volte molto spinosi, che caratterizzano la cessazione della comunione affettiva fra i coniugi.

La seconda fase è subordinata alla condizione della separazione e si pone l'obiettivo di soddisfare le esigenze più svariate, quali quelle di un eventuale mantenimento, di godimento di un immobile, ovvero di saldare e/o definire i rapporti di dare/avere in caso di apporti dell'uno su beni dell'altro, e provvedere in tal senso a prestare garanzie.

■ Le disposizioni del trust per il caso morte

Il programma dovrà prevedere una fase per il caso di morte (*certus an incertus quando*) ponendosi l'obiettivo di soddisfare le esigenze diverse ma non meno importanti di gestire al meglio e prevenire l'esercizio di rovinose azioni di riduzione, soddisfacendo le legittime pretese, per il caso in cui, nonostante le rassicurazioni di entrambi i coniugi (Mario e Donatella del caso *de quo*), ciascuno di loro, quale coniuge superstite, rivendichi una lesione di legittima, ovvero, se all'epoca incapaci, la rivendichino i loro rappresentanti (tutori e/o amministratori di sostegno) e/o aventi causa (nel caso di morte sopraggiunta in pendenza del termine per l'esercizio dell'azione di riduzione).

La questione del rapporto tra trust e legittimari viene affrontata anche nella proposta di Legge n. 244 del 23 marzo 2018 "Modifiche al cod. civ. e altre disposizioni in materia di accordi prematrimoniali" che, in materia di successioni, prevede la possibilità di stipulare patti sulle successioni future, attualmente vietati *ex art.* 458.

In attesa che le modifiche vengano adottate, *de iure condito*, nel pieno rispetto del divieto dei patti successori e della nullità di una rinuncia all'azione di riduzione prima che sopraggiunga la morte del conferente, è molto importante, contestualmente ai conferimenti, far intervenire tutti i soggetti che sarebbero legittimari, se a quella data si aprisse la successione del conferente, e far rendere loro la rinuncia all'azione di restituzione, che sdogana il bene dalla circolazione, trasformando il diritto reale alla legittima in diritto obbligatorio alla liquidazione del *tantundem* (10).

Note:

(continua nota 9)

British Virgin Islands, Bahamas (per i VISTA trust) e San Marino non lo è. In forza di detta regola quando i beneficiari di un trust sono maggiorenni, capaci di agire ed esauriscono la totalità delle posizioni beneficiarie, i medesimi possono esercitare in ogni momento i propri diritti di proprietà, indipendentemente dalle previsioni del trust, per chiedere al trustee di porre termine al trust, vanificando così l'intenzione del disponente che avesse voluto differire il momento in cui i beneficiari avrebbero, secondo le sue intenzioni, potuto godere del fondo. Nella sentenza *Stokes v Cheek* ([1860] 28 Beav. 620) si è addirittura precisato che la regola debba prevalere anche quando il disponente espressamente ne abbia escluso l'applicabilità nell'atto istitutivo. Al contrario la regola non trova applicazione allorché ci si trovi di fronte a un numero di beneficiari che possono fluttuare nel tempo, ovvero nel caso di un trust discrezionale (*Re Westphal* [1972] N.Z.L.R. 792 e *Re Levy* [1960 Ch 346]).

(10) Nel nostro ordinamento, come noto, vige il divieto dei c.d. patti successori, per cui, ai sensi dell'art. 458 c.c. "è nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto del quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta o rinuncia ai medesimi"; in dottrina si distingue fra l'azione di riduzione delle donazioni a favore del legittimario leso, esperibile solo a seguito dell'apertura della successione e soggetta al divieto di cui sopra, e l'azione di restituzione, che è un'azione accessoria il cui scopo è quello di far conseguire il pieno possesso dei beni al legittimario, ed è esperibile sia contro i beneficiari della donazione sia contro gli aventi causa da questi. Occorre poi ricordare la differenza evidenziata tra azione di riduzione contro il donatario e azione di restituzione contro il terzo avente causa dal donatario. Parte della dottrina ha, allora, ipotizzato che il divieto contenuto nel citato art. 557, comma 2, c.c. dovesse intendersi riferito alla sola azione di riduzione, l'unica espressamente considerata dalla norma, e non anche alla rinuncia alla azione di restituzione (F. Magliulo, "L'acquisto dal donatario tra rischi ed esigenze di tutela", in *Notariato*, 2002, fasc. 1, pag. 105 s.). Questo perché, essendo l'art. 557, comma 2, c.c. norma che fissa un divieto, dovrebbe considerarsi norma eccezionale e quindi interpretata in modo letterale e restrittivo (G. Iaccarino, "Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante: soluzioni operative", in *Notariato*, 2012, fasc. 4, pag. 404 ss.; di opinione contraria M. Ieva, "La novella degli artt. 561 e 563 c.c.: brevissime note sugli scenari teorico-applicativi", in *Riv. not.*, 2005, fasc. 5, pag. 943 ss. secondo il quale il divieto di cui all'art. 557 c.c. potrebbe colpire

(segue)

In sostanza il coniuge, i discendenti o, in mancanza di questi ultimi, gli ascendenti, mantengono la titolarità del diritto a lamentare, al momento dell'apertura della successione, una lesione di legittima e a chiedere la reintegra; ma avendo reso la rinuncia all'azione di restituzione dovranno/potranno richiedere il *tantundem* in denaro, senza potere aggredire il bene conferito in trust. È noto come i conferimenti di beni/diritti in trust non siano donazioni al trustee che potrà disporne, alienarli e permutarli senza alcun vincolo sul bene, ma con il vincolo sull'attività ovvero con il vincolo sull'impiego del valore che ciascun bene conferito esprime. Solo al momento successivo dell'assegnazione al beneficiario prende corpo la donazione indiretta a favore del medesimo beneficiario assegnatario per ciò che riceve, e nella misura in cui riceve. In questo momento, e solo in questo momento, si concretizza l'attribuzione liberale al beneficiario nei confronti della quale, eventualmente, valutare la lesione e chiedere la reintegra.

■ Ricorso al trust tanto per le coppie coniugate o civilmente unite che per quelle conviventi

La corretta pianificazione, destinata a durare nel tempo, di un trust sostitutivo di un accordo prematrimoniale, deve quindi considerare fasi distinte che devono trovare una precisa e dettagliata regolamentazione in tutto l'atto; da un lato i meccanismi operativi in un contesto di normale avvio e proseguimento della vita coniugale, dall'altro le diverse disposizioni che entrano in gioco per aiutare a risolvere i contrasti che caratterizzano la cessazione della comunione affettiva fra i coniugi, subordinando questa seconda fase alla condizione della separazione.

Dal punto di vista funzionale, il ricorso al trust può fornire risposta adeguata alle più svariate esigenze di disciplinare il regime degli acquisti durante la fase fisiologica del rapporto, regolamentare la diversa misura di contribuzione per evitare il ricorso a mutui simulati, predeterminare gli effetti della trasmissione endofamiliare della ricchezza, ricevere garanzia circa l'esecuzione dell'accordo, garantire la separazione tra trasmissione alla propria famiglia legittima e godimento in capo al convivente o coniuge in seconde nozze (per esempio acquisto della nuda proprietà in capo al trustee e dell'usufrutto in capo alla coppia con diritto di reciproco accrescimento a favore del più longevo).

La maggiore competitività dell'istituto del trust sta nella sua dinamicità, assicurata dallo *ius variandi*; nella segregazione delle risorse, che diventano insensibili alle

vicende personali e patrimoniali dei conferenti (il che è funzionale alla realizzazione del programma, quale effetto naturale di un trust meritevole); ancora nella protezione dei diritti dei minori, che riceverebbero vantaggi dall'impiego a loro favore dei beni conferiti nel fondo in trust, senza intestare loro i beni di famiglia (casa coniugale, seconde case); nonché nella possibilità di prevedere meccanismi perequativi e compensativi in favore del coniuge debole, ad es. configurando il trustee come obbligato di regresso per il mancato pagamento degli assegni alimentari da parte dell'onerato già prevedendo per il tramite di quali beni in trust soddisfarli. Dal punto di vista della "imposizione indiretta" delle attribuzioni al coniuge di beni facenti parte del fondo in trust, in funzione di soddisfacimento di pretese che derivano nella fase patologica, si ricorda l'esenzione dall'imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa ai sensi dell'art. 19 della Legge 6 marzo 1987, n. 74, come precisato dalla Corte costituzionale con sentenza 11 giugno 2003, n. 202, e dalla circolare del 21 giugno 2012, n. 27/E dell'Agenzia delle entrate, trattandosi di attribuzione che non avviene infatti a titolo gratuito, né per spirito di liberalità ma *solvendi causa* in adempimento di obblighi che originano da quella che viene detta in senso ampio *causa familiae*.

■ Conclusioni

In esito alle riflessioni fatte, si ritiene di poter concludere che non potrà in via pregiudiziale ritenersi invalido un trust in funzione di accordo prematrimoniale in quanto, valorizzando la c.d. causa in concreto, andrà verificato caso per caso se esso realizzi o meno i principi ed i valori dell'ordinamento (per es. se tuteli o meno il coniuge c.d. economicamente più debole

Note:
(continua nota 10)

anche la rinuncia all'azione di restituzione se si qualificasse la stessa come rinuncia parziale all'azione di riduzione). A sostegno della tesi della disponibilità del diritto ad agire in restituzione contro i terzi aventi causa dal donatario, anche prima della morte del donante, la dottrina che si è occupata dell'argomento ha, altresì, fatto riferimento al recente orientamento giurisprudenziale che nega natura reale alla tutela dei legittimari nei casi di donazioni indirette (vds. Cass. 12 maggio 2010, n. 11496, in *Notariato*, n. 5/2010, pag. 508, con nota di G. Iaccarino, "Circolazione dei beni: la Cassazione conferma che gli acquisti provenienti da donazione indiretta sono sicuri", e in *Riv. not.*, n. 1/2011, pag. 189, con nota di R. Scuderi, "Donazione indiretta e lesione di legittima: rimedi esperibili e procedure azionabili a tutela dei legittimari lesi"). Se, nei casi di donazioni indirette, i legittimari lesi non hanno mai il diritto ad agire in restituzione contro i terzi aventi causa, non si vede allora perché non si possa volontariamente rinunciare a quello stesso diritto in relazione ad una donazione diretta. Sostenere il contrario equivarrebbe a creare un solco ancora maggiore tra provenienze donative dirette e indirette (così G. Iaccarino, *Rinuncia all'azione di restituzione, prima della morte del donante*, *infra*, pag. 408).

apprestando a quest'ultimo la garanzia del mantenimento di un dignitoso livello di vita). A tale scopo sarà necessario valorizzare taluni aspetti rilevanti. Innanzitutto verificare che il ricorso allo strumento del trust sia stato accompagnato, ed anzi preceduto, da una rafforzata informativa precontrattuale sulle reciproche condizioni reddituali e patrimoniali (c.d. *full disclosure*) in modo che siano chiari e manifesti i presupposti di fatto che hanno indotto i coniugi alla conclusione dell'accordo contenuto nel trust.

In tal guisa il trust verrà strutturato in modo tale da garantire la "simmetria informativa" dei coniugi, assicurando il rispetto del principio di eguaglianza tra i medesimi ed impedendo rinunce aprioristiche di un coniuge che compromettano le sue necessità essenziali.

L'utilizzo dello strumento del trust così strutturato può dunque rilevarsi soluzione assai soddisfacente in quanto attraverso una adeguata tecnica redazionale esso è fisiologicamente in grado di gestire le sopravvenienze apprestando soluzioni diverse a situazioni imprevedibili e straordinarie sopravvenute, a fronte della inefficienza degli strumenti tradizionali di diritto civile (11).

Il ricorso all'assistenza legale indipendente del notaio, che è professionista tenuto alla terzietà e fisiologicamente adatto a comporre interessi di segno diverso nel quadro di una consulenza indipendente, appare quanto mai importante (12). Vi sono pertanto due requisiti - precondizioni del legittimo ricorso, *de iure condito*, allo strumento del trust in funzione di accordo prematrimoniale, in assenza dei quali il ricorso al trust risulterebbe illegittimo e andrebbe severamente sanzionato.

Il primo requisito/precondizione è la "lealtà dei contraenti": è il presupposto perché si realizzi il connesso diritto di "informazione trasparente" rispetto alle reciproche situazioni economiche-patrimoniali e ciò anche in ottica prospettica, come nel caso di cui si è disquisito, rispetto all'aspettativa di ereditare ingenti patrimoni.

Il secondo requisito/precondizione è l'assistenza tecnico-giuridica di professionisti seri e preparati: questi dovrebbero proporre il trust non per fini patrimoniali elusivi (frodare/abusare un *partner* debole), bensì diffondere la cultura del trust quale strumento di buon diritto anche in funzione di accordo prematrimoniale, come efficace strumento per mantenere un rapporto di solidarietà (13) e di reciproco sostegno tra coniugi anche nel momento più critico della patologia della loro unione (14).

Nulla esclude che così facendo anche il legislatore, se e quando dovesse intervenire varando una normativa dedicata al tema degli accordi prematrimoniale,

parimenti a ciò che è accaduto con la Legge 22 giugno 2016, n.112 "Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare", Legge sul c.d. Dopo di Noi, privilegi agli strumenti civilistici tradizionali lo strumento del trust.

Si tratta di una nuova sfida che si auspica venga colta dai giuristi, ciascuno nell'ambito del proprio ruolo, e non vada sprecata.

Note:

(11) Chi ha affrontato il punto M. Palazzo, "I contratti sugli effetti patrimoniali del divorzio", in *Giust. civ.*, 2017, pag. 93 ss., osserva a pag. 137 che "... occorre verificare se le parti vogliono dare rilevanza alle sopravvenienze che dovessero verificarsi nel lasso di tempo intercorrente tra la conclusione dell'accordo e la sua effettiva esecuzione, o anche successivamente, e prevedere un obbligo di rinegoziare, eventualmente ricorrendo a strumenti facilitatori della rinegoziazione (ad es. il ricorso ad un mediatore qualificato)." Questa soluzione rischia di sottovalutare la criticità di rinegoziare nella fase acuta della patologia e pone in risalto l'utilità di ricorrere allo strumento del trust come si è tentato di dimostrare nella parte applicativa del presente saggio.

(12) Cfr. V. Barba, "Patti in previsione della crisi familiare. Proposta per una riforma", in *Dir. Succ. fam.*, 2020, pag. 443 ss.. L'autore nel formulare una proposta di un modello legislativo di accordi patrimoniali, mette in evidenza a pag. 448 l'opportunità di avvalersi della figura del notaio "non solo perché è l'unica figura professionale capace di conferire pubblica fede all'atto giuridico, non soltanto perché offre la garanzia che le parti siano in una situazione di capacità naturale, non soltanto perché l'accordo potrebbe implicare il trasferimento, seppure eventuale, di diritti su beni immobili, ma soprattutto perché, in ragione della sua funzione, potrebbe adeguatamente garantire che i coniugi abbiano una adeguata informazione circa la efficacia e la portata del patto. Il notaio, secondo la proposta formulata dall'autore, avrebbe il dovere di informare le parti, prima l'una separatamente all'altra e poi congiuntamente, non soltanto sul significato giuridico del patto ma, soprattutto, sulle modifiche che esso comporta rispetto alla disciplina, altrimenti, applicabile e sulla portata effettiva e concreta delle limitazioni o rinunce che il patto comporta per uno o entrambi". Il notaio, aggiunge l'autore, "avrebbe la funzione di avvertire le parti che ciascuna è tenuta ad informare l'altra della consistenza attuale del proprio patrimonio, dei propri redditi, nonché delle proprie aspettative economiche future, di modo che, anche in base a queste informazioni, ciascuna parte abbia la migliore consapevolezza possibile della portata applicativa del patto e delle conseguenze patrimoniali che da esso possono derivare. Si tratta di una misura significativa che tende a superare la c.d. asimmetria informativa che, spesso, caratterizza, per diversi motivi (economici, culturali, di nazionalità, etc.) le parti del patto prematrimoniale. Attraverso questa misura si vuole evitare che la parte, che si trovi in una posizione contrattuale di forza, finisca per imporre all'altra condizioni che determinano a carico della parte contrattualmente e/o economicamente più debole un significativo squilibrio dei diritti/obblighi derivanti dal patto o che attribuiscono all'altra eccessiva vantaggi".

(13) Lo strumento del trust, invero, se correttamente usato, per la presenza di un trustee terzo rispetto alle parti consente di meglio realizzare il principio di solidarietà *post-coniugale*, che la futura introduzione di una normativa sui patti prematrimoniali potrà attenuare ma di certo non eliminare del tutto. Il trust, soprattutto, per la sua fisiologica flessibilità, ovvero capacità di adattarsi e gestire le variabili nel tempo, appresta un rimedio assai efficace alla necessità di apporre al patto la clausola c.d. *rebus sic stantibus*, qualora nel tempo intercorrente tra la stipula e l'esecuzione, siano intervenuti fatti imprevedibili e straordinari tali da squilibrare le previsioni del patto rendendone l'esecuzione pregiudizievole per una delle parti.

(14) Il trust, pertanto, dovrà superare il vaglio di meritevolezza ossia di conformità ai principi ed ai valori del nostro sistema ordinamentale, non essendo sufficiente che il trust superi il vaglio di liceità come non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume, in quest'ottica l'atto verrà valutato anche alla luce del criterio di buona fede e abuso del diritto. Trattasi di una nuova frontiera per gli operatori del diritto che dovranno essere capaci di coniugare tecnicismo e normatività da un lato con i principi ed i valori dell'ordinamento giuridico.