

I TRUSTS, GLI ATTI DI ASSEGNAZIONE DI BENI IN TRUST E LA CONVENZIONE DELL'AJA. PARTE PRIMA: I PRINCIPI GENERALI

Alessio Reali - Ricercatore nell'Università Carlo Cattaneo di Castellanza

L. 16-10-1989, n. 364, epigrafe

Si dimostra che con la CAT non si è voluto distinguere tra *trusts* internazionali ed interni/esteri, e quindi si dovrebbe abbandonare il concetto di "*trust* interno", che porta i nostri interpreti ad applicare direttamente il diritto italiano ai *trusts* maggiormente connessi con l'ordinamento, in violazione di norme di diritto internazionale privato e all'esito di processi logici errati. Si precisa che i *trusts* sono oggi da intendersi quali negozi tipici peculiari del diritto privato italiano e in forza di ciò si presenta uno schema di soluzione dei casi che muove dal testo della CAT, adattandosi a tutti i tipi di *trust*. Infine si analizza la disciplina degli atti di assegnazione di beni in *trust* e si delineano principi universali per regolare i loro rapporti con l'atto istitutivo di *trust*.

Sommario: 1. Il concetto di "*trust* interno" e la necessità di un nuovo approccio metodologico per la soluzione dei problemi dei *trusts* più strettamente connessi al diritto italiano. - 2. Gli atti di assegnazione di beni in *trust* in *common law* e secondo la Conv. dell'Aja sui *trusts*. - 3. L'art. 4 CAT e le varie *species* di atti di assegnazione di beni in *trust*. - 4. Esegesi dell'art. 4 CAT e individuazione dei principi generali di diritto da applicarsi al rapporto tra *trusts* e atti di assegnazione di beni in *trust* ai sensi della Convenzione.

1. - È comune osservazione che la disciplina dei c.d. "*trusts* interni" sia ancora bisognosa di verifiche e di sistemazioni teoriche rigorose ⁽¹⁾.

Acquietatasi, infatti, la disputa iniziale sull'ammissibilità della figura del *trust* nel nostro ordinamento, gli orientamenti seguiti dalla maggior parte degli autori e dei giudici di merito possono riassumersi così: il diritto privato italiano dispone delle risorse sufficienti per adattare gli schemi dei *trusts* anglosassoni agli scopi che con essi vengono perseguiti nella prassi, fatta salva l'adozione di opportuni filtri, necessari per invalidare questa o quella disposizione illecita contenuta nell'atto istitutivo.

Senonché, quando si tratta di individuare quali siano questi filtri, non vi è concordia, né in dottrina né in giurisprudenza; e questo crea incertezza ed effetti paralizzanti sull'attività degli addetti ai lavori, perché si traduce nel risultato pratico di escludere molte figure di *trusts* dalle operazioni in cui potrebbero essere impiegate.

Una strada alternativa per cercare di risolvere i vari problemi di regolamentazione dei *trusts* più strettamente connessi al diritto italiano (e fin qui noti, per l'appunto, come "*trusts* interni") può consistere nel cambiare prospettiva e rivolgere l'attenzione, invece che allo strumento '*trust*', in sé e per sé, e cioè inteso quale rappresentato, in sostanza, dal suo mero atto istitutivo, agli atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust* (o di attribuzione piuttosto che di trasferimento di beni al *trustee*, come forse si dovrebbe dire, almeno in certi casi) ⁽²⁾ e alla loro interazione con l'atto istitutivo medesimo.

Atti, quelli di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust*, il cui studio non è stato, finora, approfondito. Non solo, come sarebbe stato, per certi aspetti, ragionevole attendersi (come si vedrà), nei vari ordinamenti di *common law*, con riferimento alle diverse *species* di *trusts* ivi circolanti; ma anche nel nostro sistema giuridico, dopo il recepimento della Conv. dell'Aja del 1° luglio 1985 *relativa alla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento* ⁽³⁾, all'interno della quale il problema della distinzione tra i *trusts* e gli atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust*, e del coordinamento tra i loro effetti, assume un rilievo centrale. Tuttavia, prima di intraprendere la disamina della disciplina di tali atti, occorre fare due premesse.

La prima premessa è che il concetto di "*trust* interno", al momento in apparenza molto sentito in Italia ⁽⁴⁾, in realtà risulta fuorviante e dovrebbe essere quindi abbandonato, in quanto fonte di equivoci e di scelte erranee.

Al riguardo basti soltanto ricordare che i redattori della Conv. dell'Aja sui *trusts*, muovendosi sulla falsariga di quanto avviene in materia di contratti nell'ambito del diritto internazionale privato degli Stati di *civil law*, si erano posti il problema se fosse opportuno distinguere tra "*trusts* interni" (ed esteri o stranieri, che dir si voglia) e "*trusts* internazionali" e limitare l'applicazione della CAT ai soli *trusts* internazionali ⁽⁵⁾. Postisi il problema, peraltro, essi hanno intenzionalmente deciso di abbandonare questo tipo di approccio, per tre ragioni di carattere sostanziale, fin qui forse rimaste incomprese ai più.

La prima ragione è che, poiché l'oggetto della redigenda Convenzione era uno strumento legale fino a quel momento pressoché ignoto agli operatori del diritto della maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, partendo dal concetto di *trust* internazionale sarebbe stato più arduo procedere al riconoscimento, all'interno di essi, di un *trust* creato in un Paese di *common law* (o che conosceva, comunque, detto strumento) ⁽⁶⁾.

La seconda ragione è che, posto che identificare il carattere di internazionalità di un negozio giuridico è già di per sé complicato ⁽⁷⁾, il *trust* internazionale avrebbe dovuto essere definito, per l'occasione, usando tecniche differenti rispetto a quelle utilizzate nel campo dei contratti. Infatti, l'internazionalità tradizionalmente intesa avrebbe potuto ricondurre all'ambito convenzionale anche un *trust* collegato a due o più Stati di *civil law* privi di disciplina interna dello strumento *de quo* ⁽⁸⁾.

La terza e più importante ragione è, infine, che, come dice l'art. 2, par. 1, CAT, costituendo un *trust* si instaura una relazione giuridica ⁽⁹⁾, la quale, essendo altresì espressiva di un vincolo di destinazione ⁽¹⁰⁾, dà vita ad un rapporto di durata, i cui elementi di fatto (e le loro connessioni con un determinato territorio) possono sempre cambiare nel tempo ⁽¹¹⁾. Senza contare che i suddetti elementi (e connessioni), compresi quelli c.d. 'oggettivi', possono essere facilmente 'gestiti', durante il *trust period*, perfino dal *settlor*, sia pur tramite il *protector*, le *letter of wishes* o altri strumenti operativi di volta in volta inseriti nell'atto istitutivo di *trust* ⁽¹²⁾.

Per queste ragioni, quindi, la Conv. dell'Aja sui *trusts* è stata redatta esattamente nei termini in cui è formulata e si è inserito, nel suo contesto, l'art. 13 CAT. Il quale, come si sa, non parla di *trust* interno (o estero o internazionale), ma collega solo l'eventuale non riconoscimento di un *trust* al fatto che i suoi elementi più significativi, eccezion fatta per tre di essi, che la norma considera irrilevanti ⁽¹³⁾, siano maggiormente connessi ad uno Stato che (come l'Italia) non prevede, per proprio conto ⁽¹⁴⁾, l'istituto del *trust* ⁽¹⁵⁾.

L'abilità di parte della nostra dottrina è stata, poi, per contro, quella di coniare (muovendosi, come detto, nel quadro logico consuetudinarmente applicato al diritto dei contratti internazionali dei Paesi europei di *civil law*) ⁽¹⁶⁾ il concetto di "*trust* interno" e di interpretare in modo peculiare l'art. 13 CAT, al fine di favorire la circolazione dello strumento sul territorio ⁽¹⁷⁾.

Fermo lo stato dell'arte appena riassunto, nondimeno, è oggi opportuno ammettere che, con la ratifica della Conv. dell'Aja sui *trusts*, è stata introdotta, in Italia, la possibilità di riconoscere, non i *trusts* internazionali o i *trusts* esteri (piuttosto che quelli interni), bensì, semplicemente, i *trusts* ⁽¹⁸⁾; i quali, tra l'altro, sono da intendersi, ai fini del nostro diritto privato, nei confini delineati dalla Convenzione (e dalla sua legge di ratifica), quali negozi giuridici tipici ⁽¹⁹⁾, pur se con le caratteristiche di tipicità di cui si dirà in seguito.

Sicché, in sintesi, non si dovrebbe affatto parlare di "*trusts* interni", se non ai fini di una mera convenienza espressiva, la quale, in ogni caso, corre sempre il rischio di trasformarsi in un qualcosa di fuorviante. Soprattutto se, nell'ottica di quanto avviene in modo pressoché automatico negli ordinamenti europei di *civil law*, nel solco del comune distinguo tra contratto interno e contratto internazionale, l'intenzione e l'esito finale di tale 'qualificazione' sono quelli di suggerire l'applicazione diretta, ai suddetti "*trusts* interni", delle disposizioni del diritto domestico. Applicazione diretta che non si attua, ovviamente, nel caso dei *trusts* esteri/internazionali, perché, com'è noto, "*i contratti internazionali (cioè, rapporti che, essendo collegati in un modo o nell'altro con diverse comunità statali, interessano il commercio internazionale) non tollerano la rigorosa applicazione di concezioni valedoli per i contratti interni (sorti ed operanti nell'ambito di una singola comunità statale) e soprattutto in quanto le tecniche 'localizzatrici' usate di solito per risolvere i conflitti di leggi mal si prestano ad un loro impiego che soddisfi completamente tutte le esigenze in gioco*" ⁽²⁰⁾.

Va aggiunto che il carattere sviante dell'impostazione fin qui comunemente accettata è vieppiù sottolineato dal fatto che l'esito cui essa pone capo è frutto di un effetto di trascinamento.

Si deve infatti ricordare che, nella storia del diritto privato di *civil law*, il problema di dover distinguere tra ciò che è interno e ciò che è internazionale è sempre stato associato all'idea che, in materia di contratti, le parti di uno stesso Stato non potessero scegliere liberamente una legge regolatrice straniera, perché, così facendo, avrebbero eluso le norme imperative del foro ⁽²¹⁾.

Senonché, proprio in materia di contratti, questo problema è già stato affrontato e superato con la Conv. di Roma del 19 giugno 1980 *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, tramite la quale si è espressamente stabilito, all'art. 3, par. 3, che "*la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate 'disposizioni imperative'*" ⁽²²⁾. Disposizione (da leggersi congiuntamente con l'art. 1, par. 1, della stessa Conv. di Roma), che comporta la conseguenza, "*ovvia per ogni contratto interno, per tutti i sistemi giuridici dove vige l'autonomia contrattuale*" ⁽²³⁾, secondo cui le parti possono derogare allo *ius dispositivum*, mentre devono attenersi al solo *ius cogens* ⁽²⁴⁾.

Così, tra gli internazional-privatisti, si è concluso che "*la designazione della legge regolatrice ad opera delle parti è di per sé elemento sufficiente a conferire al contratto il carattere di internazionalità necessario perché la convenzione sia applicabile*" ⁽²⁵⁾.

Ad ogni modo, a prescindere dall'interpretazione internazional-privatistica dell'art. 3, par. 3, della Conv. di Roma *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, quello che interessa rimarcare qui è che la Conv. dell'Aja sui *trusts* è stata redatta prendendo quale parametro di riferimento, non i *trusts* interni (ed esteri) o i *trusts* internazionali, bensì, i soli *trusts* che producono effetti delocalizzati rispetto allo Stato della loro legge regolatrice e a qualsiasi altro Stato ⁽²⁶⁾. Cosicché, il richiamarsi, in un tale contesto, al concetto di "*trust* interno", e al presunto e di fatto ivi inesistente distinguo tra "*trusts* interni" e "*trusts* internazionali" (ed esteri), non può e non deve assumere alcun rilievo ai fini dell'interpretazione delle fattispecie e della risoluzione delle controversie.

Anche perché, ferma restando la diversa *quaestio*, parallela e preliminare, circa l'effettiva sussistenza di una piena autonomia negoziale costitutiva in materia, a favore delle persone fisiche/giuridiche italiane (*quaestio* cui si ricollega il solo testo dell'art. 13 CAT e alla quale si rivolge la sua stretta interpretazione) ⁽²⁷⁾, se, ragionando per assurdo, dal regime della Conv. dell'Aja sui *trusts* emergesse il suddetto distinguo tra "*trusts* interni" (ed esteri) e "*trusts* internazionali", esso non potrebbe che rilevare, ancora una volta, soltanto sul terreno del già richiamato rispetto delle norme imperative del foro (a carico, in questo caso, del disponente) ⁽²⁸⁾. *A fortiori*, inoltre, per quanto ci concerne, ove si consideri che, nella circostanza, a differenza di quanto avviene per i contratti, la legge regolatrice di un *trust* maggiormente connesso ad uno Stato che, come l'Italia, non conosce di per sé l'istituto del *trust*, dovrebbe essere sempre e comunque straniera.

Tuttavia, proprio al riguardo, è a questo punto opportuno ricordare che la Conv. dell'Aja sui *trusts* è stata redatta già inserendo in essa tutte le regole necessarie per evitare l'elusione di qualsiasi norma imperativa: rispettivamente, con l'art. 15 CAT, di ogni norma imperativa della legge richiamata dalle disposizioni di conflitto del foro ⁽²⁹⁾ e, con l'art. 16 CAT, di ogni norma imperativa sia della legge del foro sia di un'eventuale legge terza ⁽³⁰⁾.

Quindi, in definitiva, si deve avvertire che non appare corretto l'approccio, costantemente seguito dall'interprete italiano, quando si trova ad esaminare un *trust* caratterizzato da elementi di fatto maggiormente connessi all'ordinamento interno, che lo porta ad applicare direttamente il diritto privato domestico, poiché esso si risolve nel negare alla Conv. dell'Aja sui *trusts*, non solo il suo ruolo, indiscutibile ed ineludibile, di parametro di riferimento in materia, ma addirittura un suo qualunque valore legale.

Detto ciò, le considerazioni fin qui svolte impongono di enucleare anche una seconda premessa prima di passare all'esame della disciplina degli atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust*.

Infatti, in forza di quanto esposto, si può affermare che, tramite la ratifica della Conv. dell'Aja sui *trusts*, operata con la l. 16 ottobre 1989, n. 364, i *trusts*, come ivi intesi e delineati, sono diventati negozi giuridici tipici del nostro ordinamento ⁽³¹⁾. Negozi tipici, caratterizzati, però, rispetto agli altri negozi di diritto privato italiano ad essi parzialmente assimilabili, come, ad esempio, l'atto di destinazione, di cui all'art. 2645- *ter* c.c., o il fondo patrimoniale, di cui all'art. 167 c.c. e seguenti, da un'evidente peculiarità. Vale a dire, dal fatto che la loro tipicità deriva, non direttamente dal Codice civile (o da un'altra legge di puro diritto privato interno ad esso 'collegata'), bensì, dal 'combinato disposto' di due normative, e cioè:

i) la predetta l. n. 364/1989 di ratifica della Conv. dell'Aja sui *trusts*; e

ii) la stessa Conv. dell'Aja sui *trusts*.

Il che comporta, in conclusione, che la soluzione delle varie *quaestiones* attinenti ai *trusts* passi sempre per il tramite dei meccanismi di interpretazione delle fattispecie e di risoluzione delle controversie stabiliti dalla CAT, divenuti, in sostanza, sia pur in via indiretta, parte integrante del diritto privato domestico (al pari di quelli espressamente previsti dalla l. n. 218/1995) ⁽³²⁾.

Cosicché, non è altrettanto corretto, e si spiega solo, ancora una volta, alla luce della preoccupazione, interamente gratuita e superflua, di evitare l'elusione delle norme imperative del foro, parlare, in tema di *trusts*, di meritevolezza degli interessi sottesi alla fattispecie in esame ⁽³³⁾, nel senso indicato, rispettivamente, dall'art. 2645- *ter* c.c. piuttosto che dall'art. 1322 c.c. ⁽³⁴⁾; come non è corretto parlare di mancanza di causa (concreta ⁽³⁵⁾ o meno) del *trust de quo* ⁽³⁶⁾, di impossibilità dell'oggetto ⁽³⁷⁾, *et cetera*. Riferimenti che nessun interprete proporrebbe mai, per inciso, nei confronti di un *trust* che fosse sia pur erroneamente qualificato come internazionale od estero.

Naturalmente simili digressioni logico-giuridiche trovano tutte una giustificazione comune nel fatto che si pensa che solo applicando direttamente le norme di diritto sostanziale italiano sia possibile risolvere la problematica dell'elusione del diritto interno, altrimenti da ritenersi non superabile.

Questa nobile intenzione, peraltro, non trova nessun presupposto giuridico né in alcuna disposizione della Conv. dell'Aja sui *trusts* (e della sua legge di ratifica) né altrove; mentre contraddice, innanzitutto, l'obiettivo primario delle normative di diritto internazionale privato, che rimane quello di " *favorire la prevedibilità dell'esito delle controversie giudiziarie, la certezza circa la legge applicabile e la libera circolazione delle sentenze*" ⁽³⁸⁾, introducendo motivi di incertezza delle soluzioni adottate e, per l'effetto, di inattendibilità delle decisioni.

Non solo. Sul piano del diritto interno, si deve poi osservare che i *trusts* sono normalmente usati per pianificazioni patrimoniali a lungo termine e quindi esigono un alto grado di certezza giuridica; cosicché i dubbi creati da percorsi decisionali che si collocano al di fuori di un quadro normativo preciso rischiano di compromettere la competitività e l'attrattività del sistema Paese, che, invece, erano l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano con la ratifica della CAT ⁽³⁹⁾.

Simili costi, tuttavia - si ribadisce - sono affrontati inutilmente, posto che i vari problemi del caso potrebbero essere tutti superati semplicemente applicando, in modo coerente ed uniforme, i meccanismi di soluzione delle controversie deducibili dalla disciplina della Conv. dell'Aja sui *trusts*, colta nella sua veste originaria di convenzione di diritto internazionale privato (pur se caratterizzata da elementi di forte peculiarità rispetto alle ordinarie convenzioni di diritto internazionale privato ⁽⁴⁰⁾).

Applicazione la quale comporterebbe, a sua volta, il passaggio della soluzione delle singole questioni che possano insorgere nella prassi per il tramite del reticolo delle disposizioni contenute nella Convenzione stessa, che rimanda, nell'ordine, alla legge regolatrice del *trust*, alle c.d. "clausole di salvaguardia" ⁽⁴¹⁾ e, tramite queste ultime e altre norme, anche al diritto interno, ma solo in determinate ipotesi. Come può essere il caso dell'art. 4 CAT, pur se nei limiti di cui si discorrerà.

Giunti a questo punto, e fatte pertanto le debite premesse, si può adesso procedere ad esaminare il tema degli atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust*.

2. - Come parzialmente anticipato, la disciplina degli atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust* non è stata approfondita, prima della stesura della Conv. dell'Aja sui *trusts*, nei Paesi di *common law*, per il concorrere di una pluralità di motivi. Ovverosia:

a) in primo luogo, perché nei sistemi di *common law* si usa spesso parlare di *trust* anche in chiave soggettivista, per indicare tutti quei casi in cui si è in presenza di una serie di obbligazioni cui è tenuto un *trustee* nei confronti di uno o più beneficiari (o in vista del perseguimento di uno o più scopi) ⁽⁴²⁾;

b) in secondo luogo, perché nel diritto inglese si è sempre sostenuto che un *express trust* debba ritenersi validamente costituito sia con un effettivo trasferimento dei beni da porsi in *trust* al *trustee* designato sia tramite un'efficace *declaration of trust* ⁽⁴³⁾;

c) infine, perché nei sistemi di *common law*, anche in materia di *trusts*, sebbene vi sia un'unica tradizione, esistono di fatto due realtà, la prima delle quali è quella dei quarantanove Stati degli U.S.A., mentre la seconda è quella dei Paesi di *Commonwealth* ⁽⁴⁴⁾. E come è stato osservato, negli Stati del *Commonwealth*, anche se la distinzione tra il mezzo utilizzato per la creazione del *trust* e il *trust* stesso è sempre stata nota, nessun giudice l'ha mai esplicitamente riconosciuta e, anzi, molti di essi l'hanno perfino violata ⁽⁴⁵⁾.

Solo con la Conv. dell'Aja sui *trusts* si sono potuti quindi sciogliere i nodi pregressi, perché essa riguarda unicamente gli *express trusts* ed ha compiuto una netta scelta a favore del distinguo tra *trust* e atto di assegnazione di beni in *trust* ⁽⁴⁶⁾.

Scelta che è stata suggerita dal fatto che la CAT è una convenzione di diritto di internazionale privato (sia pur peculiare), chiamata, oltre che a favorire (in via principale) l'operatività dei *trusts* di *common law* nei sistemi giuridici di *civil law* ⁽⁴⁷⁾, a risolvere (in via subordinata) anche il problema del conflitto delle leggi, che, sempre in materia di *trusts*, può insorgere perfino tra gli ordinamenti di *common law* ⁽⁴⁸⁾. Ed è notorio

che in tema di conflitto delle leggi, il problema della differenza di disciplina tra lo strumento (qui, il *trust*) e gli atti ad esso correlati (gli atti di conferimento di beni in *trust*) si viene necessariamente a presentare in tutta la sua pienezza ⁽⁴⁹⁾.

Con riguardo, poi, al caso del *trust* in Italia, il fatto che il tema della distinzione in oggetto non sia stato approfondito, dopo la recezione della CAT, è dovuto proprio a causa dell'intervenuta scissione tra " *trusts* interni" e " *trusts* internazionali" (ed esteri), che ha oscurato la necessità di far sempre riferimento alle norme convenzionali.

Nondimeno, come la dottrina straniera, dopo l'entrata in vigore della CAT, ha colmato le lacune pregresse, anche la dottrina italiana dovrebbe farsi carico di analizzare meglio la questione, che presenta indubbi profili di complessità, ma che non per questo dev'essere trascurata o mal impostata.

3. - Posto quanto si è detto, per affrontare il tema degli atti di assegnazione di beni in *trust*/atti di trasferimento di beni al *trustee*, bisogna necessariamente partire dal testo della Conv. dell'Aja sui *trusts* e, più precisamente, dall'art. 4 CAT; il quale stabilisce che " *La Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee*".

Al riguardo però bisogna tener presente che quando si parla di un atto di assegnazione di beni in *trust* (o di trasferimento di beni al *trustee*), ci si riferisce, nella prospettiva del giurista di *civil law*, a tre diverse *species* di atti ⁽⁵⁰⁾, e cioè a:

1) l'atto costitutivo di *trust* con cui il *settlor* istituisce il *trust* (creando obbligazioni di natura fiduciaria in capo al *trustee* designato ⁽⁵¹⁾) e provvede per il contestuale trasferimento dei beni da porsi in *trust* a favore di un *trustee* ⁽⁵²⁾;

2) l'atto istitutivo di *trust* posto in essere dal *settlor* con la c.d. *self-declaration of trust*, ovvero sia tramite una sua dichiarazione di voler modificare la propria posizione soggettiva su determinati beni, passando, ad esempio, dalla titolarità esclusiva di essi alla titolarità degli stessi nell'interesse di uno o più beneficiari, determinati o determinabili ⁽⁵³⁾ (è questo il caso del 'nostro' *trust* auto-dichiarato) ⁽⁵⁴⁾;

3) l'atto di assegnazione di beni in *trust*/trasferimento di beni al *trustee*, in senso stretto, con cui una determinata persona (fisica o giuridica), che può coincidere o meno con il *settlor*, trasferisce al *trustee* di un *trust* già esistente uno o più beni, da vincolarsi alle finalità stabilite nel *trust instrument*.

E in riferimento a tutta questa tipologia di atti vale la pena di rilevare che:

- in generale, " *il negozio di trasferimento può coincidere con il negozio istitutivo del trust, precederlo o seguirlo*" ⁽⁵⁵⁾;

- in particolare (per quelli di cui punto 1), " *l'eventuale coincidenza documentale non esplica alcun effetto sulla reciproca autonomia fra i due negozi*" ⁽⁵⁶⁾.

4. - Passando ora alla disamina dell'art. 4 CAT, va segnalato che con questa norma i redattori della Conv. dell'Aja sui *trusts* hanno voluto distinguere, con riferimento a ogni tipo di *trust* da essa interessato (di cui all'art. 3 CAT ⁽⁵⁷⁾), tra la fase di costituzione del *trust*, intesa in senso lato, e quella di svolgimento dei rapporti in cui esso si esplica.

In altre parole, essi hanno voluto distinguere tra il momento in cui un qualsivoglia *trust* viene debitamente istituito e 'investito' dei beni da destinarsi alle finalità previste nell'atto istitutivo e il momento in cui lo stesso *trust*, così validamente costituito, 'entra in gioco' ⁽⁵⁸⁾; ed hanno tracciato questa distinzione facendo ricorso alla metafora della "rampa di lancio" (*rocket-launcher*) e del "missile" (*rocket*) ⁽⁵⁹⁾, che è poi largamente entrata nelle prassi discorsive dei giuristi globali.

La distinzione in oggetto ha uno scopo regolativo ben preciso, perché con essa si è voluto far sì che la Convenzione fosse applicata solo e soltanto ai *trusts* e, in particolare, in punto di validità, esclusivamente ai problemi di validità ad essi strettamente correlati; mentre si è deciso di sottrarre alla Convenzione stessa, e quindi ai meccanismi di individuazione della legge applicabile da essa previsti, le questioni, definite espressamente " *preliminari*" dall'art. 4 CAT, relative alla validità degli atti giuridici, compiuti *inter vivos* o *mortis causa*, con i quali i beni vengono trasferiti al *trustee*.

Tuttavia, come si è visto, in *common law* quando si costituisce un *trust*, vengono posti in essere due negozi giuridici diversi e collegati: il negozio con cui il *settlor* manifesta la volontà di creare il *trust* (e determina l'insorgere delle *fiduciary obligations* in capo al *trustee*), che si concretizza nell'atto istitutivo di *trust*, ed il negozio di trasferimento al *trustee* designato dei beni da porsi in *trust*.

Ancorché, quindi, il trasferimento dei beni al *trustee* sia di per sé una *condicio sine qua non* per la creazione di un *trust*, per quanto concerne i *trusts* assoggettati alla CAT, con la Convenzione si è stabilito che il sistema di individuazione della legge applicabile varii in relazione al tipo di atto interessato, posto che la *proper law* del *trust* designata dalla Convenzione medesima si applica solo all'istituzione del *trust* in sé e non al problema della validità dell'atto in forza del quale viene compiuto il trasferimento in esso di uno o più beni ⁽⁶⁰⁾; quest'ultimo, per scelta dei redattori, deve essere interamente disciplinato dalla legge cui le regole di conflitto del foro lo sottopongono ⁽⁶¹⁾.

Con ciò si è pertanto accettata la conseguenza che se dovesse risultare che, ai sensi della legge ad esso applicabile, l'atto di trasferimento non sia valido, si dovrebbe ritenere che il *trust* non sia mai venuto ad esistenza, *ab origine*, per mancanza di un requisito essenziale ⁽⁶²⁾; ciò ancorché il *trust* stesso possa essere considerato valido, per quanto concerne tutti gli altri aspetti, in base alla diversa legge che lo disciplina.

Questo approccio metodologico ha stimolato le critiche di un importante comparatista italiano, il quale, a proposito della metafora predetta, ha scritto, testualmente, che " *a me fa rabbrivire perché accomuna nella 'rampa di lancio' due negozi giuridici distinti: il negozio istitutivo e il negozio di trasferimento*" ⁽⁶³⁾.

Data l'autorevolezza dell'autore, questa impostazione critica si è diffusa a macchia d'olio, segnando un punto di frattura con la letteratura internazionale, nella quale, invece, come si è accennato, la metafora della "rampa di lancio" (*rocket-launcher*) e del "missile" (*rocket*) è generalmente accettata.

La questione merita dunque un esame più dettagliato.

In sintesi, la critica 'italiana' ha fatto valere i seguenti argomenti:

a) è errato parlare di questione preliminare con riferimento al trasferimento o all'assegnazione dei beni, perché - si è messo in luce - " *il trasferimento di un bene al trustee [...] non è in alcun modo considerabile, come è detto nell'art. 4, una questione "preliminare": a meno di revocare in dubbio la distinzione fra negozio istitutivo e negozio di trasferimento, è vero esattamente il contrario: la questione preliminare è quella che riguarda la validità del negozio istitutivo, non quello di trasferimento*" ⁽⁶⁴⁾ ;

b) i redattori della Convenzione sono partiti dall'" *idea generale [...] che un trust non potesse esistere senza il trasferimento di un bene al trustee*" ⁽⁶⁵⁾ . Idea da considerarsi, però, " *falsa*" ⁽⁶⁶⁾ , perché esistono " *norme, conosciute sia in diritto inglese che nel modello internazionale che in molti ordinamenti civilisti, le quali disciplinano il caso in cui il trustee designato dal disponente non accetti o muoia prima dell'accettazione e tutte dispongono che il trust rimanga valido, dettando il procedimento per la nomina di un altro trustee*" ⁽⁶⁷⁾ . Cosa che non sarebbe possibile - si è concluso - " *se il negozio istitutivo non avesse una propria autonomia e logica prevalenza rispetto al negozio di trasferimento*" ⁽⁶⁸⁾ .

Tale critica potrebbe sembrare di per sé lineare e condivisibile, se non fosse che in altra sede, analizzando il *trust* nel modello tradizionale inglese, lo stesso autore, muovendosi nell'ottica dell'incontestabile (e da lui stesso incontestata e, anzi, sostenuta) distinzione tra negozio istitutivo di *trust* e negozio di trasferimento di beni al *trustee*, ha osservato, nell'ordine:

- che " *il negozio istitutivo del trust fra vivi è a forma libera*" ⁽⁶⁹⁾ , mentre " *il negozio che trasferisce l'oggetto del trust al trustee è invece assoggettato alle ordinarie prescrizioni formali attinenti il bene o diritto trasferito*" ⁽⁷⁰⁾ ;

- che " *dato che il negozio di trasferimento e il negozio istitutivo del trust sono soggetti a regole formali diverse, è ben possibile che, posti i due negozi in essere in unico contesto o in unico documento, uno sia valido e l'altro no*" ⁽⁷¹⁾ ; e infine,

- che " *in tali casi, è normalmente il negozio di trasferimento che è viziato*" ⁽⁷²⁾ , cosicché " *ne consegue che il negozio istitutivo rimane privo di effetti*" ⁽⁷³⁾ .

In tal modo, però, si è finito con il condividere l'opinione dei redattori della Convenzione dell'Aja sui *trusts*, secondo cui, in caso di invalidità dell'atto di trasferimento, il *trust* non viene comunque a crearsi *ab origine*, per mancanza di un elemento essenziale.

Aggiunto, poi, che le " *questioni preliminari*" di cui parla l'art. 4 CAT, si riferiscono anche alla categoria di atti di cui al punto 3 del paragrafo precedente, va detto che vale infine l'osservazione proposta, sempre in replica alla critica appena riferita, da altra autorevole dottrina di diritto inglese.

Dottrina secondo la quale, se si può facilmente convenire sia sul fatto che l'idea della rampa di lancio fonde tra loro due elementi distinti (e cioè l'atto istitutivo di *trust* e l'atto di conferimento di beni in *trust*), sia sul fatto che l'istituzione di un *trust* si può perfezionare anche in assenza di un *trustee*, nondimeno il singolo *trust* ha comunque bisogno di essere costituito, per il tramite dell'attribuzione della titolarità giuridica dei beni in esso conferiti ad un *trustee* intenzionato ad assumersela, prima che esso possa diventare efficace e che i poteri e i doveri nascenti dall'atto istitutivo di *trust* possano essere esercitati ⁽⁷⁴⁾ .

Sicché, in definitiva, finché istituzione (del *trust*) e trasferimento (dei beni in *trust*) non hanno entrambi avuto luogo, il *trust de quo* non può considerarsi pienamente efficace; e in quest'ottica, resta comunque saggio e utile parlare di questione " *preliminare*" e ragionare, nel solco dell'art. 4 CAT, nell'ambito della metafora della rampa di lancio e del missile ⁽⁷⁵⁾ .

In conclusione, dovrebbe quindi dirsi che, tanto la questione (che in apparenza sembrerebbe essere più che altro linguistica) di ciò che sia da considerarsi " *preliminare*", ai sensi dell'art. 4 CAT, tra validità dell'atto di istituzione del *trust* e validità dell'atto di trasferimento di beni al *trustee*, quanto la questione del distinguo tra la rampa di lancio e il missile, siano da ritenersi entrambe superate ⁽⁷⁶⁾ .

Quello che deve/dovrebbe rilevare, nella circostanza, è che:

a) il negozio istitutivo di *trust* e il negozio di conferimento di beni in *trust* devono essere entrambi valutati nel contesto del " *rocket-launching process*" di cui alla Conv. dell'Aja sui *trusts* ⁽⁷⁷⁾ ;

b) i redattori della Convenzione dell'Aja sui *trusts* hanno esplicitamente scelto di escludere dal campo di applicazione della CAT la questione preliminare relativa alla disciplina del negozio di 'conferimento' di beni in *trust*/trasferimento di beni al *trustee* e di sottoporla alla legge individuata dalle regole di conflitto del foro ⁽⁷⁸⁾ .

Quanto fin qui riportato, in vero, sul terreno degli stretti principi generali di diritto, in forza di quello che stabiliscono espressamente le norme della Conv. dell'Aja sui *trusts*, in punto di rapporti tra *trusts* e atti di assegnazione/'conferimento' di beni in *trust*.

Principi generali di diritto che, in virtù di quanto illustrato nei paragrafi precedenti, dovrebbero essere applicati in modo equivalente a tutti i *trusts*, divenuti globalmente riconoscibili nel nostro ordinamento per effetto della ratifica della Convenzione operata con la l. n. 364 del 1989.

Ciononostante, come si è visto, l'intervenuta scissione tra " *trusts* interni" e " *trusts* internazionali" ha oscurato, a monte, il rilievo dei vari meccanismi convenzionali da applicarsi, altrimenti, anche ai fini dell'interpretazione e della soluzione delle controversie relative alle fattispecie di *trusts* maggiormente connesse al diritto italiano; e il tutto si è ripercosso, a valle, sul piano operativo, perfino nella circostanza, sempre per l'ingiustificata preoccupazione di evitare l'elusione delle norme imperative domestiche, innanzitutto in dibattiti come quelli che interessano il *trust* auto-dichiarato e la tutela dei creditori del disponente.

Nondimeno, l'analisi approfondita di queste e altre questioni è opportuno che costituisca l'oggetto di un lavoro separato, al quale per l'effetto si rimanda.

(1) V. da ultimi G. Petrelli, *Trust interno, art. 2645-ter c.c. e "trust italiano"*, in questa *Rivista*, 2016, p. 167 ss., a p. 167-169; M. Lupoi, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e il trust interno*, in *Trusts*, 2016, p. 113 ss.

(2) Ovverosia, tra quelli facenti capo agli atti indicati nel paragrafo 3, i casi in cui un dato soggetto, che si identifica o meno con il *settlor*, trasferisce uno o più beni ad un *trustee* terzo.

(3) Di seguito anche la "*Conv. dell'Aja sui trusts*" o la "*Convenzione*" o la "*CAT*".

(4) Cfr. M. Lupoi, *L'interazione fra il diritto civile italiano e il diritto straniero in un originale atto istitutivo di trust*, in *Vita not.*, 2013, p. 1049 ss., a p. 1049, nt. 1: "La nozione di "*trust* interno", da me proposta anni fa, è oramai acquisita alla comune cultura giuridica: essa individua un *trust* regolato da una legge diversa dalla legge italiana, ma per il resto caratterizzato da elementi soggettivi e oggettivi tutti o prevalentemente connessi al territorio italiano o all'ordinamento italiano".

(5) Cfr. E.G. Gaillard-D.T. Trautman, *Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts*, in 35 (1987) *Am. J. Comp. L.* 307, p. 318-319: "The authors of the Convention first considered whether it was suitable to limit its application to international trusts. In many countries, including France for example, a distinction is drawn between domestic contracts and contracts "having an international character", and there is much case law on the question whether a contract is international. In France, stipulations for governing law can play a role in international contracts".

(6) E.G. Gaillard-D.T. Trautman, *op. cit.*, p. 319: "However, it quickly became apparent that such a requirement would not have been appropriate for trusts. It is often the case that a trust is created in a purely domestic setting but must later be recognized abroad, if only to permit the trustee to engage in transactions abroad. The requirement that the trust have an international character would have created an unnecessary obstacle for the recognition of such trusts".

(7) Cfr. *ex multis* R. De Nova, voce *Obbligazioni (Diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 456 ss., a p. 463-464; G.R. Delaume, *What is an international contract? An American and a Gallic dilemma*, in 28 (1979) *ICLQ* 258, p. 262; S.M. Carbone-R. Luzzatto, voce *Obbligazione (Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1990, p. 4. Di ciò ha preso coscienza, per prima, la Conv. di Roma del 19 giugno 1980 *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (le cui norme sono state trasferite, con modificazioni, nel Reg. (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*), in cui si è stabilito, all'art. 1.1, che le relative disposizioni fossero da applicarsi alle "*obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi*" piuttosto che ai contratti (o ai rapporti) aventi un "carattere internazionale" (come era stato deciso, invece, in precedenza, ad esempio con la Convenzione dell'Aja del 15 giugno 1955 *sulla legge applicabile alla vendita a carattere internazionale di oggetti mobili corporali*).

(8) Cfr. E.G. Gaillard-D.T. Trautman, *Trusts in Non-Trust Countries*, cit., p. 319: "Thus for example, in a situation purely Franco-Italian between French and Italian nationals with respect to property located in France and in Italy, a trust, even one arising by party stipulation under a law recognizing the institution, should not be imposable upon the French or Italian scene by virtue of the Convention. The simple requirement of an international trust would not have dealt with this concern".

(9) Cfr. art. 2, par. 1, CAT: "*For the purposes of this Convention, the term "trust" refers to the legal relationships created - inter vivos or on death - by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*".

(10) Avente ad oggetto un patrimonio separato dal patrimonio personale del *trustee* e caratterizzato, di *default*, dalla surrogazione reale dei beni conferiti in *trust*.

(11) Cfr. L. Fumagalli, voce "*Art. 13*", in A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, (curr.), *Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1993, p. 1282-1284, a p. 1284; S.M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, p. 145 ss., a p. 151.

(12) In passato, in numerosi atti istitutivi di c.d. *family trusts* costituiti all'estero, anche da *settlor*s italiani, era prassi designare, per varie ragioni operative, accanto ai (o perfino in sostituzione "formale" dei) beneficiari di famiglia, una *charitable entity* che, di fatto, il *settlor* non intendeva avvantaggiare.

(13) Segnatamente, la legge regolatrice del *trust*, la residenza abituale del *trustee* e il luogo di amministrazione del *trust*.

(14) E cioè a prescindere, nello specifico, dal combinato disposto della CAT e della sua legge di ratifica.

(15) Cfr. art. 13 CAT: " *No State shall be bound to recognise a trust the significant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration and the habitual residence of the trustee, are more closely connected with States which do not have the institution of the trust or the category of trust involved*". In sede di discussione del testo del suddetto art. 13 CAT, era stata presentata una proposta che contemplava il concetto di " *foreign trust*" (" *No contracting State shall be bound to recognize a foreign trust all of the relevant elements of which, except for the choice of the applicable law, the place of administration or the habitual residence of the trustees, are most closely connected with the law of the State which does not have the institution of the trust or that category of trust*"); tuttavia, "this formulation was criticized as to certain details, in particular because of its reference to a 'foreign' trust, which was a new concept that was difficult to identify, and this reference was abandoned without an express decision" (cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report, in Actes et documents - Proceedings of the Fifteenth Session (Hague Conference on private international law)*, Tome II (*Trusts - applicable law and recognition*), p. 370 ss., sub " *Article 13*", p.to 132, a p. 400).

(16) Cfr. G. Broggin, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, in *Europ. e d. priv.*, 1998, p. 399 ss., a p. 409: "la determinazione del diritto applicabile avviene attraverso una qualificazione dell'istituto del *trust* che lo assimila, nel linguaggio internazionalprivatistico, alla categoria dei contratti. So bene che l'atto costitutivo del *trust* è unilaterale e che esso, secondo la dizione dell'art. 3 della Convenzione nasce attraverso la manifestazione scritta della volontà del costituente. Ma nei sistemi di diritto internazionale privato europeo un simile atto unilaterale non può essere mai assoggettato alla legge voluta dal costituente, ma solo alla legge con la quale l'atto abbia un collegamento oggettivo".

(17) Cfr. D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, in (a cura di) M. Graziadei-U. Mattei-L. Smith, *Commercial Trusts in European Private Law*, New York 2005, p. 56 ss., a p. 79-80: "This statement of article 13 that a ratifying state is not 'bound' to recognize a trust with these limited foreign connections has been interpreted by Italian courts as saying that a ratifying state is therefore empowered - under the terms of the Convention itself - to recognize the trust. And it is certainly an interpretation of which the writer does not recall any discussion at The Hague. There were those delegations that wished to exclude altogether from the Convention such a trust with these minimal connections with the chosen governing law, and those that were striving to uphold recognition of the chosen law without an additional test that weighs the degree or extent of foreign connection. But what was seen by the Hague Conference as a compromise, allowing a state to recognize a choice of law despite trustees and place of administration being the only foreign elements, can obviously be read as an approval. The Italian courts have gone further and, since the Convention says nothing as to which and how many foreign elements are necessary, accepted the absence of even those two elements. [...]. It is surely one of the most remarkable outcomes that the Convention has triggered". Nella letteratura italiana alcuni autori hanno inteso l'espressione " *not bound*" nel senso di " *deve negare*" (cfr. C. Castronovo, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1323 ss., a p. 1323-1324 e *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, in *Europ. e d. priv.*, 1998, p. 441 ss., a p. 450; F. Gazzoni, *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista non vivente su trust e trascrizione)*, in *R. not.*, 2001, p. 11 ss., a p. 18 e *In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagatelle)*, in *R. not.*, 2001, p. 1247 ss., a p. 1251; M.C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, in *Contratto e impr.*, 1990, p. 985 ss., a p. 997; G. Broggin, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, in (a cura di) I. Beneventi, *I trusts in Italia oggi*, Milano 1996, p. 11 ss., a p. 22 e *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, cit., p. 409-412; A.G. Paton - R. Grosso, *The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition: implementation in Italy*, in 43 (1994) *ICLQ* 654, p. 659). Altra dottrina, invece, ha ritenuto che l'espressione " *not bound*" vada intesa nel senso di far valere, nel caso di " *un trust il quale presenti maggiori elementi di collegamento con il diritto italiano*", ostacoli specifici, per il suo non riconoscimento (cfr. A. Gambaro, *Il trust in Italia*, in (a cura di) A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, *Convenzione*, cit., p. 1214 ss., a p. 1216; Id., voce *Trust*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, XIX, Torino 1999, p. 449 ss., a p. 466 ss.).

(18) Con la conseguenza che devono ritenersi, ad esempio, errati i passaggi argomentativi dei provvedimenti del Trib. Santa Maria Capua Vetere 14 luglio 1999 (in *Trusts*, 2000, p. 251), del Trib. Belluno 25 settembre 2002 (in *Trusts*, 2003, p. 255 ss.) e del Trib. Velletri 8-29 giugno 2005 (in *Trusts*, 2005, p. 577 ss. e in *Europ. e d. priv.*, 2005, p. 785 ss., con nota di Mazzamuto), in cui si affermato che: a) "in base all'art. 13 della Convenzione richiamata, è ancora consentito in Italia e in tutti i Paesi che non prevedono l'istituto del *trust* il riconoscimento esclusivamente dei *trust* cosiddetti stranieri, in quanto caratterizzati da collegamenti di diritto e di fatto (i c.d. elementi importanti) con un ordinamento straniero che conosca l'istituto *trust*" (cfr. p. 251); b) "l'art. 13 appare come una previsione normativa che richiede un'apposita disposizione di adattamento ordinario, che nel caso dell'Italia non è stata emanata [...], con la conseguenza che non si sono prodotte nell'ordinamento le modifiche necessarie per permettere il riconoscimento dei *trust* interni, la cui introduzione non è richiesta per rispettare gli obblighi imposti dalla Convenzione" (cfr. p. 261); c) "l'art. 13 ha un senso solo con riferimento a delle ipotesi di *trust* dotate di elementi di internazionalità, [...], ma non per il *trust* interno" (cfr. p. 581 e p. 789), trattandosi anche di una "disposizione che impedisce il riconoscimento di effetti a *trust* i quali siano privi di ogni collegamento sostanziale con una legge che contempli l'istituto sul piano materiale" (*ibidem*).

(19) *A fortiori*, dopo l'emanazione della recente l. 22 giugno 2016, n. 112, sulle " *Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare*".

(20) Cfr. S.M. Carbone-R. Luzzatto, voce *Obbligazione (Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto)*, cit., p. 2. Conforme G.R. Delaume, *What is an international contract?*, cit., p. 271.

(21) Cfr. R. De Nova, voce *Obbligazioni (Diritto internazionale privato)*, cit., p. 46: "Invero, se le parti contraenti, chiunque esse siano, possono, per l'ordinamento italiano, sottoporre il loro contratto, comunque si configuri, al diritto di qualsiasi Stato, purché si tratti di un diritto vigente, certe disposizioni di legge in materia contrattuale che il nostro diritto ha statuito conferendo ad esse carattere di imperatività e che quindi non sono derogabili dai destinatari, potrebbero essere da questi derivate tramite la designazione da parte loro, come legge applicabile al contratto, di un diritto straniero che non contenga disposizioni di pari tenore e carattere. Per evitare questo risultato incongruo, si deve supporre che la scelta, da parte dei contraenti, del diritto applicabile al contratto non sia ammessa con tale estensione quando il contratto è un contratto 'italiano'. Si noti che con questo approccio si intendeva distinguere, sul piano dell'autonomia privata, tra l'autonomia in senso sostanziale, consistente nella facoltà dei contraenti di determinare il contenuto del contratto (e di cui è espressione, nel nostro ordinamento, l'art. 1322 c.c.) e l'autonomia in senso internazional-privatistico, consistente, per l'appunto, nella facoltà di designare il diritto applicabile al contratto. Distinguo che, peraltro, più autori ritengono oggi superato, anche perché "da tempo si registra una crescente convergenza tra l'autonomia privata sostanziale e quella in senso internazionalprivatistico, in ragione della sempre maggiore connotazione materiale assunta dall'autonomia privata in quest'ultima accezione", in virtù "della recezione diretta delle norme applicabili attraverso la scelta di legge operata dai contraenti" (cfr. G. Biagioni, voce "Art. 3", in (a cura di) F. Salerno-P. Franzina, *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2009, p. 611-636, a p. 613).

(22) Norma sostanzialmente confermata dall'art. 3.3 del Reg. (CE) n. 593/2008, il cui testo stabilisce che "Qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso paese non permette di derogare convenzionalmente". Per inciso, circa l'uguaglianza tra le due norme vedasi il considerando 15 del Reg. (CE) n. 593/2008 e in dottrina, *ex multis*, G. Biagioni, voce "Art. 3", cit., p. 614.

(23) Cfr. G. Broggin, *La scelta della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in *F. pad.*, 1992, II, c. 32 ss., in c. 33.

(24) *Ibidem*.

(25) Cfr. T. Treves, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in (a cura di) T. Treves, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova 1983, p. 25 ss., a p. 27 e in *R. d. int. priv. proc.*, 1983, p. 25 ss., a p. 26-27. Conformi A. Saravalle, voce "Art. 3", in C.M. Bianca-A. Giardina (curr.), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980)*, in *Nuove l. civ. comm.*, 1995, p. 940-953, a p. 952; A. Bonomi, *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Dei Contratti: La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, p. 36 ss., a p. 45 e a p. 54-55; P.M. North, *The E.C.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): its history and main features*, in P.M. North (ed.), *Contract Conflicts*, Amsterdam 1982, p. 13; R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, in *Trusts*, 2000, p. 7 ss., a p. 15; S.M. Carbone, *Autonomia privata*, cit., p. 146. Poi, per quanto concerne, oggi, l'art. 3.3 del Reg. (CE) n. 593/2008, cfr. G. Biagioni, voce "Art. 3", cit., p. 615 ss. e N. Boschiero, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, in N. Boschiero (cur.), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino 2009, p. 67 ss. *Contra* G. Broggin, *La scelta della legge applicabile*, cit., c. 33.

(26) Tanto che ai fini del collegamento del singolo trust con il territorio di uno o più Stati, con riferimento all'art. 13 CAT, anche se quest'ultimo "does not say the time at which the conditions that it sets out must be fulfilled", si è alla fine convenuto che "reasoning from the purpose of this provision it seems moreover that the time of recognition and not that of the creation of the trust ought to be determinative" (cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 397, sub "Article 13", p. 124 e 126). Conforme D. Hayton, *The Hague Convention on the law applicable to trusts and on their recognition*, in 36(2) (1987) *ICLQ* 260, p. 274: "The relevant time for these significant elements to be so connected seems to be the time of the events occasioning the claim for recognition and not the time of creation of the trust".

(27) Autonomia negoziale che, in ogni caso, fatto salvo il rispetto delle norme imperative, non avrebbe mai dovuto essere disconosciuta, anche soltanto in virtù della seguente considerazione. Premesso che non potrebbe mai essere negato il riconoscimento di principio di un trust i cui elementi importanti siano più strettamente connessi a uno Stato che prevede l'istituto in questione (v. *ex multis* M.C. Malaguti, in *Il futuro del trust in Italia*, cit., a p. 997), e detto che tutti gli elementi di un trust (beneficiari inclusi) sono da ritenersi sempre facilmente modificabili, durante il *trust period*, ne deriva l'inesistenza di una valida ragione per negare la riconoscibilità di principio anche dei c.d. "trusts interni", *rectius*, dei trusts i cui elementi sono più strettamente legati al diritto italiano. In questo senso si muove, sia pur indirettamente, anche S.M. Carbone, in *Autonomia privata*, cit., a p. 151: "non è sufficiente rilevare la presenza di un

" *trust* interno", e/o di un *trust* che presenta collegamenti obiettivi più intensi con uno Stato che non prevede tale istituto, per essere facoltizzati a disapplicare l'ordinamento statale scelto per la sua disciplina ed a non riconoscerne gli effetti". Quindi, poiché "non esiste (pertanto) secondo la convenzione alcun limite di carattere generale ed assoluto alla creazione di un *trust* nell'ambito di un ordinamento che non prevede l'istituto nel proprio diritto interno" (cfr. R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*" di *trusts* secondo la Convenzione dell'Aja, cit., p. 14), il rispetto delle norme imperative deve essere l'eventuale limite per l'applicazione/interpretazione dell'art. 13 CAT, qualora lo si intenda diretto, oltre che allo Stato (in virtù del suo testo), anche al giudice (come ritenuto da: M. Lupoi, *Trusts*, Milano 1997, p. 450; R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*" di *trusts* secondo la Convenzione dell'Aja, cit., p. 14, nt. 39; C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015, p. 169, nt. 197; E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 397, sub "Article 13", p.to 124; ma *contra* Trib. Venezia 4 gennaio 2005, in *Trusts*, 2005, p. 245 ss., a p. 249; Trib. Monza 13 maggio 2015, in *Trusts*, 2016, p. 58 ss., a p. 60 e, *obiter dictum*, Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, in *F. it.*, 2015, I, c. 1328 ss., con nota di Palmieri e in *R. not.*, 2014, p. 335 ss., a p. 343).

(28) Cfr. G. Brogini, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato*, cit., p. 412: "la scelta del diritto applicabile diverso da quello al quale tutti gli elementi della fattispecie fanno riferimento, rappresenta un abuso della legge, cioè un abuso della regola normativa che permette la scelta del diritto applicabile. In questo senso affermo che una tale scelta non è valida se pregiudica l'applicazione delle norme imperative dell'ordinamento giuridico al quale fanno riferimento tutti gli elementi sostanziali della fattispecie. La costituzione di un *trust* retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano è una costruzione abusiva, che non può condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano"; S. Mazzamuto, *Il trust*, in (a cura di) C. Castronovo - S. Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, II, p. 621 ss., a p. 628: "La legge straniera ben potrà regolare una fattispecie che non presenta alcun criterio di collegamento con l'ordinamento richiamato, con il solo limite della frode, vale a dire della strumentale sottrazione del rapporto alla disciplina naturale per finalità abusive. A ben vedere, tale conclusione non contrasta con il fondamentale principio dell'applicazione delle norme inderogabili della *lex fori* che, anche nella materia in esame, opera, senza limitazione alcuna, al fine di evitare forme, per l'appunto, di abuso del potere pattizio di scelta della legge regolatrice della fattispecie" (*Id.*, *Trust interno e negozio di destinazione*, in *Europ. e d. priv.*, 2005, p. 803 ss., a p. 807 ss.). In giurisprudenza v. Trib. Santa Maria Capua Vetere 14 luglio 1999, cit., p. 251 e Trib. Firenze 2 luglio 2005, in *Trusts*, 2006, p. 89 ss., a p. 90.

(29) Cfr. art. 15 CAT: " (1) *The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters - a) the protection of minors and incapable parties; b) the personal and proprietary effects of marriage; c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives; d) the transfer of title to property and security interests in property; e) the protection of creditors in matters of insolvency; f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith.* (2) *If recognition of a trust is prevented by application of the preceding paragraph, the court shall try to give effect to the objects of the trust by other means*".

(30) Cfr. art. 16 CAT: " (1) *The Convention does not prevent the application of those provisions of the law of the forum which must be applied even to international situations, irrespective of rules of conflict of laws.* (2) *If another State has a sufficiently close connection with a case then, in exceptional circumstances, effect may also be given to rules of that State which have the same character as mentioned in the preceding paragraph.* (3) *Any Contracting State may, by way of reservation, declare that it will not apply the second paragraph of this Article*".

(31) Con la conseguenza che deve dirsi errato un ulteriore passaggio della già citata ordinanza del Tribunale di Velletri del 29 giugno 2005, secondo cui il *trust* è "un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 c.c. (sia che lo si ricostruisca come un contratto, sia che lo si veda come un negozio giuridico bilaterale o solo unilaterale)" (cfr. p. 582 e 792). In quest'ottica, poi, non possono purtroppo dirsi corrette nemmeno le osservazioni di chi, transitando per il discutibile assunto per cui "se siamo tutti d'accordo che la Convenzione dell'Aja non muta il nostro diritto interno in materia di *trust*" (cfr. C. Castronovo, *Il trust e 'sostiene Lupoi'*, cit., p. 450), conclude asserendo che "nei termini prospettati il *trust* non è altro che uno dei possibili contratti innominati [...], in quanto non appartenenti ai tipi che hanno una disciplina particolare, e certo passa allora per il vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito, alla stregua dell'art. 1322, 2° co. c.c." (*ibidem*). Anche perché dicendo ciò si dimentica che lo scopo essenziale ed il contenuto principale della Convenzione era il riconoscimento dei *trusts* nelle giurisdizioni che non li conoscevano per tradizione propria; e il concetto di "riconoscimento" implica, per sua natura, quello di introduzione di un *quid pluris* nell'ordinamento che lo opera e non di immutazione del medesimo.

(32) E se così è, si noti che a *latere* diventa altresì più difficile dire, con riferimento alla *quaestio* concernente il fatto se l'art. 13 CAT sia diretto allo Stato o al giudice, che "dal punto di vista internazionalistico la discussione ha poco senso, in quanto è ovvio che la norma riguarda lo Stato nel suo complesso come soggetto internazionale, e questi potrà esercitare la facoltà a lui riconosciuta tanto in via legislativa con un intervento destinato a valere in via generale, quanto in sede giurisdizionale, con decisioni valide per i singoli casi concreti" (cfr. R. Luzzatto, "*Legge applicabile*" e "*riconoscimento*"

di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, cit., p. 14, nt. 39). Infatti, il ragionamento *de quo* è fondato sul tradizionale diritto internazionale privato dei contratti e di ogni altro istituto o rapporto giuridico ordinariamente "riconosciuto" ad opera della norma di diritto internazionale privato" (*Idem*, p. 9). Mentre qui si tratta di una convenzione relativa a uno strumento altrimenti "ignoto", che la legge interna ha ratificato, incorporando nel diritto privato domestico le sue stesse norme. Alcune delle quali sono, tra l'altro, espressamente dirette agli Stati, mentre altre sono esplicitamente destinate ai giudici.

(33) Cfr. A. Gambaro, voce Trust, cit., p. 466: "non sono stati introdotti confini alla introduzione dello schema del *trust* nel nostro ordinamento, al di fuori di quelli previsti nel testo della Convenzione medesima, la quale fa espressamente salve le regole di diritto interno ritenute di applicazione necessaria"; sicché: "per escludere la riconoscibilità degli effetti di un *trust* nel nostro ordinamento [...]" non "pare possibile ripiegare su concetti aperti come la meritevolezza dell'interesse perseguito, nell'intento di passare al vaglio delle categorie nazionali tradizionali gli effetti di un atto di costituzione di *trust*, il quale ovviamente rimane un atto di autonomia privata. Una volta infatti riconosciuto che il *trust* fa parte del nostro ordinamento, la meritevolezza degli interessi che esso promuove deve essere data per acquisita. Non potrebbe infatti agevolmente ammettersi che sia meritevole di tutela ciò che viene fatto a Londra, mentre non lo sarebbe l'identica operazione posta in atto a Roma, in quanto simile strabismo non solo sarebbe illogico, ma finirebbe con l'ignorare la comunanza di valori che si riscontra sul piano europeo, per chiudersi in una ottica, la quale non solo sarebbe eminentemente parrocchiale, ma anche in frontale contrasto con l'evoluzione di tutto il nostro diritto positivo". Conforme G. Sicchiero, *La responsabilità patrimoniale*, in *Tratt. Sacco, Le obbligazioni - Vol. 2*, Torino 2011, a p. 222-223 (parlando di trusts e atti di destinazione): "la pretesa di limitare l'ammissibilità del *trust* interno alla sola tutela dei soggetti disabili lo renderebbe peraltro del tutto inutile da un lato, quale evidente duplicazione di una regola già esistente e dall'altro rovescerebbe i termini del confronto: il *trust* ha infatti titolo per esistere in Italia in virtù della recezione della Convenzione e non per l'introduzione dell'art. 2645-ter c.c. D'altro canto, anche ad ammettere che l'atto di destinazione valga solo per questo tipo di interessi, il che non è condivisibile, il *trust* trova fondamento nella convenzione stessa ed è lì che vanno individuati eventuali limiti alla sua validità per il nostro ordinamento".

(34) Come fatto invece da Trib. Velletri 29 giugno 2005, cit.; Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Trusts*, 2006, p. 83 ss.; Trib. Bologna 9 gennaio 2014, in *Trusts*, 2014, p. 293 ss.; Trib. Trieste 22 gennaio 2014, in *Trusts*, 2014, p. 515 ss.; Trib. Milano 10 giugno 2014, in *Trusts*, 2016, p. 151 ss.; Trib. Pavia 12 giugno 2014, in *Trusts*, 2016, p. 56-57; Appello Venezia 9 gennaio 2015, in *Trusts*, 2015, p. 393 ss.; Trib. Forlì 5 febbraio 2015, in *Contratti*, 2015, p. 437 ss.; Trib. Monza 13 maggio 2015, cit.; Trib. Bergamo 4 novembre 2015, in *Trusts*, 2016, p. 148 ss. In parte corretta e in parte errata, in punto di motivazione, deve dirsi, invece, la sentenza del Tribunale di Firenze del 2 luglio 2005 (cit.), in cui si è partiti dall'ipotesi per cui "la costruzione di un *trust* retto dal diritto inglese, quando tutti gli elementi sostanziali della fattispecie si riferiscono all'ordinamento italiano, potrebbe essere considerata una costruzione abusiva che non potrebbe condurre alla deroga di disposizioni imperative del diritto italiano", per confutarla correttamente sostenendo che "in proposito rileva il Giudice che tale argomento non vale ad escludere l'ammissibilità in astratto del *trust* interno, ma impone piuttosto un'analisi pregnante degli atti istitutivi di *trust* per verificare l'eventuale sussistenza, in concreto, di deroga a disposizioni imperative, ineludibili dall'autonomia privata"; ma poi si è concluso asserendo che "occorrerà dunque in concreto valutare l'assenza di contrasto con le norme imperative del diritto nazionale oltre che la meritevolezza dell'interesse perseguito".

(35) Per i discorsi relativi alla quale, v. le osservazioni di V. Roppo, in *La causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in questa *Rivista*, 2013, p. 957 ss. e di N. Irti, in *La crisi della fattispecie*, in *R. d. proc. civ.*, 2014, p. 36 ss., a p. 43.

(36) Come ritenuto da Trib. Velletri 29 giugno 2005, cit.; Trib. Trieste 22 gennaio 2014, cit.; Trib. Milano 10 giugno 2014, cit.; Trib. Milano 21 gennaio 2015, in *Trusts*, 2015, p. 288 ss.; Trib. Udine 28 febbraio 2015, cit.; Trib. Monza 13 maggio 2015, cit.

(37) Come fatto da Trib. Velletri 29 giugno 2005, cit.

(38) Cfr. *ex plurimis* Reg. (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 *sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, considerando 6.

(39) Cfr. A. Gambaro, *Il "trust" in Italia e Francia*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano 1994, Tomo I, p. 497 ss., a p. 505 e *Il trust in Italia*, cit., p. 1217; M.C. Malaguti, *Il futuro del trust in Italia*, cit., p. 990: "soprattutto oggi, era in cui i mercati si sono a tal punto aperti da generare una commistione fortissima di schemi e strutture giuridiche derivanti da tradizioni diverse, è più che mai necessario che alla internalizzazione di ogni attività economica segua una corretta apertura dei sistemi giuridici".

(40) Cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 372 (*The Convention's characteristics*), p.to 12: "This Convention is intended to deal with an institution, the trust, which is known in certain Member States of the Conference, most often States of common law, but which is unknown in the majority of the civil law States of the Members of the Conference. In this it differs essentially from the other Hague

Conventions which deal on the level of conflict of laws, of conflict of jurisdictions or of recognition and enforcement of judgments, with institutions such as adoption, divorce, sales contracts or maintenance obligations governed to be sure by divergent rules of private international law in different States, but known everywhere. If certain of these Conventions sought to reconcile the countries having the nationality principle and the countries having the principle of domicile, this Convention is particularly intended to build bridges between countries of common law and countries of civil law". Conformi A. Gambaro, *Il trust in Italia*, cit., p. 1216 e R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, cit., p. 7-8: "Tuttavia, è evidente che la convenzione dell'Aja sui trusts, pur nella sua appartenenza alla categoria delle convenzioni internazionali in materia di diritto internazionale privato, presenta alcune caratteristiche che ne fanno un unicum nell'ambito di tale categoria. Si tratta, del resto, di peculiarità strettamente connesse con quelle proprie dei trusts, che hanno indotto i redattori a discostarsi in più punti dalla tecnica comunemente seguita".

(41) Le quali consistono, oltre che nei già citati artt. 15 e 16 CAT, anche nell'art. 18 CAT ("The provisions of the Convention may be disregarded when their application would be manifestly incompatible with public policy (ordre public)").

(42) Cfr. D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 57: "The trust is usually understood around the world to refer to the legal notion whereby property is held as a segregated asset or fund of assets, the benefit of which accrues solely to described persons or to the accomplishment of charitable purposes. [...] However, the 'trust' more correctly means the obligation owed by the trustee to the beneficiary or to discharge the charitable purpose. The consequent essential characteristic of the trust [...] is the relationship of obligation and right that exists respectively between the trustee and the beneficiary (or the purpose)". Cfr. inoltre J.E. Penner, *The law of trusts*, 7^a ed., New York 2010, p. 14-15.

(43) Cfr. A.J. Oackley, *Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts*, 9^a ed., London 2008, p. 145, § 5-001: "An express trust is completely constituted either by an effective transfer of the trust property to trustees or by an effective declaration of trust". In giurisprudenza v. *Milroy v. Lord* (1862) 4 De G.F. & J. 264, p. 274, per Lord Justice Turner.

(44) Cfr. D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 60: "Though there is the one common law tradition, there are two manifestations of it in the present world. The first is that of the forty-nine common law 'states' of the United States, and the second is that of the Commonwealth".

(45) *Idem*, p. 71. Cfr. inoltre J. Mowbray-L. Tucker-N. Le Poidevin-E. Simpson-J. Brightwell (eds.), *Lewin on trusts*, 18 ed., London 2008, dove nel *Chapter 3* ("Principal methods of constitution of express trusts", cfr. p. 37 ss.) si può leggere: a) nella *section 2* ("Express lifetime declarations of trust", cfr. p. 39 ss.), che "the first method of creating a trust is for the settlor to declare himself to be a trustee of property of his" (§ 3-04); b) nella *section 3* ("Transfers to trustees", cfr. p. 47 ss.), che "the second method of creating a trust is for the settlor to transfer the trust property to a trustee to hold on the trusts" (§ 3-21); c) nella *section 4* ("When a trust is fully constituted on a transfer to trustees", cfr. p. 57 ss.), che "such a complete transfer is not, however, always necessary in order that a trust by way of transfer to a trustee shall be fully constituted as a trust" (§ 3-40). Sicché si deduce che, perfino ragionando in prospettiva oggettivista, il distinguo tra l'atto istitutivo di *trust* e l'atto di trasferimento di beni al *trustee*, non è, nel diritto inglese e di *common law* in generale, così rilevante quanto lo è, ad esempio, il distinguo tra l'atto costitutivo di una società e l'atto di conferimento di beni in società, in un ordinamento di *civil law* come l'Italia.

(46) Cfr. D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 71: "The distinction between (i) the vehicle for the creation of the trust and (ii) the trust itself has always been the common law, though no Commonwealth courts have explicitly recognised it and more than one has violated it. This international Convention has finally confirmed it".

(47) Cfr. A. Gambaro, *Il trust in Italia*, cit., p. 1215; voce "Trust", cit., p. 464 e Id, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja*, in questa *Rivista*, 2002, II, p. 257 ss., a p. 259-260; E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 373 (*The Convention's characteristics*), p.to 14; H. Kötz, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition*, in A. Kaplan (ed.), *Trusts in Prime Jurisdictions*, 2^a ed., London 2006, p. 13 ss., a p. 13-14. In questo senso, inoltre, "the Convention remains the first ever international agreement, bridging the two major legal systems of Western civilization, seeking to harmonise the reception throughout the Western world of the trust as internationally seeded by English common law" (cfr. D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 82).

(48) Cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 373, *Introduction*, p.to 14; D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 60-61; E.G. Gaillard- D.T. Trautman, *Trusts in Non-Trust Countries*, cit., p. 313-314 (dove si riporta che "initial discussions at the Hague revealed several central considerations", tra le quali vi era quella che "there were not only the differing assumptions of the trust and non-trust countries, roughly but not exactly - as it turned out - civil-law and common-law countries, but also of the several trust countries themselves"; infatti, anche tra gli Stati di common law, "there were differences both in substantive law and in choice of law" e, pertanto, "as to choice of law, one aim of the

discussions was to formulate rules in a manner acceptable to common-law countries for cases involving relations which these countries have with one another"). Da ciò, l'ulteriore funzione della CAT, di regolare un aspetto in cui le fonti internazional-privatistiche dei sistemi di *common law* erano contraddittorie ed incerte (cfr. *ex multis* G. Thomas - A. Hudson, *The law of trusts*, 2^a ed., Oxford 2010, p. 1185-1186, § 43.16; J. Fawcett - J.M. Carruthers, *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*, 14^a ed., Oxford 2008, p. 37; L. Collins (ed.), *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, 13^a ed., London 2002, Vol. 2, Part Five (Law of Property), Chapter 29 ("Trusts"), p. 1087 ss., a p. 1087, § 29-002; D. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 60) e sono state perciò sostituite dalla fonte convenzionale.

(49) Cosicché, non stupisce che le British Virgin Islands, che fanno parte del Commonwealth e hanno ratificato la CAT, abbiano modificato, con la *section 83A* del *Trustee (Amendment) Act 2003*, la loro disciplina originaria dei *trusts* in materia di regole di conflitto del foro, proprio con riguardo agli atti di assegnazione di beni in *trust* attinenti ai *trusts* di *common law* non soggetti alla CAT. Così come non stupisce che gli U.S.A., nei quali "the exposure of the states to inter-jurisdictional conflicts is very different" (cfr. Waters, *The Hague Trusts Convention twenty years on*, cit., p. 61), perché, ivi, "with so many jurisdictions and a separate law of trusts in each, and a constant stream of interjurisdictional (intestate) issues, conflict of law rules have long been much developed" (*Ibidem*), non abbiano ancora ratificato la CAT. A differenza del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, che è stato, invece, il primo ordinamento a ratificarla, con il *Recognition of Trusts Act 1987*.

(50) Mentre, nella prospettiva di un *common lawyer*, la rilevanza della terza tipologia di atti è destinata a scemare, nell'ottica della segnalata definizione soggettivista di *trust*, secondo cui esso consiste in una "equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation" (cfr. D.J. Hayton, *Underhill's Law relating to Trusts and Trustees*, 13 ed., London 1979, p. 1). Prospettiva che tra l'altro spiega perché nel diritto inglese, a differenza di quanto è previsto in altri ordinamenti di *common law* (che hanno introdotto *statutory laws ad hoc*), il c.d. *purpose trust*, eccezion fatta per il caso in cui sia *charitable* (perché qui interviene, per le finalità di cui *infra*, l'*attorney general*), è ancora considerato nullo: perché esso non rispetta il c.d. *beneficiary principle*, in forza del quale "a gift on trust must have a cestui que trust" (cfr. Lord Justice Harman, *Re Wood* [1949] *Ch* 498, p. 501; Lord Justice North, *Re Dean* (1889) 41 *ChD* 552, p. 556-557), da intendersi, a sua volta, come "someone in whose favour the Court can decree performance" (cfr. Sir William Grant Master of the Rolls, *Morice v Bishop of Durham* (1804) 32 *ER* 656), perché "there can be no trust, over the exercise of which this Court will not assume a control; for an uncontrollable power of disposition would be ownership and not a trust" (*Ibidem*). Nondimeno, per una critica alla *doctrine* secondo la quale "any non-charitable Purpose Trust is void in limine for want of beneficiaries", cfr. P. Baxendale-Walker, *Purpose Trusts*, London 1999.

(51) Sulle *fiduciary obligations* cfr. J.E. Penner, *The law of trusts*, cit., Chapter 2 ("Property, obligations, and trusts"), p. 18 ss.; G. Thomas & A. Hudson, *The law of trusts*, cit., Chapter 1 ("The nature of the trust"), p. 18, § 1.16.

(52) Infatti, perfino "in the case of so-called 'pilot' settlements (i.e. where the deed recites that a small cash sum is initially settled and that further property will be added in the future) it is important to ensure that the cash sum is paid to the trustees; otherwise the trust will not be constituted and this may have unfortunate results (especially in relation to inheritance tax)" (cfr. Lord Millet (ed.), *Trusts and settlements*, in *The Encyclopaedia of Forms and Precedents*, 5 ed., London 2010, Vol. 40 (1), par. 22, p.to 51, nt. 1). Cfr. inoltre H. Kötz, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition*, cit., p. 15: "For the establishment of a trust, it is necessary that the settlor transfer certain assets by a legal act to the trustee"; D. Hayton, *The Hague Convention*, cit., p. 270: "The trust institution is a trust of property so that no trust can arise until some property is vested in trustees".

(53) Tra i quali può rientrare, purché non da solo, il *settlor* (cfr. anche Hayton, nt. 50).

(54) Si noti che le due tipologie di atti richiamate finora sono in grado di dar conto anche dell'ipotesi in cui, in *common law*, un *trust* venga creato dal *trustee* di un *trust* già esistente o da un terzo indicato dal *settlor* tramite l'esercizio di un *power of appointment* attribuito ad uno di questi soggetti (cfr. J. Mowbray-L. Tucker-N. Le Poidevin-E. Simpson-J. Brightwell (eds.), *Lewin on trusts*, cit., Chapter 3, section 5 ("Creation of New Settlements in the Exercise of Powers"), p. 67 ss., § 3-59 ss.). In generale, sul *power of appointment*, cfr. J.E. Penner, *The law of trusts*, cit., Chapter 3 ("Express trusts"), p. 50 ss., a p. 54-57 e M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 128 ss., dove si evidenzia che "tecnicamente il suo oggetto è la distribuzione di beni del trust a uno o più soggetti" (cfr. p. 130). Distribuzione che può, quindi, essere compiuta, dal titolare del *power*, sia tramite un'attribuzione diretta di beni, eseguita dal *donee of the power* a favore dell'*appointee*, sia tramite un'attribuzione fatta, allo stesso *appointee*, ancora una volta via *trust* (e quindi, previa trasferimento dei beni, anche in questo caso, a un *trustee* terzo o per *self-declaration of trust*).

(55) Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 485.

(56) *Ibidem*.

(57) Cfr. art. 3 CAT: " *The Convention applies only to trusts created voluntarily and evidenced in writing*".

(58) Ed 'entra in gioco' con tutti i beni fino a quel momento in esso 'conferiti', se si ragiona, come avviene negli ordinamenti di *civil law*, in prospettiva oggettivista.

(59) Cfr. J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, Oxford 2002, *Part One: The creation of Transnational Trusts: Launching the Rocket, Introduction*, p. 3 ss.; D. Hayton, *The Hague Convention*, cit., p. 268-269 - *IV. Launching the trust: preliminary issues*; E.G. Gaillard - D.T. Trautman, *Trusts in Non-Trust Countries*, cit., p. 311; E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 381, *sub " Article 4"*, p.to 53: "Article 4 deals with the delimitation - which is particularly delicate - of the Convention's scope of application in respect of certain institutions to which resort must be had in order for a trust to spring into life and which give rise to legal operations which are distinct from the trust and preliminary to its inception. The image employed was that of the launcher and the rocket; it is always necessary to have a 'launcher', for example a will, a gift or another act with legal effects, which then launches the 'rocket', the trust. The preliminary act with legal effects, the 'launcher', does not fall under the Convention's coverage".

(60) Cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 381, *sub " Article 4"*, p.to 54: "A transfer of assets to the trustee is a *sine qua non* condition for the creation of the trust. But the law designated by the Convention applies only to the establishment of the trust itself, and not to the validity of the act by which the transfer of assets is carried out".

(61) *Ibidem*: "This act is entirely governed by the law to which the conflicts rules of the forum submit it". Fattore che potrebbe perfino comportare che "different laws will be applicable for the substance and for the form of this act, or yet for the capacity of the person who has effected it". Cfr. inoltre L. Fumagalli, voce " *Art. 4*", in (a cura di) A. Gambaro-A. Giardina-G. Ponzanelli, *Convenzione*, cit., p. 1238 ss., a p. 1238-1239: "La Convenzione, sulla base della distinzione resa rilevante, esclude dal campo di applicazione quella parte della fase di costituzione in cui si realizza il trasferimento del bene: gli atti a tal fine posti in essere restano pertanto sottoposti, sia nei profili formali che nei profili sostanziali, alla legge designata dalle norme di conflitto ordinarie ad essi applicabili". V. infine A. Duckworth, *Forced Heirship and the Trust*, in J. Glasson (ed.), *International Trust Laws, Chapter B1*, p. 61, là dove l'a., avvalendosi sempre della metafora della rampa di lancio e del missile, ha scritto che gli Stati contraenti della CAT dovrebbero oggi applicare le norme di conflitto per stabilire "whether the rocket was successfully launched into space or whether it merely fizzled like a damp squib".

(62) Cfr. E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 381, *sub " Article 4"*, p.to 54: "If it turns out that under the applicable law the transfer is not valid, one may consider at the start that the trust has not come into existence since an essential element is lacking".

(63) Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 434.

(64) *Idem*, p. 434-435.

(65) *Idem*, p. 435.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*.

(68) *Ibidem*.

(69) Cfr. M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 124.

(70) *Idem*, p. 125.

(71) *Ibidem*.

(72) *Ibidem*.

(73) *Ibidem*.

(74) Cfr. J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, cit., *Introduction*, p. 4: "Lupoi tells us that the distinction between the rocket-launcher and the rocket "makes me shiver, because it embraces two different legal *negotia* within the 'launch pad': creation and transfer. It does not make this author shiver. One can readily agree with Lupoi's view that the rocket-launcher idea fuses two distinct elements: the creation of the trust and the transfer on trust. They may not occur, and (outside the context of testamentary trusts), usually will not occur at the same time. But Lupoi goes further, and argues that creation is *the* preliminary question, not transfer. He points out that a trust remains valid even if the trustee chosen by the settlor does not accept, or dies before accepting, the position. "None of this would be possible if the *negotium* of creation were not autonomous, and did not prevail over the *negotium* of transfer". This writer would agree

only in part. It is certainly true that *creation* of a trust is perfected even in the absence of a trustee; but that trust still needs to be *constituted* by the vesting of legal title in a willing trustee *before it will come into effect and the powers and duties arising under the trust instrument can be exercised*".

(75) *Ibidem*: "In other words, until creation and transfer take place, the trust is not fully in effect and it seems to this author quite sensible and helpful to speak at this stage as 'preliminary' and 'rocket-launching'".

(76) Anche se bisognerebbe distinguere chiaramente, ai fini sopra indicati, tra "istituzione" e "costituzione" di un *trust*, perché finora i due termini sono stati pressoché sempre utilizzati come perfetti sinonimi, sia nel linguaggio comune che in quello giuridico.

(77) Cfr. J. Harris, *The Hague Trusts Convention*, cit., *Introduction*, p. 4: "What is, however, important is that the creation of the trust and the transfer on trust are both considered when the "rocket-launching" process is examined".

(78) Cfr. L. Fumagalli, voce " *Art. 4*", cit., p. 1239: "La Convenzione prende atto della necessità che i beni da costituire in *trust* vengano trasferiti al *trustee* e constata che tale trasferimento è normalmente operato in base ad un atto, o rapporto, avente una propria autonomia, fungendo come ordinario strumento di circolazione dei diritti sulle cose, quali il testamento o il contratto. Tale atto è perciò soggetto ad una propria disciplina, che solo occasionalmente interferisce con quella del *trust*, quando il trasferimento del bene sia appunto finalizzato alla costituzione di un *trust*"; E. Von Overbeck, *Explanatory Report*, cit., p. 382, *sub " Article 4*", p.to 55: "Article 4 is intended to exclude from the Convention's scope of application both the substantive validity and the formal validity of the transfers which are preliminary to the creation of the trust. As concerns form, it may be difficult in certain cases to distinguish the form of validity of the transfer from that of the trust itself. However, according to the explanation given by the delegates of common law countries, what counts is that the instrument of transfer, the 'launcher', be valid as to its form since the formal validity of the trust itself is a rather theoretical question"; H. Kötz, *The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and Their Recognition*, cit., p. 16.