

Il trust come strumento di garanzia in un Paese “no trust friendly”

Di nuovo buon pomeriggio a tutti. Non è certamente facile parlare ed aggiungere qualcosa di nuovo dopo quanto già detto molto autorevolmente da coloro che hanno portato i saluti e dai relatori amici che mi hanno ottimamente preceduto. Ora, anche per ragioni di tempo, al fine di sviluppare il dibattito che tutti ci auguriamo sia vivace, la mia relazione sarà breve e si soffermerà su una panoramica inerente i modi di utilizzo del trust come strumento di garanzia con qualche digressione finale da parte mia (me la concederete) sul trust inteso come strumento giuridico in generale

Peraltro, prima di tutto in quanto co-organizzatore di questo convegno ed anche in qualità di responsabile locale della associazione il Trust in Italia nonché di docente della Scuola di Specializzazione permettetemi di ringraziare pubblicamente il Professor D'Amico ed il Professor Lupoi per avere sin dal primo momento condiviso con entusiasmo il progetto ed i contenuti di questo convegno e quindi per avere voluto dimostrare con i fatti che anche in Calabria si può parlare di tematiche internazionali importanti e di spessore. Si tratta di due grandi professionisti e docenti stimati da tutti e che hanno anche a cuore questa città. Il Professore D'Amico lo conoscete tutti, è un punto di riferimento per il nostro mondo universitario mentre il Professor Lupoi per chi non lo sapesse è il papa ed il massimo esperto di Trust in tutta Italia. Grazie da parte mia e dalla Professoressa Di Landro che anche ringrazio per avere co-organizzato questo evento e per tutti noi è davvero un onore.

Dunque mi è stato affidato il compito di analizzare il rapporto tra Trust e garanzie anche alla luce dei nuovi sviluppi giurisprudenziali.

Ora, evidentemente quando si parla di garanzie il riferimento principale è innanzitutto alle garanzie del credito. Al riguardo, nel nostro sistema le garanzie reali sono costrette da formalismi, da ingenti costi e dalla difficoltà di soddisfare le legittime aspettative del creditore garantito. In questa ottica l'utilizzo del trust come strumento di garanzia del credito rappresenta una valida risposta all'esigenza di costituire garanzie che consentano al creditore, in caso di inadempimento del debitore, di soddisfare

la propria pretesa senza dover ricorrere ad una procedura esecutiva. Ed in effetti la prassi ha già evidenziato molto spesso l'utilizzo del trust per sopperire alle carenze della nostra disciplina in tema di garanzie reali tipiche classiche. In particolare, i vantaggi pratici del trust rispetto alle garanzie reali sono tanti e ve li voglio elencare:

- in primis, tutti i beni mobili o immobili e tutti i diritti reali che appartengono a persone fisiche e/o giuridiche possono formare oggetto di un trust (quindi non solo immobili, autoveicoli, imbarcazioni, titolo di credito, azioni, quote di società immobiliari ma anche preziosi, opere d'arte, opere dell'ingegno, conti bancari, somme di denaro, mobili e arredi)
- si evitano le molte formalità di costituzione delle garanzie
- si attribuisce il diritto sui beni oggetto di garanzia ad un soggetto diverso sia dal creditore che dal debitore
- si assicura la massima trasparenza nel senso di facilità nel controllo dei patrimoni
- vi è la massima rapidità perchè si evitano le lungaggini giudiziarie
- riguardo all'ipoteca il creditore può realizzare il credito solo attraverso l'espropriazione del bene nei modi previsti dal codice di procedura civile, e quindi attraverso la vendita e l'attribuzione del ricavato in via primaria rispetto agli altri creditori ovvero attraverso l'assegnazione giudiziale mentre con la costituzione di un trust evidentemente si bypassa tutta questa procedura
- riguardo al pegno il trust consente la gestione del capitale con criteri professionali effettuando dinamiche operazioni di investimento, senza pregiudizio per l'interesse del creditore e con risultati molto più efficaci anche rispetto al più moderno istituto del pegno rotativo
- è poi d'obbligo anche un riferimento all'art. 2744 del codice civile ed al divieto del patto commissorio per cui è nullo il patto commissorio con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito entro il termine stabilito, la proprietà della cosa ipotecata o data il pegno passi al creditore. Ora, la giurisprudenza, la dottrina e gli operatori del diritto abitualmente superano tale divieto con il c.d. patto marciano con il quale al creditore si concede, al verificarsi dell'inadempimento, sì di far propria la cosa ma ad un prezzo non prefissato ma da determinarsi da un terzo secondo parametri che si rifanno ai valori di mercato al momento. Tuttavia, con il patto marciano si va a ledere il diritto del debitore di ottenere la migliore utilità dal bene ed anche spesso si ravvisa la violazione della par conditio creditorum. Sulla base di queste considerazioni, allora e nell'ottica di essere pratici e concreti come io insegno sempre ai miei studenti e praticanti e come dice sempre il mio maestro che è mio padre, invece di inserire un patto marciano è allora più opportuno configurare un trust

che avrà il vantaggio di non pregiudicare oltremodo la posizione del debitore e quindi di non vincolare eccessivamente la gestione e l'eventuale liquidazione del bene dato in garanzia

Dunque, rispetto alla garanzie reali del credito i vantaggi offerti dal trust sono molteplici. Ciò detto ora vorrei anche evidenziare velocemente come la flessibilità del trust rende possibile il suo adattamento anche ad un concetto di garanzia in senso lato, cioè di strumento cui ricorrere per dare una risposta ad esigenze anche diverse dalla sola specifica tutela del credito:

- in primis si può far riferimento agli affidamenti di somme al professionista in funzione di esigenze particolari che nascono dalla stipulazione di un contratto. Al riguardo, io ho avuto modo di studiare il c.d. **escrow agreement** laddove con il termine escrow si indica precisamente appunto una “garanzia internazionale”. Si tratta del negozio giuridico mediante il quale denaro e/o documenti sono consegnati ad un terzo depositario, con l'intesa che questi li consegna ad una determinata parte contrattuale solo dopo l'adempimento di una specifica prestazione da parte di quest'ultima. Nella fattispecie, si dice che il bene è appunto tenuto in escrow, cioè in garanzia. La figura in esame è stata qualificata come un trust nel quale il trustee non ha normalmente poteri di investimento e le cui funzioni sono unicamente quelle di versare la somma in un conto bancario designato come escrow account al verificarsi di una determinata condizione. Per mezzo dunque dell'escrow account si ha l'affidamento delle stesse somme o dei titoli ad un terzo depositario, cosiddetto escrow holder o escrow agent. L'utilizzo classico degli escrow agreements si registra prevalentemente nell'ambito delle vendite immobiliari che presentano elementi di internazionalità ed in particolare negli Stati Uniti dove si riscontra l'usanza secondo cui tutti i documenti rilevanti per l'operazione vengono scambiati in anticipo tra gli avvocati. E' anche abbastanza comune negli USA la costituzione di un escrow account separato dal mortgage account.
- il trust **a scopo liquidatorio**: con tale schema i beni appartenenti al patrimonio aziendale si attribuiscono ad un trustee il quale avrà poi il compito di alienarli e di impiegare il ricavato per soddisfare i creditori. Ora, il trust liquidatorio non è ritenuto pacificamente lecito in considerazione essenzialmente della sua difficile compatibilità con le norme sulla liquidazione delle società. Tuttavia, il trust istituito da imprese in stato di crisi nella fase antecedente all'eventuale richiesta di ammissione a una qualsiasi procedura concorsuale (o di utilizzo degli strumenti negoziali messi a disposizione dalla legge fallimentare) ha certamente una sua utilità qualora sia costituito con la finalità principale di affidare la crisi di impresa a soggetti terzi più esperti e più capaci rispetto all'imprenditore insolvente ed ove preveda di proseguire l'attività e la salvaguardia dei valori aziendali come ad esempio l'avviamento

- è necessario anche parlare di procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Ci sono tantissimi miei studenti qua con i quali l'anno scorso abbiamo cercato di analizzare come si può utilizzare il trust in relazione al sovraindebitamento. La legge n. 3/2012 che ha finalmente disciplinato il c.d. "fallimento del consumatore". Per la prima volta in Italia viene concessa e riconosciuta la possibilità ai soggetti non fallibili in difficoltà economica di accedere a delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. In questo contesto il legislatore codifica l'utilizzo del trust come strumento utilizzabile dal debitore non fallibile, con particolare riferimento alla previsione di cui all'art. 7 che opera un esplicito richiamo alla possibilità di intervento dei fiduciari "per la liquidazione, la custodia e la distribuzione del ricavato ai creditori". Dunque, è in pratica testualmente consentito il ricorso al trust per un più efficace ottenimento del risultato
- il ricorso al trust a fini di garanzia è fenomeno frequente anche nella prassi dei mercati finanziari. Al riguardo, bisogna riferirsi all'oramai noto decreto di omologazione (quando ancora c'era l'obbligo di omologa!) emanato dal Tribunale di Milano nel dicembre del 1996. Il caso riguardava una società milanese che si è trovata a dover scegliere se garantire l'emissione delle proprie obbligazioni mediante la creazione del vincolo ipotecario sui propri immobili, oppure costituendo gli stessi in trust di scopo. Proprio quest'ultima è stata la via preferita dalla società emittente, la quale ha trasferito la titolarità degli immobili ad una società controllata inglese (vedasi decreto del Tribunale di Milano, 27 Dicembre 1996: "è legittima la delibera di assemblea di società per azioni recante l'emissione di un prestito obbligazionario garantito per mezzo di un trust")

Ora, il Trust è un istituto giuridico che viene applicato nei Paesi di Common Law (Inghilterra prima fra tutti) già da oltre cinque secoli mentre in Italia purtroppo e sottolineo purtroppo ancora c'è diffidenza verso questo strumento giuridico. L'Italia è un Paese No Trust o come dico io è un Paese "NO Trust Friendly". Infatti, gli esempi di questa sfiducia sono tanti:

- con riferimento al recente scandalo "Panama Papers" tutti i media hanno parlato del trust in se come strumento "spregievole" tout court
- qualche Giudice di merito ha di recente contestato la legittimità del trust interno dimostrando di non conoscere la giurisprudenza come scritto da un illuminante saggio del Professore Lupoi e quindi contraddicendo una oramai vasta giurisprudenza della Corte di Cassazione oltre che la Pubblica Amministrazione, la legge tributaria e centinaia di pronunce di merito (tra cui anche una proprio del TAR di Reggio che nell'ambito di una interdittiva antimafia dopo che gli indagati avevano collocato la loro azienda in trust ha rigettato il ricorso ma non contestato

lo strumento del trust parlando testualmente di “bontà dell’atto istitutivo” del trust). Insomma non è più possibile affermare che il trust interno “è una fattispecie che la dottrina ricava da una peculiare interpretazione della Convenzione de L’Aja”

Quindi alla luce di tutto quanto sopra da me delineato, e cioè dei vari usi pratici e dei vari vantaggi del trust nonchè di quello già detto da chi mi ha preceduto e da quello che si dirà domani, e concludo, allora la domanda di fondo è: perché l’Italia è un Paese No Trust o è un Paese No Trust Friendly?

In genere si risponde perchè i due grandi sistemi giuridici (il Common Law nel quale il trust nasce ed il Civil Law) sono troppo diversi fra loro. In particolare, il nostro Civil Law basa il concetto di proprietà come un blocco inscalfibile ed assoluto che può essere compresso dai diritti reali e si può frazionare ma che alla fine torna sempre e comunque tale e quale come era prima mentre così non è per il Trust in quanto esso non esiste la figura della proprietà o del proprietario bensì esiste la figura del bene, di colui che lo cede in gestione, di colui che lo gestisce e di colui che trae i benefici della gestione.

Tuttavia, la mia risposta invece è una altra e si concretizza in due punti:

- a) io credo che il problema di fondo è proprio culturale e di mentalità. La maggiore diffusione di tale strumento nel mondo anglosassone piuttosto che in quello di Civil Law sta nel fatto le classi molto benestanti di quel mondo non hanno difficoltà a separarsi dai loro patrimoni affidandoli in gestione a persone di fiducia anche se estranee
- b) inoltre il nostro Paese proprio non riesce ad ammodernizzarsi ed a stare al passo con i tempi ed il “gap” con gli altri Stati si riscontra anche se non soprattutto sul piano giuridico

Grazie a tutti per la vostra attenzione, rimango a disposizione per domande, dubbi e chiarimenti.