

I trust per le imprese e il sociale

A quale trust pensa il regolatore internazionale

Maurizio Lupoi

«E voi, chi dite che io sia?» (Matteo, 16.15)

In ambito internazionale si è rinunciato a definire il termine «trust».

Questa rinuncia sarebbe stata corretta qualora fondata su

- la pluralità delle figure di trust
- la molteplicità delle legislazioni
- la molteplicità delle funzioni perseguibili
- etc.

Dalla metà degli anni 80 una possibile definizione esisteva, nell'art. 2 della Convenzione de L'Aja sulla legge regolatrice e il riconoscimento dei trust – si sarebbe potuto partire da lì.

«E voi, chi dite che io sia?» (Matteo, 16.15)

Ai fini della presente Convenzione, per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente –con atto tra vivi o mortis causa– qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato.

Il trust è caratterizzato dai seguenti elementi:

- a. I beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del trustee;
- b. i beni in trust sono intestati al trustee o ad un altro soggetto per conto del trustee;
- c. il trustee è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte dalla legge al trustee.

Il fatto che il disponente conservi alcuni diritti e facoltà o che il trustee abbia alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un trust.

«E voi, chi dite che io sia?» (Matteo, 16.15)

Qui compare il primo dato:

se si fosse operato sulla definizione de L'Aja si sarebbe giunti a una definizione – certo controvertibile, come controvertibile è a definizione de L'Aja – ma limitativa

come qualunque definizione.

E allora spunta la categoria del «legal arrangement»

e –vi risparmio tutti i passaggi intermedi – giungiamo a:

un trust o un istituto giuridico avente un assetto o funzioni affini al trust ("istituto giuridico affine") – V direttiva, art. 14

«E voi, chi dite che io sia?» (Matteo, 16.15)

Questa vaghezza era anche nella IV direttiva, p.es. nel d. lgs. 90/2015:

- «svolgere la funzione di fiduciario in un trust espresso o in un soggetto giuridico analogo»
- «titolarità effettiva di persone giuridiche, trust e altri istituti e soggetti giuridici affini»

e in numerosi documenti internazionali anteriori.

Si tratta di una caratteristica dell'attuale fase di normazione globalizzata – una caratteristica ineliminabile.

Non esiste alcun saggio accademico o di altro genere che definisca gli istituti «affini» o «analoghi».

Il vizio di incostituzionalità

Questa vaghezza è giuridicamente insostenibile e, in quanto possa integrare un elemento di fattispecie di reato, dà luogo a un vizio di **incostituzionalità**:

- per violazione della riserva di legge (art. 25, comma 2, Cost.:» Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso»;
- v. anche art. 1, cod. pen.:» Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge».

Il vizio di incostituzionalità

Le conseguenze di questa prima conclusione sono piuttosto serie per tutti coloro che sono destinatari delle norme antiriciclaggio perché introducono un serio elemento di incertezza.

Che può funzionare anche al contrario: il «cliente» che si senta lesa dalla comunicazione dei suoi dati in relazione a un «legal arrangement» che egli affermi non essere analogo a un trust e agisca contro l'intermediario o il professionista, etc..

Il vizio di incostituzionalità

Nei documenti internazionali si giunge a scrivere:

«Corporate vehicles—such as companies, trusts, foundations, partnerships, and other types of legal persons and arrangements» e chiarire in nota: «This paper uses the term corporate vehicles to mean *legal persons* and *legal arrangements*» (FATF, ottobre 2014).

L'analisi giuridica si arresta qui perché la vaghezza estrema consente solo una analisi funzionale.

«ἔμψυχον ὄργανον»

L'analisi funzionale mostra un evidente dato in comune. Lo esprimo con una frase all'apparenza paradossale, e cioè:

colui che parla non è colui che pensa.

Aristotele nel libro VIII dell'Etica Nicomachea (cap. 11, sez. 7) afferma che lo schiavo è un utensile animato (ὁ γὰρ δοῦλος ἔμψυχον ὄργανον), così come un utensile è uno schiavo non animato.

Quando è che gli amministratori, i trustee, e coloro che operano in circostanze «affini» o «analoghe» sono «strumenti», sia pure con un'anima? E dunque l'ordinamento giuridico vuole sapere chi maneggia questo strumento?

«ἔμψυχον ὄργανον»

La normazione internazionale – della quale abbiamo visto il minimo spessore concettuale quando si è rifugiata nell'affinità o nell'analogia – non riesce neanche a porsi questa domanda e anzi nella sua rozzezza neanche se la pone.

Essa si limita a pretendere che tutti coloro che potrebbero essere i manovratori dello «strumento con un'anima» (si noti: manovratori legittimi o illegittimi) siano identificati e resi noti in forme varie.

«ἔμψυχον ὄργανον»

Passerà anche questa, forse...

Lasciatemi solo aggiungere qualche considerazione relativa ai trust.

Come si qualifica un trustee che rientri nel concetto di «strumento animato»? Semplice, come un trustee dimentico delle proprie obbligazioni.

La giurisprudenza ha posto in luce da tempo (e sta ancora lavorando su questi temi) che il trustee «schiavo» del disponente è in primo luogo un trustee inadempiente.

Attenzione alla differenza rispetto all'amministratore di società.

Il legislatore globalizzato

Ecco dove la banalizzazione e la povertà giuridica del legislatore globalizzato entrano in collisione con il diritto positivo.

Il legislatore globalizzato ha dimenticato che

- l'amministratore risponde verso i soci che lo hanno nominato e che possono revocarlo,
- il trustee invece risponde verso i beneficiari che non lo hanno nominato e che non possono revocarlo.

Due strutture e due tipologie di rapporti assai diverse – eppure accomunate.

Il legislatore globalizzato

Non solo:

- L'amministratore di società che attua integralmente quanto gli chiede il socio totalitario non è un amministratore inadempiente; non lo è neanche se si tratti di un socio di controllo: l'inadempienza sarà da valutare rispetto ai creditori e agli stakeholders, ma non deriverà mai dal solo fatto che l'amministratore ha seguito le indicazioni del socio di controllo.
- La disciplina della direzione e coordinamento (art. 2497 ss. cod. civ.) conferma questo punto di vista.

Il legislatore globalizzato

Si potrebbe andare avanti:

- un trust c.d. sham perché il trustee è agli ordini del disponente è un trust nullo,
- mentre una società con un socio-padrone o socio-tiranno è una società esistente;

In conclusione, ben altri approfondimenti sarebbero necessari rispetto alla povertà intellettuale del legislatore globalizzato.

Suona la campana...

Ma io 20 minuti avevo a disposizione e 20 minuti ho impiegato...
Buon convegno.