

La Protezione del Patrimonio

Convegno organizzato da Banca Esperia e A.C.E.F.

Associazione Culturale Economia e Finanza

24 maggio 2010

Relazione del Prof. Avv. Giorgio Bernini

Il *Trust* e il ricorso alle *Alternative Dispute Resolutions* (ADR)

1) L'arbitrato e gli altri metodi *ADR* nella composizione delle *Trust Disputes*: un valore aggiunto.

E' inusuale che in un convegno dedicato ad una tematica di più ampio respiro l'intervento di apertura sia incentrato sulla composizione stragiudiziale delle controversie. In effetti, nella prassi contrattuale usuale il tema dell'arbitrato e della conciliazione è di solito relegato alla fine del testo negoziale. All'atto della firma le parti non contemplanò la eventualità di una lite. Il loro consenso è espressione di una reciproca stima e fiducia e la previsione di un metodo di composizione delle controversie è riguardata con sfavore: al meglio, in chiave scaramantica.

Quando si tratti del *Trust* giocano considerazioni più articolate, attinenti, rispettivamente, alla incompleta disciplina che ancora caratterizza la creazione e l'implementazione di questo istituto combinata con l'evoluzione dell'arbitrato e degli strumenti conciliativi di composizione delle controversie, oggi identificati, non sempre in maniera tecnicamente impeccabile, con l'acronimo *ADR*. Alla iniziale "A", infatti, è stato attribuito un significato evocativo variabile nel tempo: dai metodi alternativi di composizione delle controversie si è passati ai metodi amichevoli; dalla tipologia iniziale della conciliazione sono spuntate nuove e sofisticate forme di giustizia conciliativa che sarebbe troppo lungo elencare in questa sede, e alle quali, comunque, si applica il tratto caratteristico costituito dalla loro natura non aggiudicativa. In Italia la conciliazione, genericamente definita mediazione con riferimento a procedimenti guidati, è stata di recente oggetto di regolamentazione legislativa tramite il DLgs. 4 marzo 2010, n. 28 che ha modificato il codice di rito.

L'elemento che segna la svolta decisiva di questo processo evolutivo è però un altro: e, cioè, l'aumentato ambito di operatività dell'arbitrato, che mantiene la sua natura aggiudicativa, e degli altri strumenti conciliativi non aggiudicativi, che si raccolgono, nel loro insieme, sotto la definizione di *ADR*. Essi, infatti, non sono limitati alla composizione di una lite, o disputa, in senso stretto, ma vengono usati per colmare lacune contrattuali e per integrare la volontà delle

parti laddove sussistano dubbi interpretativi, ovvero per sollecitare nuovi apporti di consenso, che travalicano i confini di una ricostruzione dell'intento negoziale dei paciscenti unicamente per il tramite di strumenti ermeneutici. Ne segue che, operando nel senso suddetto, si viene in realtà a sdrammatizzare la differenza tra arbitrato ed arbitraggio, che ha travagliato la dottrina e la giurisprudenza del nostro Paese sino a ridursi alla ripetizione di definizioni formalisticamente standard, prive, in realtà, di valore distintivo a fronte di ciascuna fattispecie concreta.

L'apporto creativo così identificato acquista un significato particolare quando l'impiego di questi strumenti interpretativi, sovente integrativi della volontà delle parti, venga riferito al *Trust*, ultimo anello scaturente dalla lunga catena di precedenti giurisprudenziali sviluppatasi in Inghilterra ad opera delle Corti della Cancelleria (*Chancery Courts*). Di qui l'incompletezza sistematica della disciplina del *Trust*, che si è venuta formando non in unica istanza ad opera di un legislatore istituzionale, ma mediante una stratificazione normativa consolidatasi in un corpo di diritto casistico tratto dalle decisioni delle Corti di *Equity* in fattispecie imperniate sulle segregazione di un patrimonio tramite l'instaurazione di un rapporto fiduciario direttamente opponibile ai terzi.

Della operativa effettività di questa segregazione nella conservazione del patrimonio si occuperanno gli altri relatori. Per quanto riguarda questa introduzione è cristallino il pensiero di SCOTT, eminente autore di un ponderoso trattato sul *Trust* (W. SCOTT, *The Law of Trust*, Volume III, Boston 1939, 2603), che in guisa di "Epilogue" del suo ultimo volume così si esprime: *"non esiste una legge americana in tema di Trusts sebbene i giudici inglesi si siano occasionalmente espressi come se tale legge vi fosse. Neppure esiste una legge federale sui Trusts..."*. Esiste, per contro, il sistema anglo-americano di diritto, *"che ha avuto origine nelle Corti inglesi della Cancelleria e che è stato recepito, con qualche esitazione, nelle Colonie americane e ulteriormente sviluppato negli Stati americani."*

2) Vocazione espansiva del Trust anche al di fuori dei Paesi di *Common Law*.

Partendo da queste premesse si comprende come il *Trust* fatichi a scuotersi di dosso la camicia di nesso costituita da questo suo *imprinting* tipicamente anglo-americano. Tuttavia, in forza della sua intrinseca duttilità e valenza nel mondo delle relazioni economiche e personali, il *Trust* ha mostrato una forte vocazione espansiva anche al di fuori dei confini dei paesi caratterizzati da un sistema di *Common Law*. Ciò è avvenuto tramite la soluzione operativa e funzionale adottata dalla Convenzione dell'Aja del 1985, ratificata e resa esecutiva in Italia con Legge 16 ottobre 1989, n. 364, che ha consentito al *Trust* un ampio ingresso nel mondo del diritto continentale, caratterizzato dalla tradizione romanistica. Con l'andare degli anni, con l'interpenetrazione dei sistemi giuridici, e, soprattutto, con la progressiva demolizione della barriera ideologica prima ancora che normativa che per troppo tempo si è frapposta tra *Common Law* e *Civil Law*, il *Trust* è venuto sempre più acquistando una dimensione internazionale. Più esattamente, i suoi principi hanno acquistato una valenza transfrontaliera, che, per quanto più direttamente ci riguarda, si è inserita, mediante gli opportuni richiami legislativi, anche in Italia. Questo positivo risultato è riconducibile alle norme sancite dalla Convenzione dell'Aja, che ha intelligentemente consentito alle parti la facoltà di disporre la regolamentazione del *Trust* alla luce di leggi nazionali aperte ad un riconoscimento, anche se non totale, dei principi caratterizzanti questo istituto di estrazione marcatamente anglo-americana.

La fioritura di questa rosa di rapporti con i diversi ordinamenti nazionali, non è, tuttavia, priva di spine. Infatti, il riconoscimento del *Trust* al di fuori della sua originaria matrice storica, è inversamente proporzionale al numero di principi inderogabili che, in un dato sistema giuridico, esprimono rigetti di tipo allergico rispetto alla fisionomia di base del *Trust*. Alcune di queste crisi di rigetto risultano ineliminabili, altre possono essere sanate, almeno parzialmente, attraverso l'adozione di tecniche e rimedi atti a consentire il

conseguimento di risultati funzionalmente simili a quelli del *Trust*. Questo è il caso dell'Italia, ove l'ambito di riconoscimento della Convenzione dell'Aja ha dovuto soggiacere alla salvaguardia dell'ordine pubblico e delle altre norme imperative e di applicazione necessaria, e quindi inderogabili. Fra tutte, ricordo le norme in tema di successione necessaria. Ad altri relatori, comunque, spetterà il compito di definire la portata e gli effetti del *Trust* quale strumento di segregazione del patrimonio nel nostro sistema giuridico.

Da quanto sopra esposto deriva la conclusione che in molte circostanze l'applicazione del *Trust* richiede sottili argomenti interpretativi e creative applicazioni di istituti funzionalmente compatibili nei risultati, anche se non coincidenti con il *Trust* nella qualificazione giuridica generale e nella totalità delle fattispecie in cui questo istituto si articola.

3) Necessità di un ausilio alla implementazione del *Trust* da parte della giurisdizione, ove legislativamente prevista, ovvero di meccanismi di giustizia conciliativa predisposti dal costituente e/o dagli altri soggetti interessati.

Questo delicato compito interpretativo ed applicativo richiede la messa in opera di un meccanismo atto a superare eventuali antinomie di dettaglio, o addirittura sistemiche, esistenti fra la fisionomia del *Trust* e le caratteristiche di base dell'ordinamento in seno al quale ne venga richiesto il recepimento. Peraltro, anche nei sistemi ove il *Trust* gode di pacifico stato di cittadinanza, la natura stessa di questo istituto nato dalla esperienza giurisprudenziale può dar vita a situazioni tali da richiedere un ausilio da parte della giurisdizione togata. In altri sistemi, come in quello italiano, ove non si riscontra questa possibilità istituzionale di supporto giudiziario, si prospetta la necessità di percorrere altre vie. E', dunque, in quest'ottica che si rivela possibile, e plausibile, la funzione *ad adiuvandum* dell'arbitrato, e, più in generale, della giustizia conciliativa intesa nella sua accezione più vasta come risultante dal processo evolutivo cui già si è fatto cenno. Il ricorso all'arbitrato o, in termini onnicomprensivi alla giustizia conciliativa, nella creazione e nella implementazione di un *Trust*, può

essere prevista tramite clausole di deroga alla giurisdizione ordinaria predisposte dal costituente, in maniera tale da consentirne l'estensione degli effetti a soggetti non firmatari della clausola originaria, tra cui i potenziali beneficiari non identificabili, e al limite neppure esistenti, all'atto della creazione del *Trust*. Anche in seguito gli altri soggetti interessati possono convenire il ricorso alla giustizia conciliativa tramite patti compromissori successivi rispetto all'insorgere della controversia.

Assieme al compito di comporre eventuali contenziosi (*Trust Disputes*), ai nominandi arbitri e/o conciliatori (mediatori nel contesto di conciliazioni guidate), competerà il ruolo di soggetti terzi indipendenti con funzioni di ausilio nell'interpretazione e messa in opera della volontà del costituente come espressa nella regolamentazione del *Trust (Trust Deed)*. Di conseguenza, agli arbitri potrà essere affidato il potere di integrare la volontà delle parti anche nelle veste di arbitratori *ex* articolo 1349 c.c., così contribuendo, ove del caso, alla rinegoziazione in buona fede del *Trust Deed* ad opera delle parti stesse. Lo stesso dicasi *mutatis mutandis* nel contesto di procedimenti di conciliazione non aggiudicativi, ove la funzione del soggetto terzo indipendente potrà assumere una latitudine più o meno vasta con riferimento alle caratteristiche di ciascuna fattispecie concreta.

La presenza di questo (i) soggetto (i) indipendente (i) costituisce, quindi, un elemento comune a tutte le situazioni ove si richieda, da parte dello stesso o degli stessi, una funzione allargata intesa ad un ausilio caratterizzato da elementi di lealtà e buona fede nella interpretazione e implementazione della volontà del costituente. Ove questa presenza venga assicurata tramite l'intervento della giurisdizione ordinaria, così come avviene nei Paesi di *common law*, l'ausilio al funzionamento del *Trust* è affidato ad un soggetto chiamato "*litigation friend*", di nomina, appunto, giudiziaria. Laddove non esista, invece, la possibilità *ex lege* di una nomina del genere, è razionalmente e giuridicamente concepibile il ricorso, ad opera delle parti interessate, all'arbitrato e/o ai metodi *ADR*, che nel loro riferimento al *Trust* possono essere

chiamati a svolgere un compito suscettibile di fornire apporti di più ampio respiro rispetto a quelli insiti nella loro funzione istituzionale.

Ecco perché si reputa corretto parlare di valore aggiunto del binomio *Trust* – giustizia conciliativa, in chiave di vera e propria necessità intesa a potenziare l'impiego combinato dell'arbitrato e dei metodi *ADR*, legittimando il fondamento, e potenziando la sfera di applicazione, di entrambi i termini del binomio al fine di consentirne la incontrovertita messa in opera congiunta. In estrema sintesi, al fine di ribadire la opportuna presenza nel contesto del *Trust* di un soggetto terzo indipendente, idoneo a svolgere, nella sostanza, una funzione analoga a quella del *litigation friend* negli ordinamenti di estrazione anglo-americana. E' sintomatico notare come la interrelazione degli istituti coinvolti in una applicazione combinata rinvigorisca il peso e l'importanza di ciascuno degli istituti stessi.

In una varietà di fattispecie, come quelle in cui possono esprimersi le molteplici applicazioni del *Trust*, è intuibile il vantaggio derivante dall'approntamento di un meccanismo suscettibile di realizzare non solo la composizione di controversie, ma anche il completamento della disciplina negoziale e la messa in opera di rimedi a fronte di situazioni ove si tratti di proteggere gli interessi di un soggetto che, per ragioni varie, non ha potuto sottoscrivere la clausola compromissoria e/o l'impegno a far ricorso ad altri metodi *ADR* nel contesto dell'atto istitutivo del *Trust*. Per non parlare, poi, delle difficoltà, incertezze in buona fede e veri e propri contrasti che possono sorgere in tema di amministrazione del patrimonio segregato e di soddisfazione degli interessi legittimi di tutti i soggetti coinvolti. Quanto all'arbitrato e agli altri metodi *ADR*, resta comunque accettato che gli stessi, nel loro riferimento al *Trust*, sono chiamati a svolgere un compito suscettibile di apportare vantaggi ulteriori rispetto a quelli insiti nella loro funzione istituzionale in combinazione con la funzione propria del *Trust*. E' ben vero che alla luce dell'ordinamento italiano la costruzione di un sistema capace di armonizzare, con il risultato di un valore aggiunto, gli effetti del *Trust* e quelli dell'arbitrato, nonché, se del caso, degli

altri metodi *ADR*, non appare facile. Tuttavia, l'attento impiego dei diversi strumenti giuridici già da oggi disponibili nell'ambito del nostro ordinamento, in una logica aperta alle sollecitazioni del diritto comparato, può arricchire l'ambito di applicazione di un sistema di giustizia conciliativa, che, nella sua interpenetrazione con il *Trust*, può altresì arricchire le modalità di nascita e funzionamento di questo istituto ancora non potenziato da una regolamentazione completa e univocamente combinabile con alcuni principi dissonanti reperibili nel contesto del nostro ordinamento giuridico.