

Attività di cambiavalute digitali ed *express trust*

di Salvatore Tramontano e Carola Cinetto

Nel caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd. (in Liquidation)* l'Alta Corte della Nuova Zelanda, dopo aver stabilito che le criptovalute costituiscono "property", ha esaminato l'istanza dei titolari dei conti in ordine alla sussistenza di trust aventi ad oggetto le risorse digitali detenute da Cryptopia. La nota analizza la disamina della Corte che ripercorre la disciplina del trust nell'ordinamento di common law, anche offrendo spunti per una lettura comparatistica del caso.

In the case of *Ruscoe v Cryptopia Ltd. (in Liquidation)*, the High Court of New Zealand, after having established that cryptocurrencies are "property", examined the instance of the account holders regarding the existence of trusts concerning digital assets held by Cryptopia. The note analyzes the Court's examination that traces the discipline of the trust in the common law system, also offering ideas for a comparative reading of the case.

■ Inquadramento

Nel caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd. (in Liquidation)* (1), acclarato che le criptovalute, in quanto risorse digitali, costituiscono *property* suscettibili di essere oggetto di trust (2), è al vaglio dell'Alta Corte della Nuova Zelanda, *inter alia*, il quesito circa la qualità o meno di trustee in capo a Cryptopia nei confronti dei titolari dei conti (*accountholders*) in essa detenuti. La questione si riflette, in particolare, sul regime di ripartizione dell'attivo in sede di liquidazione della società: invero, se le

criptovalute sono in trust, i titolari dei conti, quali beneficiari investiti, hanno diritto alla restituzione delle risorse digitale a discapito dei creditori chirografari di Cryptopia; diversamente la loro posizione è assimilabile a questi ultimi, con conseguente applicazione della parte 16 del *Companies Act 1993*.

■ La questione "trust"

I liquidatori della società Cryptopia, piattaforma di scambio di criptovalute in liquidazione dal maggio 2019 a seguito di un attacco *hacker*, hanno presentato istanza alla Corte neozelandese, ai sensi della *Section 284 (1) (a)* del *Companies Act 1993*, per ottenere indicazioni circa le modalità di distribuzione dell'attivo patrimoniale sussistente nella società medesima. Nello specifico, la domanda sottoposta all'attenzione del giudice è "se alcune o tutte le risorse digitali (della società) siano detenute in trust a favore dei titolari di conti", quale che sia la categorizzazione delle posizioni affidanti eventualmente individuabili (*express trust, implied trust, resulting trust, quistclose trust* o altro). A corollario, in caso di risposta affermativa, si pongono tre ulteriori quesiti rilevanti:

- (a) a quando risale l'istituzione di questi trust, considerando che la società ha apportato degli aggiornamenti alle condizioni di utilizzo del proprio servizio il 7 agosto 2018;
- (b) quali sono le condizioni di questi rapporti di trust;
- (c) e infine, se le risorse digitali siano detenute dal trustee:
 - (i) in un trust individuale per ogni titolare di conto, ragion per la quale ciascuno di essi è l'unico beneficiario del trust;
 - (ii) ovvero, in un trust a beneficio di tutti i titolari di conti i quali sono, quindi, co-beneficiari dello stesso trust;

Salvatore Tramontano - Dottore commercialista in Napoli
Carola Cinetto - Avvocato in Padova

(1) Pubblicata *infra*, pag. 463.

(2) Sullo svolgimento del procedimento e sulla natura giuridica delle criptovalute si rinvia, nel dettaglio, al commento di M. Giuliano, *Criptovaluta e trust, infra*, pag. 381.

- (iii) ovvero, in più trust a beneficio di gruppi specifici di titolari di conti con il risultato che i titolari di conti appartenenti al medesimo gruppo sono co-beneficiari degli stessi beni oggetto di (quel) trust;
- (iv) o ancora, sulla base di altri criteri.

Nella sostanza, il giudizio instaurato davanti alla Corte coinvolge i creditori di Cryptopia, da un lato, e i titolari dei conti che hanno investito nei vari *assets* digitali detenuti dalla medesima società, dall'altro. Se i primi negano *tout court* l'esistenza di qualunque trust, parificando i titolari di conti a semplici creditori chirografari di Cryptopia, la posizione avanzata dai secondi è nel senso della sussistenza di distinti *express trust*, esistenti già prima delle modifiche apportate il 7 agosto 2018, in favore di ciascuno titolare di conti presenti nel *database SQL* (*Structured query language, database* interno) e per ciascun tipo di criptovaluta detenuta dalla società, nella qualità di trustee. Le modifiche apportate ai "termini e condizioni" hanno solo, secondo i titolari di conti, confermato la qualità di trustee in capo a Cryptopia.

Il dibattito sorto tra le parti si articola, in primo luogo, attraverso l'analisi del ragionamento ai sensi del quale la Corte possa individuare l'esistenza di un trust, considerando che ciò che è stato detto è limitato e nessuna dichiarazione verbale è stata espressa al riguardo. Ulteriore tema in esame concerne l'effettivo compito di Cryptopia nella gestione delle criptovalute e la rilevanza dei poteri e dei servizi attribuiti alle criptovalute secondo i "termini e condizioni" forniti agli *accountholders*. Da ultimo, affronta la portata delle *amended terms* sotto un duplice profilo: l'eventuale incidenza di tali modifiche sui rapporti di trust e la loro applicazione a tutti i titolari di conti a partire dal 7 agosto 2018.

■ Istituzione del trust in *common law*

La posizione sostenuta dai titolari di conti in ordine alla sussistenza di una serie di trust, nella peculiare forma di *express trusts*, aventi ad oggetto le rispettive risorse digitali detenute da Cryptopia, conduce a ripercorre, sia pur sinteticamente, alcuni capisaldi della disciplina del trust.

Inquadabile nell'alveo dei fenomeni di tipo gestorio, il trust è un peculiare istituto di matrice anglosassone che implica un rapporto di affidamento (*to entrust*): un soggetto, denominato trustee, detiene

come (se fosse) proprietario determinati beni o diritti (Fondo in trust) che gli vengono trasferiti da un altro soggetto, il disponente, per l'attuazione di uno specifico programma a vantaggio di uno o più beneficiari (trust per beneficiari) o per un determinato scopo (trust per uno scopo) (3). C'è trust, dunque, se c'è affidamento (4) (*con - fidence*) di un diritto al trustee e la sua legittimazione ad amministrare il Fondo in trust attenendosi a regole predefinite dallo stesso disponente con correlativo sorgere di obbligazioni fiduciarie nei confronti dei beneficiari.

La nascita di un trust nel modello di *common law* è ancorata "alla volontà del disponente ovvero ad una valutazione legale di un atto o fatto volontario non espressamente o sufficientemente indirizzato all'istituzione di un trust" (5). Se ne trae la distinzione tra trust c.d. espressamente istituiti (*express trusts*) e trust c.d. non espressamente istituiti (*trusts "which are raised and created by act or construction of law"*) (6).

Note:

(3) Sulla definizione di trust M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Milano, 2016, pag. 4 ss.; *L'Oxford dictionary of law*, Oxford, 1997, qualifica il trust "an arrangement in which a settlor transfers property to one or more trustees, who will hold it for the benefit of one or more persons (the beneficiaries) or cestuis que trust, who may include the trustee(s) or the settlor". La definizione, tuttavia, tiene conto esclusivamente dei trust negoziali, ignorando il trust autodichiarato e il trust la cui fonte costitutiva prescinde da una dichiarazione di volontà. Più completa la definizione di A. Underhill - D.J. Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, London, 2002, pag. 1, "a trust is an 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 anyone of whom may enforce the obligation".

(4) M. Giuliano, in questa *Rivista*, 2017, pag. 484, nota 8, il quale ripercorre la costruzione del concetto di affidamento elaborata da autorevole dottrina (M. Lupoi, "La sfida dei trusts in Italia", in *Corr. giur.*, n. 10/1995, pag. 1205), la quale "ha suggerito di tradurre trust con il termine 'affidamento', anziché 'fiducia' con ciò evidenziando come quest'ultimo termine sia solo un motivo (non tipico) dell'atto e non reagisce né sulla ricostruzione causale del negozio né sulle sue regole operative. 'Affidamento' da questo punto di vista ha due valenze: la prima indica che nessun meccanismo operativo del trasferimento di un diritto può produrre l'effetto di far venire in esistenza un trust se l'oggetto di quel trasferimento non è affidato al trustee e, dunque, posto sotto il suo controllo; la seconda indica che il beneficiario di un trust ha diritto di fare affidamento che il trustee si comporterà secondo quanto l'*equity* prescrive; il beneficiario non ha alcuna ragione di riporre fiducia nel trustee, ma ha diritto di attendersi che egli operi per il raggiungimento delle finalità che il disponente (o la legge) gli ha commesso di realizzare: precisamente il senso nel quale affidamento secondo la dottrina caratterizza il diverso rapporto fra fiduciante e fiduciario nel nostro ordinamento".

(5) M. Lupoi, *Trusts*, Milano 2001, pag. 26 ss.

(6) M. Lupoi, *Trusts*, 1997, pag. 20. La distinzione tra trust espressamente istituiti e trust non espressamente istituiti è ben nota all'esperienza inglese sin dalla seconda metà del XVII secolo trovando peraltro puntuale riscontro, non solo giurisprudenziale, ma anche

(segue)

Questi ultimi, da categoria inizialmente omogenea, hanno assunto nel corso del tempo forme distinte: gli *implied trusts* (7) istituiti volontariamente, ma senza alcuna espressa dichiarazione, i *constructive trusts* (8) e i *resulting trusts* (9) imposti da una regola

Note:
(continua nota 6)

normativo. Se nella sentenza *Cook v. Fountain* (1672) 3 Swans.585, a 591, Lord Nottingham fa esplicito riferimento ai trusts *implied*, oggi identificabili nei *constructive* o *resulting trusts*, come “*raised and created by act or construction of law*”; a sua volta, lo *Statute of Frauds* del 1677, alla *Section 8*, esonera dal rispetto di ogni prescrizione formale i casi in cui “*a trust or confidence shall or may arise or result by the implication or construction of law*”.

(7) Dal solo comportamento del disponente l'*equity* individua un atto idoneo a ingenerare affidamento: il trust sorge “in quanto è ciò che il soggetto agente intendeva che accadesse” (M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, *supra*, nota 2, pag. 17). Per esempi di *implied trusts*: *Shabinski v. Horwit*, 1973: le mance lasciate dai clienti e incassate dal gestore si intendono in trust per i camerieri; *Paul e Constance* 32 DLR 3rd 318; *Rowe v. Prance*, [1999] 2 FRL 787; *Don King productions Inc v. Warren and others*, [1999] ALLER 218. Tra l'altro all'*implied trust* si è fatto ricorso per fondare una nuova figura detta *quistclose trust*: quando una somma venga trasferita ad un soggetto affinché questi se ne serva per un uso determinato a beneficio proprio o di terzi, la somma va considerata in trust e divenuto impossibile il raggiungimento dello scopo, oggetto di un *resulting trust* in favore dell'originario disponente (M. Lupoi, *Trusts*, *supra*, nota 4, pag. 115).

(8) L'aggettivo *constructive* deriva dal verbo *to construe* (interpretare); un trust è *constructive* quando sorge per effetto di una operazione legale: il giudice di *equity* interpreta il comportamento o le parole di un soggetto come integranti “una situazione affidante” e quindi, un'obbligazione di coscienza, che viene fatta valere come se fosse un trust. R. Belvederi, in questa *Rivista*, 2014, pag. 392, individua tre categorie di *constructive trusts*:

1) i casi in cui la legge, “anticipa” gli effetti traslativi di un negozio avente di per sé effetti reali non immediati. È il caso, ad esempio, di una compravendita immobiliare in cui il venditore prima del trasferimento del bene è da subito trustee dell'immobile e creditore del prezzo, nel periodo compreso fra l'*estate contract* e la *conveyance*;

2) i trust imposti *ex lege*, a determinate condizioni, nei confronti dell'avente causa di un trustee che disponga del Fondo in violazione dei termini del trust v. *Agip (Africa) Ltd v. Jackson* [1991], 3 WLR 116, p.131;

3) i trust imposti dalla legge sulla base dei precedenti rapporti tra il *constructive trustee* ed il beneficiario v. *Mothew v Bristol & West Building Society CA* [1996].

(9) Letteralmente *resulting*, dal latino *resalire*, vuol dire “che risulta o deriva da certi fatti”, ragion per cui *resulting trust* significa “obbligazione risultante da una particolare situazione”. Vi è *resulting trust*, ad esempio, quando esistono dei beni presso il trustee, in quanto trustee, senza però che vi sia alcun soggetto a cui trasferirli per le ragioni più varie (incompletezza o inefficacia delle disposizioni dell'atto istitutivo, nullità o inefficacia del trust v. M. Lupoi, *Trusts*, *supra*, nota 5, pag. 65). L'*equity* non consente che i diritti presso il trustee difettino di una compiuta destinazione né che essi siano tenuti da costui per sé: nella sua qualità, il trustee non può trarre alcun *commodum* dal trust. Pertanto, i diritti non assegnati e, quindi, privi di titolare ritornano allo stesso disponente in *resulting trust*. V. *Re Vandervell's trusts* (No 2), 1974, pag. 274; M. Birt, J.G.W. Fisher, J.R.J. Kerley, [2014]. Il *resulting trust* non integra dunque una tipologia di trust (M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, *supra*, nota 2, pag. 20): a differenza del *constructive*

(segue)

di *equity* (10) e, infine, gli *statutory trusts*, quale effetto di una disposizione legislativa scritta (*Statute*) (11).

Se si escludono i casi sopraindicati, il trust è frutto della libera volizione del disponente espressa oralmente, per fatti concludenti o contenuta in un negozio giuridico unilaterale (*trust deed*) *inter vivos* o *mortis causa*. Non sono previste forme di pubblicità circa l'esistenza di un vincolo sui beni o diritti. È comprensibile quindi che, in un contesto del genere e in assenza di una stretta disciplina che riguardi la forma e la pubblicità degli atti, il modello inglese si avvalga della regola delle tre certezze.

■ Le tre certezze

Un trust è validamente istituito, secondo l'insegnamento tradizionale, quando presenti, pena la sua nullità, tre elementi, le c.d. tre certezze, *the three certainties*, in ossequio ad un principio enunciato da una sentenza inglese del 1840 (12):

Note:
(continua nota 9)

trust, non nasce un nuovo trust dalle circostanze, ma gli effetti di un trust già esistente *result* in favore di un altro soggetto a vantaggio del quale il trustee deve agire. Tale asserzione non ha una valenza assoluta. Tra i *resulting trusts* rientrano anche ipotesi in cui non esiste già un trust, ma in virtù di una regola di *equity* sorge da un comportamento un'obbligazione in capo al trustee, tipicamente l'acquisto di beni con denaro altrui (M.R. Mazzone, in questa *Rivista*, 2009, pag. 559, in commento alla sentenza *Shang v Zhang*, *Shang v Zhang* (No 2) [2007] NSWSC 1355).

(10) Per M. Lupoi, *Trusts*, *supra*, nota 4, pag. 29, ha più senso parlare genericamente di trust *ex lege* in quanto “il confine tra *implied*, *constructive* e *resulting trusts* risulti spesso evanescente; non raramente un trust è inteso quale *constructive* da un autore e come *implied* o *resulting* da un altro; perfino i giudici si contraddicono e diversamente interpretano i precedenti oppure non ritengono necessario approfondire se il trust sul quale stanno giudicando sia *implied* o *constructive* e talvolta gli avvocati sbagliano nello scegliere una nozione invece dell'altra”. Anche S. Bartoli, *Il trust*, Milano, 2001, pag. 137, rileva come l'uso della distinzione tra *implied*, *constructive* e *resulting trusts* rechi incertezze applicative nella pratica, anche a livello giurisprudenziale. (11) S. Bartoli, *Il trust*, *supra*, nota 9, pag. 155 ss. esamina le più rilevanti ipotesi di *statutory trust*: in materia di fallimento, l'*Insolvency Act 1986*, nel regolamentare il rapporto tra curatore fallimentare e massa, statuisce che il curatore succede nel patrimonio del fallito quale trustee (trustee in *bankruptcy*) nell'ottica di realizzare il miglior interesse per i creditori; ancora, in ambito successorio, l'*Administration of Estates Act 1925 Section 34-36*, come modificato dal *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996*, Sch. 2, 3-4, dispone che quando taluno muore senza lasciare testamento, sul suo patrimonio viene ad esistenza *ex lege* un trust e il *personal representative*, nominato dal giudice e al quale è attribuita la qualità di trustee, viene incaricato di ripartire tra gli eredi legittimi quel che residua, dopo la definizione di eventuali rapporti pendenti ed il pagamento dei debiti ereditari.

(12) *Knight v. Knight*, (1840) 3 Beav 148. a 173, secondo cui: “*There can be no trust unless there is certainty in respect of the intention to create a trust, and in respect of the property, which is the subject matter of the trust, and (charitable*

(segue)

- (a) *certainty of intention*, la certezza della volontà del disponente di dar vita effettivamente ad un trust;
- (b) *certainty of subject matter*, la certezza dell'esistenza di un Fondo in trust;
- (c) *certainty of objects*, la certezza dei beneficiari in favore dei quali il trust è istituito, che siano esistenti almeno come categoria.

Entrando nello specifico, il requisito della prima certezza, *certainty of intention*, è rispettato quando la volontà del disponente di istituire un trust sia inequivocabile, espressa mediante l'impiego di termini cogenti (13), così da obbligare il trustee che ne sia destinatario ad agire come gli venga richiesto, ma svincolata dal rispetto di formule sacramentali in accordo con la massima "*l'equity looks to the intent rather than to the form*"; di conseguenza, un trust può essere creato anche senza pronunciare o inserire, se si tratta di un atto scritto, la parola "trust", mentre non è sufficiente riferirsi espressamente alla parola "trust" per costituirne validamente uno. Si tratta, dunque, di una valutazione che deve essere condotta caso per caso e volta per volta. Così, non sussiste certezza nell'intenzione, e quindi non c'è trust, se il disponente intende utilizzare lo strumento per far apparentemente ricorso al trust ma, di fatto, ne mantiene il controllo attraverso un trustee snaturato dei suoi poteri. Alle medesime conclusioni si giunge quando l'atto

istitutivo riserva al disponente "una serie di poteri di intervento e direzione sì da limitare in capo al trustee l'autonomia di gestione e la discrezionalità nello svolgimento e nell'attuazione del programma affidatogli" (14). La semplice riserva di certi poteri in capo al disponente non comporta, *sic et simpliciter*, il venir meno della "prima certezza" (15): è l'effettiva estensione dei "*reserved powers trust*" il vero criterio di riferimento alla stregua del quale valutare l'esistenza di una volontà di istituire il trust (16). Ebbene, tale intenzione manca "quando il disponente struttura l'atto istitutivo in modo di essere l'arbitro della vita del trust, cosicché in concreto il trustee potrà svolgere pienamente le proprie funzioni solo dopo la morte del disponente" (17).

La seconda certezza attiene alla necessaria sussistenza del Fondo in trust; l'eventuale mancanza di almeno un bene destinato allo scopo pregiudica l'esistenza stessa della struttura giuridica (18). Oggetto del trust può essere qualsiasi posizione soggettiva, anche una semplice aspettativa giuridicamente protetta, purché identificata in termini chiari. Il trustee deve sapere "*what property he is meant to have in his control in the interests of the beneficiary*", diversamente non

Note:

Note:

(continua nota 12)

trust apart), in respect of the beneficiaries. These are the three certainties". Probabilmente la regola fu enunciata ancor prima da Lord Chancellor Eldon in *Wright v Atkyns* [1832] *Turn & R* 143, 157.

(13) Si rivelerebbero, invece, inefficienti espressioni meramente precative (*precatory words*) - quali "desiderio", "raccomando", "pregghiera", "naturalmente egli farà" - declinabili alla stregua di mere raccomandazioni o richieste di un piacere da parte del disponente in quanto comportano in capo al trustee l'assunzione di una obbligazione solo morale e come tale incoercibile. In questo senso il diritto inglese che, fin dal 1786, con la sentenza *Pierson v. Garnet*, (1786) 2 *Brown's Chancery Cases* 38 ha sottolineato come sarebbe un caso disdicevole se questa Corte dovesse mettersi a discutere parole così leggere, come esempio peto, rogo, *fidei tuae commendo*, ed altre espressioni di diritto civile: "*It would be a lamentable case, if this Court were to raise a distinction upon slight words, such as peto, rogo, fidei tuae commendo, and such expressions of the civil law*"; allo stesso modo *Malin v. Keighley* (1975) 2 *Vesey Junior* 529 a 530: "*It is impossible to apply to these cases argument upon the general meaning of English words; for the law has undoubtedly been borrowed from the civil law; and it is impossible to say, that 'recommend' it not aequipollent with the words held in both laws to create a trust*"; anche in dottrina, A. Underhill - D.J. Hayton, *Law relating to trusts and trustees*, 1995, 58 afferma: "*A gift by will to a person, followed by precatory words expressive of the testator's request, recommendation, desire, hope, or confidence, that the property will be applied in favour of others, may exceptionally create a trust, if, on the will as a whole, it appears that the testator intended the words to be imperative, but the Court will not presume the imposition of a precatory trust merely from the presence of particular precatory words*".

(14) M. Monegat, "Gli elementi essenziali del trust", in Monegat - Lepore - Valas (a cura di), *Trust. Aspetti sostanziali e di applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2010, I, pag. 81.

(15) Si aggiunga che numerose sono le disposizioni delle legislazioni del modello internazionale che elencano una serie di poteri legittimamente attribuibili al disponente senza che ciò integri una mancanza di intenzione in capo al medesimo. A titolo esemplificativo, tra le altre, è possibile ricordare: *Bahamas, Trustee Act 1998, Section 3*; *Trusts (Jersey) Law 1984*, art. 9, lett. a), inserito dalla *Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006*; *Trusts (Guernsey) Law 2007, Section 15*.

(16) P. Panico, in questa *Rivista*, 2011, pag. 621, a commento della sentenza *Q and TRT*, (Supreme Court di Bermuda), precisa che "l'ammissibilità di disposizioni che consentono al disponente di riservarsi determinati poteri è riconosciuta anche in diritto inglese: un paragrafo del manuale di Thomas Lewin [...] fa espresso riferimento alle disposizioni legislative presenti in alcune giurisdizioni allo scopo di impedire che la riserva di certi poteri in capo al disponente renda invalido un trust o ne ritardi l'efficacia".

(17) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, *supra*, nota 2, pag. 43.

(18) A. Tonelli, in questa *Rivista*, 2019, pag. 400, puntualizza che "la *certainty of subject matter* è condizione necessaria ma non sufficiente" in quanto "vi è un'altra condizione che deve essere assoluta [...] che attiene al rapporto preciso che deve sussistere fra un trustee e il Fondo in trust. Il trustee deve infatti avere un diritto proprietario sui beni in trust posto che, nel momento in cui il trust viene ad esistenza, da una parte sorge il *legal title* del trustee sui beni in trust e dall'altro sorge *equitable interest* dei beneficiari, conosciuto anche come *beneficial interest*. Per gli effetti, il *legal title* è trasferito al trustee e quindi questi: "*Acquires all of the common law rights in the property & from the perspective of the outside world, the trustee appears to be the owner of the property*". A. Hudson, *Understanding Equity & Trusts*, 6th ed., London, 2017, pag. 29.

potrebbe dare attuazione all'incarico conferitogli dal disponente.

Significativa al riguardo una risalente (ma nota) sentenza (Palmer v. Simmonds [1854] 2 Drew 22) che ha dichiarato nullo un trust avente ad oggetto “*the bulk of my estate*”, cioè genericamente “la gran parte del mio patrimonio” (del disponente). Alle medesime conclusioni è giunta la sentenza Sprange v Barnard [1789] 2 Bro CC 585 (19).

Particolare cautela richiede l'ipotesi in cui il trust abbia ad oggetto cose individuate solo nel genere poiché, al pari del nostro ordinamento giuridico, anche nel diritto inglese il trasferimento della proprietà su tale categoria di beni può verificarsi solo al momento della loro specificazione (20). Il rispetto della *certainty of subject matter* potrebbe essere posto in discussione quando, istituiti contemporaneamente diversi trust dal disponente, risulti incerto quali beni siano destinati all'uno piuttosto che all'altro o, ancora, nei casi in cui il disponente abbia confuso i beni di sua esclusiva appartenenza con quelli destinati in trust, con la conseguenza che la pretesa dei beneficiari di ricevere i beni per sé diviene inattuabile (21).

Il terzo requisito, concernente l'identificazione dei beneficiari nell'atto istitutivo, fa da corollario al c.d. *beneficiary principle* (22), scaturito dalla sentenza del 1804 Morice v Bishop of Durban 9 Ves 399, secondo il quale “per un trust (che non sia *charitable*) si deve avere tra i beneficiari una persona, fisica o giuridica” (23). L'assunto per il quale il trustee sia obbligato verso il beneficiario comporta la necessità di individuare, in

caso di *breach of trust*, un soggetto in grado di agire per ottenere l'adempimento dell'obbligazione. Escluso il disponente, contro il trustee legittimato ad agire è il beneficiario. Ne discende che la regola della “terza certezza”, alla stregua della quale è invalido il trust del quale non sia possibile identificare i beneficiari, si fonda per l'appunto sull'esigenza di rinvenire sempre un soggetto legittimato ad agire contro il trustee. Questa è l'impostazione tradizionale di tipo processualistico-rimediale dell'ordinamento inglese; una teorizzazione più moderna, di stampo sostanzialistico, ricollega invece individuazione del beneficiario all'esigenza che debba esserci sempre un soggetto titolare di un *beneficial interest*.

Usualmente i beneficiari sono individuati dal disponente per nome, per categoria (chiusa o aperta) o in base ad altri criteri; l'identificazione può aver luogo anche in un momento successivo rispetto a quello in cui viene istituito il trust e, oltre al disponente, la scelta può essere rimessa anche al trustee o a un terzo. Nel frattempo, il trust non è nullo per violazione della terza certezza (24), ma vi è un *resulting trust* in favore del disponente o, in caso di morte di questi, dei suoi eredi (25); sussiste invece nullità “quando l'atto istitutivo identifichi i beneficiari in modo così vago che il giudice non ha gli elementi per decidere se un particolare soggetto sia o meno un beneficiario” (26).

Quando i beneficiari vengono definiti per categoria, non rilevano le sue dimensioni; per il diritto inglese, infatti, la categoria può essere anche

Note:

(19) La sentenza riguardava un lascito testamentario della signora Sprange avente ad oggetto una rendita in favore del marito Thomas, nel quale si disponeva che la parte della rendita eventualmente residua, ove non alienata o consumata alla morte del marito, dovesse essere ripartita tra il fratello e le sorelle. Il Tribunale ha riconosciuto che il marito “*was entitled absolutely to the whole sum as there was no certainty to what part of the property would be left at the widower's death*” in quanto “[...] *one could not say what property the trust was to 'bite' on and therefore uncertain*”.

(20) S. Bartoli, *Il trust*, *supra*, nota 9, pag. 185.

(21) Relativamente all'applicazione della “seconda certezza” con riferimento a beni generici, la giurisprudenza tradizionale richiede sempre l'individuazione della *species* v. Re London Wine Shippers Ltd. [1986] PCC 121; e Re Goldcorp Exchange Ltd. [1995] 1 AC 74; diversamente un orientamento più recente (Hunter v Moss [1994] 1 WLR 452; Re Harvard Securities Ltd. [1997] EWHC 37), non ritiene necessaria la specifica individuazione dei beni generici destinati in trust quando abbiano natura *intagibles*. È il caso, ad esempio, dei titoli azionari.

(22) Eccezioni al principio beneficiario non mancano nel diritto inglese e sono individuabili, oltre ai trust *charitable*, negli *honorary trusts* e nei trust c. d. collettivi.

(23) M. Monegat, “Gli elementi essenziali del trust”, in Monegat - Lepore - Valas (a cura di), *Trust, Aspetti sostanziali e di applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, I, *supra*, nota 13, pag. 88.

Note:

(24) Si rammenta, per amor di precisione, l'esistenza di una pronuncia della *Royal Court* del Jersey (In re Exeter Settlement [2010] JLR 169), che ha dichiarato, per violazione della terza certezza, la nullità di un trust in cui si era riservato al trustee il potere di designare i beneficiari successivamente all'istituzione del negozio. Tale pronunciamiento appare in realtà ambiguo in quanto, se da un lato afferma che “*In the absence of any beneficiaries, the trust was void*”, dall'altro, ammette che “*the assets were held on a resulting trust for the settlor absolutely*”, sicché non sembra corretto riconoscerle un valore completamente detrativo rispetto al ragionamento esposto nel testo. Appare concordare con questo rilievo anche M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust*, Milano, 2017, pag. 184, il quale, pur citando la pronuncia, si esprime in termini dubitativi (e non contrari) circa la possibilità di istituire trust con riserva d'*electio* regolati dalla *Trusts (Jersey) Law*”.

(25) M. Lupoi, *Atti istitutivi di trust*, *supra*, nota 23, pag. 184, afferma che: “Un beneficiario quindi esiste ed è il disponente fino a quando i beneficiari siano da lui designati e che il *resulting trust* è la diretta e necessaria conseguenza della mancata indicazione dei beneficiari e corrisponde alla volontà del disponente: è precisamente come se egli dicesse al trustee (e potrebbe anche dirlo espressamente senza che nulla cambi): fino a tanto che i beneficiari non ci sono, il beneficiario sono io”.

(26) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, *supra*, nota 2, pag. 47.

vastissima purché esista sempre un criterio secondo il quale sia sicuro che un determinato soggetto vi appartenga e quindi, il trustee sia sempre in grado di riconoscerlo come persona rientrante in quella categoria (27).

■ La decisione della Corte

L'Alta Corte della Nuova Zelanda, con una accurata analisi dei fatti di causa, giunge alla conclusione che vi sono prove sufficienti per dimostrare che, nel corso dell'esercizio della attività di *exchange* da parte di Cryptopia, "si sia istituita una serie di *express trusts* in favore dei titolari di conti per le loro rispettive risorse digitali"; ne discende, quale diretta conseguenza, una differente procedura di attribuzione dell'attivo della società ai beneficiari dei trust rispetto ai suoi creditori chirografari.

La approfondita disamina del giudice prende avvio con la verifica della sussistenza delle tre certezze. La Corte osserva che le criptovalute sono chiaramente registrate nel *database* di Cryptopia; la società ha "sempre mantenuto il suo *database*, chiamato SQL, in cui sono presenti i titolari dei conti e tutte le risorse digitali che ha controllato" per cui, in mancanza di prova evidente che indichi che Cryptopia fosse depositaria di alcuna valuta, la presenza del *database* fornisce una certezza sufficiente dell'esistenza del Fondo in trust (*certainty of subject matter*). In aggiunta, discostandosi dalla posizione assunta dal *Privy Council* nel caso *Re Goldcorp Exchange Ltd.* (28), la Corte afferma che non è di ostacolo all'istituzione del trust la circostanza che "una proprietà fungibile di una parte sia mescolata con la proprietà fungibile di un'altra in un singolo gruppo, e neppure che il contenuto di un

gruppo e l'identità dei beneficiari cambi continuamente" in quanto le criptovalute sono beni *intangibles* e, quindi, (*ex se*) sufficientemente individuati.

Nessuna incertezza sussiste, altresì, su chi siano i beneficiari dei relativi trust (*certainty of objects*). Tali sono, infatti, i titolari di conti "con saldi positivi per le rispettive valute nel *database* di Cryptopia SQL", in quanto "identificabili dall'account individuale di ciascuno dei membri" (29). Qualora, per qualsiasi ragione, i liquidatori abbiano difficoltà nell'individuare le vere identità di alcuni dei titolari di conti o nell'avere un contatto con loro, e, quindi, nel procedere alla restituzione delle relative risorse digitali, il giudice chiarisce che il sorgere di una "*evidential uncertainty*" non invalida il trust istituito nell'interesse di quei beneficiari la cui identità sia comunque dimostrata: "*evidential uncertainty does not defeat a trust*" (30). In ogni caso - precisa la Corte - l'eventuale mancata individuazione di alcuni *accountholders* da parte dei liquidatori non implica il passaggio in proprietà a Cryptopia delle relative risorse digitali quanto l'applicazione della disciplina di cui alla *Section 76* del *Trustee Act 1956* (31).

Con riferimento all'ultimo requisito, la Corte, richiamandosi a quanto espresso al riguardo in *Jacobs Law of Trusts in Australia* (32), evidenzia come Cryptopia abbia manifestato la *certainty of intention* attraverso una condotta inequivocabile: il fornire attraverso la creazione di una piattaforma *on line* un servizio di *exchange* di criptovaluta "senza assegnare ai

Note:

(29) *B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd* [2019] SGHC(1) 3, [2019] 4 SLR 17 [B2C2 (SGHC), at [143].

(30) *Re Baden's Deed Trusts*, (No 2) [1973] 1 Ch 9 (CA) a (19-20).

(31) La legge è stata sostituita dal *Trusts Act 2019*, in vigore dal 31 gennaio 2021.

(32) Con riferimento alla certezza dell'intenzione di creare un trust, JD Heydon, MJ Leeming and KS Jacobs *Jacobs Law of Trusts in Australia* (8th ed., Sydney, 2016) at [5.02] affermano "[...] *No formal or technical words are required; any apt expression of intention will do. The conclusion that the intention existed may be drawn as an inference from the available evidence. In order to infer intention, the Court may look to the nature of the transaction and the whole of the circumstances attending the relationship between the parties and known to them, including commercial necessity. If the inference to be drawn is that the parties intended to create or protect an interest in a third party and the trust relationship is the appropriate means of creating or protecting that interest or of giving effect to the intention, then an intention to create a trust may be inferred*"; ancora "[...] *It is not necessary that the creator of the trust should know that the particular relationship intended to be created is in law a trust. A trust will be created, whether or not the creator is aware of it, provided that in substance the creators actions have the legal effect of creating the relationship which is known in law as a trust* [...] *In commercial documents, there will often be no suggestion that the parties in their written instrument did not mean what they said, or said what they meant. In such cases where there is no sham or illegality, the use of language expressing a trust in terms will be effective to supply the requisite intention*".

Note:

(27) In *Re Manisty's Settlement* 1 Ch 17 1974, pag. 23: "*In my judgment, however, the mere width of a power cannot make it impossible for trustees to perform their duty nor prevent the Court from determining whether the trustees are in breach*"; allo stesso modo in *Re Hay's Settlement* [1982] 1 WRL 202; in senso contrario *Re Baden's Deed Trusts* e *MacPhail v Doulton* [1971] AC 424 (*House of Lords*), secondo le quali una categoria eccessivamente estesa impedirebbe al trustee di gestire agevolmente il trust (*administrative workability*). Concorda con tale conclusione anche M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, *supra*, nota 2, pag. 50. (28) Nello specifico *Re Goldcorp Exchange Ltd.* [1995] 1 AC 74 (*supra*, nota 20) riguardava una fattispecie di vendita di metalli preziosi (lingotti d'oro), con l'accordo che essi venissero custoditi in deposito presso l'alienante fino al momento del ritiro da parte della clientela, senza però tenerli distinti dal metallo invenduto. Questa circostanza ha portato il *Privy Council* a ritenere che i preziosi "vendute" fossero tuttora della società venditrice e che quest'ultima non potesse ritenersi trustee in favore della parte acquirente, stante la mancata individuazione del Fondo in trust e, di conseguenza, la violazione della seconda "certezza" (S. Bartoli, *Il trust*, *supra*, nota 9, 2001, pag. 183).

titolari dei conti chiavi pubbliche e private per le risorse digitali che aveva iniziato a detenere per gli stessi". Sotto questo profilo, il *database* creato dalla società dimostra la qualità di trustee in capo a Cryptopia delle risorse digitali. Infatti, un *express trust* "può sorgere ed essere provato oralmente o come risultato di una condotta [...]" anche a prescindere dalla circostanza che "il disponente o altre parti coinvolte siano consapevoli di cosa sia un trust" (33). Non è quindi inusuale la circostanza che un *express trust* possa difettare di documentazione scritta.

La Corte colloca temporalmente l'intenzione di istituire questi rapporti di trust per ciascuna (tipo) criptovaluta precisamente nelle date in cui Cryptopia ha iniziato a detenere una nuova valuta per i titolari di conti e, in ogni caso, "certamente prima del 7 agosto 2018", ovvero prima delle intervenute modifiche dei "termini e condizioni". È infatti da escludersi che la data di istituzione dei trust coincida con *the amended terms* in favore dei soli titolari di conti che vi hanno aderito; né dette modifiche hanno apportato variazioni sostanziali ai rapporti di trust, come testimoniato anche del sig. Brocket, l'ultimo direttore finanza e gestione di Cryptopia, il quale ha confermato "*that effectively there was no material change to the way the business operated that resulted from the August 2018 variation to the terms and conditions*". Le modifiche sono state apportate in automatico a tutti i titolari dei conti per le loro rispettive valute a partire dal 7 agosto 2018.

■ Spunti di riflessione dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 (34)

Appare utile, per completezza, allargare il perimetro dell'analisi della sentenza in commento anche attraverso una sua lettura comparatistica. In particolare, il quesito da porsi è se il tessuto giuridico del rapporto scandagliato in seno all'Alta Corte della Nuova Zelanda e dalla stessa, poi, qualificato nei termini di "*express trust*", risponda ai requisiti imposti dalla Convenzione dell'Aja e sia possibile quindi, sulla falsariga della fattispecie esaminata, configurare un

trust interno riconoscibile ai sensi dell'art. 11 della Convenzione medesima (35).

Come noto, l'art. 2 (36), Conv. non individua una precisa tipologia di trust, ma si limita a fornire una descrizione dei suoi elementi minimi (37) - volontà del disponente di istituire il trust, controllo dei beni sotto un trustee, perseguimento dell'interesse di un beneficiario o (anche) di un certo fine - modellando in tal modo un rapporto giuridico "aperto" conoscibile sotto il *nomen* "trust", non solo dagli ordinamenti di *common law*, ma anche da quelli di *civil law* (38). Al riguardo e per sottolineare l'applicabilità dell'istituto alle più svariate situazioni concrete, è stata coniata, acutamente, la locuzione "trust amorfo" o "*shapeless trust*" (39). Il trust amorfo attua un effetto segregativo (40) e postula l'intestazione dei beni e diritti in esso vincolati a nome del trustee (o di un *nominee*, per conto del trustee) (41), il quale viene investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del trust e delle norme della legge regolatrice (oltre che il diritto dei trust) (42), usualmente scelta dal disponente o, in mancanza, individuata in base al criterio del collegamento più stretto alla stregua dell'art. 7 Conv.

Note:

(35) Per uno sguardo di insieme riguardo agli sviluppi giurisprudenziali e dottrinali inerenti il trust interno A. Tonelli, "A trent'anni dalla Legge n. 364 del 16 ottobre 1989 di ratifica della Convenzione sulla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento: il punto sul trust interno", in *www.ilcaso.it*, 2019.

(36) Art. 2, comma 1, "*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*".

(37) È affermazione ormai consolidata che la Convenzione dell'Aja abbia natura "auto-referenziale".

(38) Proprio all'esplicito scopo di favorire una migliore comprensione della fattispecie, i redattori della Convenzione hanno evitato il ricorso a termini e concetti tipici degli ordinamenti di *common law*, tant'è che il riferimento espresso al trust quale istituto tipico creato dalle giurisdizioni di *equity* lo si rinviene unicamente nel preambolo e mai nel corpo della Convenzione. In questo senso, D.W.M. Waters (tra l'altro delegato canadese presso la Conferenza dell'Aja), "The institution of the trust in civil and common law", in *Recueil des Cours*, n. 1/1995, t. 252, pag. 215, relazione che, nell'ambito della Convenzione ogni riferimento al carattere *equitable* del diritto del beneficiario è stato "*deliberately omitted for the obvious reason that it has no ready meaning for an observer outside the common law system*".

(39) L'espressione è stata proposta per la prima volta da M. Lupoi, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, cap. IV, 1994, Milano.

(40) Art. 2, comma 2, lett. a), *the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate*.

(41) Art. 2, comma 2, lett. b), *title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee*.

(42) Art. 2, comma 2, lett. c), *the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law*.

Note:

(33) Levin v Ikiua [2010] NZCA 509, [2011] 1 NZLR 678; Pearson v Lehman Brothers Finance SA [2010] EWHC 2914 (Ch); B2C2 (SGHC); and Re Harvard Securities Ltd. (in Liquidation) [1997] 2 BCLC 369 (Ch) at 371.

(34) Ratificata con la Legge 16 ottobre 1989, n. 364, recante "Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento", adottata a L'Aja del 1° luglio 1985, ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992. L'Italia è stato il primo tra i Paesi di *civil law*, a ratificare la Convenzione.

Delineata, sia pur sinteticamente, la cornice normativa entro la quale condurre la disamina, è opportuno prendere le mosse da alcuni elementi fattuali che emergono dalla sentenza.

Cryptopia era una piattaforma *on line* che forniva un servizio di *exchange* centralizzato, con funzione di *custodian* (43): nell'interesse degli *accountholders* e, sulla base delle indicazioni e Direttive impartite da costoro, dava esecuzione agli ordini di acquisto o vendita di criptovaluta contro le altre valute ufficiali, svolgendo allo stesso tempo anche un servizio di "deposito" delle risorse digitali.

I fatti di causa fanno pensare all'individuazione di un *bare trust* o *trust nudo*, nel quale "al trustee non si chiede il compimento di alcuna attività diversa dal mantenimento dell'intestazione del bene o dallo svolgimento di compiti meramente amministrativi" (44): mancano, in sostanza, in capo al trustee le funzioni gestorie e dispositive usualmente proprie. Cryptopia, in effetti, non svolgeva altra funzione che detenere le risorse digitali a disposizione dei titolari di conti ed eseguire pedissequamente le indicazioni trasmesse (45) da questi ultimi i quali, in ogni momento, potevano porre fine al trust e ottenere l'intestazione dei beni in quanto beneficiari già individuati (*vested in possession*). In questo senso, d'altra parte, si è espressa la stessa Corte neozelandese: "As I see it here, Cryptopia essentially fulfilled the role of a bare trustee in relation to the accountholders. Cryptopias trust duties therefore were somewhat confined. Its principal role was to hold each

group of digital assets as trustee for the accountholders, to follow their instructions, and to let individual accountholders then increase or reduce their beneficial interest in the relevant trusts in accordance with the system Cryptopia had created for that purpose".

Tuttavia, un trust nudo, come quello in esame, rende quantomeno dubbia la tenuta dello strumento in base all'art. 2 della Convenzione dell'Aja, non essendo chiara la sussistenza di almeno uno degli elementi minimi necessari per il suo riconoscimento. Se è vero, infatti, che in Cryptopia è possibile riconoscere la titolarità dei beni detenuti in trust (46), è più incerto affermare che essi siano sotto il suo concreto controllo, come la Convenzione richiede, considerando che la società non esercitava alcuna funzione, al di là di un formale espletamento di compiti di verifica degli scambi e della contabilità, nonché di "mandatario" degli *accountholders* (47). Si aggiunga che Cryptopia non si esprimeva neppure in ordine alle politiche di investimento che i beneficiari intendevano attuare.

Al di là di questa osservazione, che vale più che altro come un semplice spunto di riflessione, il profilo rispetto al quale si deve concentrare maggiormente l'attenzione è l'art. 2 Conv., nel passaggio in cui dispone che un trust, per essere tale, non possa che scaturire da un atto volontario tra vivi o *mortis causa*; esso deve essere, pertanto, l'espressione della volontà di un soggetto di disporre del proprio patrimonio e di volerlo specificamente destinare. Condizione, questa, affermata in maniera ancor più chiara e tassativa dall'art. 3 in base al quale un trust, per trovare riconoscimento in Italia, deve essere "costituito volontariamente (48) e deve essere provato per iscritto".

Note:

(43) Ciò significa che la società ha mantenuto nel suo *database SQL* le chiavi private dei clienti e le gestiva su loro delega, in *custodian*, ragione per la quale i titolari dei conti non potevano di certo conoscere la chiave privata associata a una particolare moneta. Sulla attività di *trading on line* svolta da Cryptopia si rinvia a M. Giuliano, *Criptovaluta e trust* (*supra*, nota 1), pag. 381.

(44) M. Lupoi, *Trusts*, *supra*, nota 4, pag. 260 ss.; nella legislazione inglese un trust è nudo (*bare*) quando è in favore di "a beneficiary who is of full age and capacity and absolutely entitled to the property subject to the trust" (*Trustee Act 2000*, ch. 29, Section 34 (3) (a); M. Montefameglio, "Trust e mandato fiduciario", in Monegat - Lepore - Valas (a cura di), *Trust, Aspetti sostanziali e di applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, II, Torino, 2010, pag. 251, osserva che "[...] la posizione del trustee di un *bare trust* è per molti versi, simile a quella del *nominee* o del mandatario fiduciario: nessuna autonomia decisionale, obbligo di trasferimento del bene al beneficiario dietro semplice richiesta, inesistenza di alcuna discrezionalità"; analogamente, G. Semino, "L'utilizzo dei trust al fine di stabilizzare gli assetti proprietari e il governo delle società", in Monegat - Lepore - Valas (a cura di), *Trust, Aspetti sostanziali e di applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, II, Torino, 2010, pag. 16: "Il trust nudo o *bare trust* è una figura di confine con il mandato. Nel trust nudo al trustee non si chiede il compimento di alcuna attività diversa dal mantenimento dell'intestazione del bene o dallo svolgimento di compiti meramente amministrativi".

(45) Salvo che esse siano contro la legge.

Note:

(46) La società, come più volte già sottolineato, ha mantenuto nel suo *database SQL* le chiavi private dei clienti.

(47) D. Zanchi, *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2016, pag. 301, il quale aggiunge "[...] se ciò è vero emergerebbero, di conseguenza, dubbi anche in ordine della tenuta del trust a fronte di azioni dei creditori nei confronti del trustee - pignoramento presso terzi - che comunque è condizionato alla conoscenza che il creditore abbia dell'esistenza del trust così che possa aggredirlo".

(48) A. Tonelli, *A trent'anni dalla Legge n. 364 del 16 ottobre 1989 di ratifica della Convenzione sulla legge applicabile al trust ed al loro riconoscimento: il punto sul trust interno*, *supra*, nota 34. L'autrice evidenzia come "l'art. 3, che limita l'applicazione della Convenzione ai soli trust costituiti volontariamente, non significa solo, come è stato inizialmente ritenuto, che l'unico trust possibile sia quello che ha la sua fonte di un atto di libera autonomia negoziale del disponente. Significa invece riconoscere all'autonomia negoziale del disponente di poter scegliere, nell'ambito della categoria alla quale appartengono i trust espressamente istituiti (*express trust*) tutte le fattispecie per essa previste che sono segnatamente date dal trust traslativo di beni al trustee e dal trust autodichiarato".

Pertanto, al trustee, che si dichiara tale, di un trust non comprovato per iscritto non viene riconosciuta la qualifica.

Se è indubbio che nel procedimento che ha coinvolto Cryptopia sia emersa la volontà di creare dei rapporti di trust, è altrettanto innegabile come tale intenzione non risulti in alcun modo documentata; peraltro la medesima Corte afferma molto chiaramente sul punto: “*Finally, it is not unusual in a case of an express trust for there to be a lack of some documentation as is apparent with Cryptopia’s exchange platform in the present case*” e ancora “*at common law express trusts of personal property can come into existence and be evidenced orally or as a result of conduct including simply by force of the circumstances as between relevant parties*”.

Di conseguenza, in mancanza di una forma scritta che rappresenti, alla stregua dell’obbligo sancito dall’art. 11 della Convenzione, uno dei requisiti necessari (49) ai fini del riconoscimento di un trust, non può che concludersi nel senso della non riconoscibilità dell’istituto in favore di eventuali *accountholders*. Il trust non riconoscibile è giuridicamente inesistente (50): *tamquam non esset*.

Alla non riconoscibilità del trust può pervenirsi in realtà anche per altra via, ovvero con riferimento alla legge regolatrice. Nel caso *Ruscoe v Cryptopia Ltd.* (in *Liquidation*), in mancanza di un atto scritto indicante la legge applicabile, l’Alta Corte ha impiegato *de plano* il

Trustee Act 1951. Una soluzione analoga non potrebbe essere accolta in Italia, in quanto “stato - no trust” la cui legislazione non contiene, cioè, una apposita disciplina inerente al trust. Si dovrebbe, pertanto, ricorrere al criterio sussidiario del collegamento più stretto di cui all’art. 7 Conv. (51). Tuttavia, se partiamo dal presupposto che quello interno è un trust che, per definizione, si connota di un unico elemento transazionale - proprio la legge regolatrice - mentre tutti gli altri elementi rimandano all’Italia, è evidente l’ineoperatività dell’art. 7 cit., con la conclusione della inapplicabilità della Convenzione dell’Aja e quindi, dell’inammissibilità di un riconoscimento, nel nostro ordinamento giuridico, di un trust così strutturato.

Note:

(49) I. Valas, “La Convenzione dell’Aja e la legge regolatrice straniera”, in Monegat - Lepore - Valas (a cura di), *Trust, Aspetti sostanziali e di applicazione nel diritto di famiglia e delle persone*, I, Torino, 2010, pag. 53; il quale osserva che “la forma dell’atto scritto è libera e che, pertanto, ai fini della validità dell’atto istitutivo di trust non vi è alcuna necessità di una particolare sacralità quale un atto pubblico o una scrittura privata autenticata o registrata [...]”.

(50) Cass. 9 maggio 2014, n. 10105, con nota di A. Tonelli, “Certezze ed incertezze del diritto”, in www.ilcaso.it, 2014.

(51) L’art. 7, comma 2, elenca quattro circostanze di cui si deve tener conto:

- a) del luogo di amministrazione del trust designato dal disponente;
- b) della situazione dei beni del trust;
- c) della residenza o sede degli affari del trustee;
- d) degli obiettivi del trust e il luogo in cui devono essere realizzati.