

SAGGI

La nuova manifestazione di pensiero dell' Agenzia delle Entrate sulla tassazione indiretta dei trust di Gianfranco Gaffuri	121
La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza di François Barrière	124
The Nature and the Constitution of Trusts: the Scottish Law Commission's Proposals di David Hayton	135
Le società fiduciarie nel contesto delle "indagini finanziarie" nella circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E di Fabio Marchetti – Federico Rasi	138
Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all' art. 182-bis L.F. di Duccio Zanchi	155
L'affidamento nell'esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva di Ferdinando Treggiari	170
Fiducia e giurisdizione (dispacci da Guernsey) di Michele Angelo Lupoi	179

GIURISPRUDENZA ESTERA

Potere di nomina del guardiano e obbligazioni fiduciarie Cayman Islands, Grand Court, 28 luglio 2006, Re the Circle Trust, HSBC International Trustee Limited v Wong and others	187
--	-----

LEGISLAZIONE ESTERA

Inghilterra e Galles. Fraud Act 2006	198
Pennsylvania. Uniform Fiduciaries Act	202
Bahamas. Purpose Trusts Act 2004	205

PRASSI ITALIANA

Tassazione del reddito di un trust istituito per agevolare un concordato preventivo	209
Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione	211

PRASSI ESTERA

Il regime fiscale dei trust in Svizzera	221
---	-----

PER I SOCI DELL'ASSOCIAZIONE "IL TRUST IN ITALIA"
È PREVISTA LA RIDUZIONE DEL 50% SUL PREZZO
DELL'ABBONAMENTO ANNUALE

Le attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

Comitato scientifico
Sergio M. Carbone, Ugo Carnevali, Giorgio De Nova,
Augusto Fantozzi, Andrea Fedele, Franco Gallo, Antonio
Gambaro, David Hayton, Nicolò Lipari, Fabio Marchetti,
Antonio Palazzo, Victor Uckmar, Gustavo Visentini

Coordinamento redazionale
Elisa Barla De Guglielmi (Università degli Studi di
Genova), Lucia Frascarelli (Assofiduciaria), Roberta
Grandona (Università degli Studi di Genova)

REDAZIONE
Valentina Ceccoli, Cristina Orsenigo

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsosa

FOTOCOPOSIZIONE
ABCCompos S.r.l.
20089 Rozzano (MI) - Via Pavese, 1/3 - Tel. 02/57789422

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
licenziato per la stampa il 27 febbraio 2008

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Trusts

IPSOA Redazione

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.018 - telefax (02) 82476.883

Pubblicità:

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti
ITALIA
Abbonamento annuale: € 250,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 500,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

Istituto di diritto privato
Via Balbi, 22 - 16126 Genova
Tel. (010) 2099896 - Fax (010) 267244
e-mail: rivistatrusts@unige.it

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

scrivere o telefonare a:

Ipsosa Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WVKI s.r.l.
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
oppure

- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 57,50

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è
comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per
gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R.
26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive
modificazioni e integrazioni

Egregio abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003 n. 196, La informiamo che i Suoi dati sono conservati nel data base informatico del titolare del trattamento, Wolters Kluwer Italia S.r.l. Responsabile del trattamento: Ufficio MID. L'elenco aggiornato di tutti i responsabili del trattamento potrà essere richiesto per iscritto all'Ufficio MID presso la sede della società. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Ufficio MID, Milanofiori, Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI).

La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia delle Entrate sulla tassazione indiretta dei trust

di **Gianfranco Gaffuri**

L'Agenzia delle Entrate, con la propria circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, enuncia importanti indicazioni circa il regime fiscale indiretto applicabile ai trust, ma non senza suscitare perplessità.

■ Inquadramento della Circolare n. 3/E

Con la Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008(1), concernente la rinnovata imposta di successione e donazione, l'Agenzia delle Entrate è ritornata, in un breve paragrafo, sul tema del trust e della sua soggezione al tributo in questione, già esaminato, più estesamente, nella circolare n. 48/E del 6 agosto 2007(2). Questo accanimento gerarchicamente (ma non solo) didascalico sembra denunciare insicurezza esegetica e l'intento di superarla, ribadendo, con qualche lieve aggiustamento tematico, le idee già espresse.

La nuova circolare dell'Agenzia, con specifico riguardo ai vincoli di destinazione – trattati nel capitolo 5 – ed ai trust, ricondotti a questa fattispecie, merita un breve commento.

L'autrice della circolare distingue esattamente i vincoli di destinazione con effetti traslativi da quelli che generano solo l'isolamento giuridico dei beni, cui attiene il vincolo, e l'obbligo di sfruttarli (o di sfruttarne le rendite) per i fini prescelti con l'atto istitutivo.

L'Agenzia indica, in proposito, taluni esempi, suscitando anche qualche sorpresa e qualche perplessità.

È considerata – del resto incontrovertibilmente – vincolo non traslativo (o non preordinato ad un trasferimento futuro, ma certo) la destinazione di capitali o beni ad uno specifico affare, compiuta da una società ai sensi dell'art. 2447 bis del codice civile.

A giudizio dell'Agenzia, sono, invece, atti che,

imponendo un obbligo teleologico, determinano anche l'acquisizione effettiva del diritto reale sul bene, il negozio fiduciario, e altresì la costituzione di un fondo patrimoniale, se l'atto costitutivo preveda il trasferimento ad un coniuge di beni appartenenti all'altro o l'intervento di un terzo che ceda beni agli stessi coniugi.

Stupisce – se mi è consentita questa digressione – che l'Agenzia attribuisca con perentorietà al negozio fiduciario natura traslativa, rilevante per l'imposta. Da un canto, infatti, l'intestazione del bene al terzo, cui il fiduciante si affida, è meramente strumentale per dare concretezza al fine specifico dell'istituto, e non implica alcuna effettiva spogliazione; dall'altro quel negozio peculiare non è affatto preordinato all'arricchimento altrui.

Tuttavia, nonostante queste discutibili esemplificazioni, l'Agenzia conclude affermando, condivisibilmente, che l'imposta di successione e donazione – il cui oggetto comprende, in virtù della novella legislativa, anche i vincoli (liberali) di destinazione – si applica solo a quelli che provochino effetti traslativi.

■ Applicabilità dell'imposta di donazione al trust

Dopo questo inquadramento preliminare, l'Agenzia affronta il problema fiscale del trust, nell'ipotesi in cui, naturalmente, sia manifestazione di un intento munifico.

Ma, incoerentemente, l'Agenzia sembra mutare le sue precedenti impostazioni ideologiche.

.....
Gianfranco Gaffuri – Professore ordinario dell'Università di Milano.

Note:

(1) *Infra*, 211.

(2) In questa Rivista, 2007, 630.

Si legge nella circolare che “la costituzione di beni in trust rileva in ogni caso” (si badi), “ai fini dell’applicazione dell’imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust”. Così prosegue, poi, l’autrice dell’atto burocratico d’indirizzo: “Pertanto, anche nel trust auto-dichiarato, in cui il settlor assume le funzioni di trustee, l’attribuzione dei beni in trust, pur in assenza di formali effetti traslativi, deve essere assoggettata all’imposta sulle successioni e donazioni”.

Si aggiunge – e mi rammarico di essere costretto a queste non esigue trascrizioni, peraltro utili a svelare il *revirement* intellettuale, almeno parziale, dell’Agenzia – che la precedente affermazione “trae giustificato motivo dalla natura patrimoniale del conferimento in trust nonché dall’effetto segregativo che esso produce sui beni conferiti indipendentemente dal trasferimento formale della proprietà e, da ultimo, dal complessivo trattamento fiscale del trust che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari”.

Quantunque il pensiero dell’Agenzia, come ho riferito, muova dalla distinzione corretta tra le destinazioni di natura puramente obbligatoria e quelle con effetti traslativi – le uniche alle quali si addice il prelievo indiretto – a proposito del trust, invece, il vincolo diviene, in ogni caso ed inaspettatamente, evento imponibile, anche nell’ipotesi in cui quell’effetto non è rintracciabile.

Si consideri l’ipotesi di un trust, più spesso auto-dichiarato, nella cui carta istitutiva sia prevista la sola elargizione dei frutti ai destinatari, con la restituzione del patrimonio, ad esaurimento del vincolo di destinazione, al disponente o ai suoi eredi. In questo caso manca, anche previsionalmente, il trasferimento significativo, che è l’attribuzione del fondo patrimoniale ai beneficiari, identificati individualmente o indirettamente, con il perseguimento del fine istituzionale del trust che consista anche nell’assegnazione progressiva del patrimonio a loro vantaggio.

In definitiva, l’accadimento imponibile non è affatto la semplice segregazione dei beni, che deriva dalla istituzione del vincolo teleologico (e, paradigmaticamente, dall’istituzione del trust, al quale, comunque, i beni sono ceduti), ma dalla devoluzione prospettica a un terzo, destinatario del bene già vincolato a questo scopo.

Per giunta, anche l’assunto accolto dall’Agenzia – secondo il quale l’operazione istitutiva del trust,

nonostante la sua articolata suddivisione in segmenti giuridicamente apprezzabili, è unitaria e deve essere considerata in questa sua organica compattezza – presuppone un trasferimento liberale e vantaggioso per i destinatari ultimi (se, naturalmente, la gestione del trustee sia stata oculata e conservatrice).

Occorre ribadire con forza che nella vicenda complessiva, cui dà origine la istituzione del trust, l’assoggettamento all’imposta sugli atti gratuiti presuppone ed implica un evento traslativo finale, che riguardi i beni già confluiti nel trust o, quanto meno, una destinazione vincolata dei beni a vantaggio di altri, con la totale spogliazione del disponente.

■ Il momento impositivo individuato dalla Circolare

L’Agenzia conferma inoltre un indirizzo interpretativo, già manifestato con la circolare precedente (la n. 48/E del 6 agosto 2007). L’Amministrazione finanziaria ritiene che il momento impositivo – nel quadro, per la scrivente, di una fattispecie qualificata da un effetto traslativo – sia costituito dall’atto col quale il disponente o un terzo, mosso da intenti magnanimi, ceda beni per l’approvvigionamento patrimoniale della nuova entità.

Nella circolare l’anticipazione è giustificata con riguardo “alla natura patrimoniale del conferimento in trust”, nonché con l’effetto segregativo prodotto da questo e, infine, dal “complessivo trattamento fiscale del trust che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari”.

Non sono considerazioni persuasive:

- innanzitutto il contesto patrimoniale dell’attribuzione di beni al trust non è, in sé, significativo, se è considerato isolatamente, poiché occorre individuare il vantaggio futuro che consegue a questo evento;

- anche l’effetto segregativo, di per sé, non è elemento adeguato a fondare una pretesa fiscale, giacché si tratta di una misura puramente strumentale che deve risolversi in un arricchimento futuro;

- infine il riferimento alla ritenuta intassabilità del trasferimento ai beneficiari è, nella sostanza, una petizione di principio.

In realtà la nota antitesi storica tra coloro che individuano nel conferimento al trust l’evento imponibile e gli interpreti che lo identificano con l’assegna-

zione del fondo patrimoniale ai beneficiari, non è risolto dalla circolare(3).

I primi espongono, a sostegno della loro opinione, molteplici considerazioni che sintetizzo:

- innanzitutto una essenziale unicità caratterizza la vicenda riguardante l'istituzione del trust, nella quale l'intento liberale si manifesta, assumendo piena rilevanza giuridica, già con l'attribuzione di beni all'entità novella, destinata in forza di un vincolo tassativo alla futura, ma programmaticamente certa, elargizione ai beneficiari. Anche nell'ipotesi di trust revocabile, quella certezza esiste allo stato, in attesa di un eventuale disfacimento;

- l'anticipazione del prelievo al momento in cui si costituisce l'impegno giuridico, rispetto alla sua materiale esecuzione, non è sconosciuta al nostro ordinamento giuridico ed è richiesta dall'allargamento del presupposto imponibile, che comprende ora i vincoli liberali di destinazione, preordinati ad un futuro trasferimento a terzi beneficiari;

- l'allontanamento tra la manifestazione attuale dell'intento liberale, che si concreta nella costituzione del vincolo, ed il suo mero compimento può essere eccessivo: secondo l'art. 2645 *ter* cod. civ. il vincolo può durare anche novant'anni.

Di contro i sostenitori della tesi, per la quale l'anticipazione non è conforme ai principi, sostengono che:

- il principio di capacità contributiva, che è un perentorio criterio di interpretazione ed applicazione delle norme, esige la contestualità fra il prelievo tributario e l'arricchimento reale del beneficiario;

- la semplice programmazione di un atto liberale, quantunque sia giuridicamente impegnativa, non è e non può essere ancora l'evento cui la norma impositiva, secondo la sua *ratio*, fa verosimilmente riferimento.

Ma soprattutto, nei suoi ultimi approdi e nelle sue espressioni più evolute, la dottrina che si oppone ad una generalizzata anticipazione del prelievo rispetto alla conclusione positiva della vicenda, tende a distinguere tra le diverse, innumerevoli ipotesi di trust. Ritiene che il caso di trust, con beneficiari già singolarmente individuati, debba essere distinto da quello in cui la vicenda liberale non è affatto definita, quando l'operazione si avvia in concreto con il riempimento patrimoniale del trust.

Evoco, in termini astratti e per grandi linee, qualche fattispecie ipotetica, a titolo esemplificativo (giacché una casistica non è possibile): si immagini dunque che l'atto costitutivo del trust preveda:

- categorie omogenee di beneficiari dei quali, peraltro, non si conosce, allo stato, il numero e quindi si ignori la consistenza delle quote individuali di patrimonio spettanti: si pensi al caso di destinatari composti da discendenti già nati, ma anche da nascituri;

- beneficiari appartenenti a due (per semplificare) categorie parentali, soggette a prelievi quantitativamente diversi, l'una delle quali riceverà, secondo le carte statutarie, il patrimonio residuo, prioritariamente destinato a sovvenire e mantenere, non solo con il reddito, ma anche con liquidazioni del fondo, il primo beneficiario.

La dottrina, avversa ad una generalizzata anticipazione del prelievo, afferma, con molto vigore, che nell'ipotesi in cui la fattispecie non sia ancora conclusa – come si è cercato di esemplificare – la gravità fiscale debba essere procrastinata fino al consolidamento del quadro fattuale, quando cioè i parametri soggettivi di riferimento non siano più suscettibili di evoluzioni.

Si potrebbe opinare peraltro, accedendo, in linea astratta, all'altro indirizzo interpretativo, che nelle ipotesi predette la definizione successiva dello stato di fatto e giuridico generi la necessità di un adeguamento retroattivo della tassazione già avvenuta, anche mediante dichiarazioni integrative del contribuente.

Io ho sostenuto, in passato, la tassazione immediata degli atti con i quali sono conferiti al trust i beni da destinare allo scopo istituzionale ed all'elargizione in favore dei beneficiari: il mio animo è pervaso, oggi, da fremiti d'incertezza, che risolverò con l'esercizio di meditazioni serene e pacate, fuori dal brusio dell'attualità.

Tuttavia – per ritornare al tema precipuo di queste note – le argomentazioni contenute nella circolare ultima dell'Agenzia non sono tali da rafforzarmi negli antichi convincimenti.

Nota:

(3) Nel Regno Unito, culla del trust, il tributo per quelli discrezionali è prelevato, una prima volta, alla istituzione del fondo patrimoniale segregato; poi, a determinate scadenze temporali, durante la vita del trust; infine all'atto in cui i beni sono devoluti ai beneficiari, con aliquota di particolare elevatissima. Si vedano sull'imposizione dei *discretionary trusts*, secondo l'Inheritance Tax Act, 1984, A. J. Oakley, Parker and Mellows, *The Modern Law of Trusts*, VIII ed., Londra, 2003, p. 644 e p. 646 s.; E. H. Burn – G. J. Virgo, Maudsley - Burn, *Trusts and Trustees. Cases and Materials*, VI ed., Londra, 2002, pp. 646 e 660, ss.; R. Pearce – J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, IV ed., Oxford, 2006, p. 149. Le reazioni isteriche del popolo italiano nei confronti della relativamente modesta tassazione nostrana sono fuori luogo.

La legge che istituisce la fiducia: tra equilibrio e incoerenza

di François Barrière

La legge n. 2007-211 del 19 febbraio 2007 istitutiva la “fiducie” dovrebbe rendere la figura del diritto francese preferibile rispetto al trust anglosassone. Occorre tuttavia riconoscere che il testo adottato è ben lontano dalla proposta di legge originale. Al di là di un’apparente coerenza del testo, vanno evidenziati alcuni aspetti negativi.

L’origine della legge

«Potete scegliere tranquillamente un amico fidato di vostra moglie, al quale lasciare per testamento, in buona forma, tutta la quota disponibile, e questo amico poi gliela restituirà», suggerì il notaio Bonnefoy ad Argante. Così come già Molière(1) lo descriveva, il meccanismo fiduciario è utilizzato da tempo – meccanismo che, secondo il modo riassunto, implica il trasferimento dei diritti patrimoniali da una persona (il costituente) ad un’altra (il fiduciario), con l’obbligo di effettuare una determinata attribuzione a vantaggio di un beneficiario.

Conosciuta ai tempi di Roma, la fiducia scomparve quando non seppe più offrire tutela sufficiente agli interessi in gioco. In Inghilterra, al contrario, il trust, strumento simile sotto certi aspetti, si sviluppò durante il Medioevo per opera della giurisprudenza, continuando da allora il suo incessante cammino. Si sono dovuti attendere tempi più recenti perché in Francia(2) questa bella addormentata, qual è la fiducia, uscisse dall’ombra, soprattutto a causa della concorrenza del trust anglo-americano nei confronti del sistema giuridico francese, il quale non prevede un equivalente(3). La prassi ha caldeggiato uno strumento simile, evidenziando proprio questa mancanza di competitività del sistema francese.

La legge che istituisce la fiducia

Dopo vari tentativi infruttuosi della prima metà degli anni 1990, una proposta di legge dell’8 febbraio

2005, su iniziativa del senatore Marini, ha rimesso all’ordine del giorno questa fantomatica figura del diritto francese. La proposta, che è diventata la legge n° 2007-211 del 19 febbraio 2007(4), istituisce un nuovo titolo nel codice civile (titolo XIV, Della fiducia). Benché la discussione nell’emiciclo sia stata breve, la legge come è stata votata risulta profondamente rimaneggiata rispetto al testo originale.

La fiducia, equivalente del trust anglo-americano

Questa legge permette così alla fiducia di uscire dall’ombra in cui era immersa, per metterla sotto una luce peraltro un po’ flebile. Senza dubbio l’istituto designato(5) risponde alla definizione di trust contenuta nell’art. 2 della Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile al trust e sul suo riconoscimento. In primo luogo va detto che i beni «costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio» del fiduciario-trustee. In secondo luogo, che «il titolo relativo ai beni» della fiducia o del trust è in-

.....
François Barrière - Maître de conférence all’Università Pantheon-Assas (Paris II).

Questo testo costituisce traduzione a cura di Valentina Bertorello del contributo pubblicato in JCP éd. E - La Semaine Juridique Édition Entreprise Et Affaires, 2007, 2053. Ringraziamo l’Autore e l’Editore LexisNexis France per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

Note:

(1) Il malato immaginario, Atto I, Scena VII, in Théâtre complet, vol. 5, presentazione e note di P. Maladin, Imprimerie Nationale, 1999, p. 271 s.

(2) Cl. Witz, La fiducie en droit privé français, Economica, 1981, préf. D. Schmidt.

(3) F. Barrière, La réception du trust au travers de la fiducie, Litec, coll. Bibliothèque de droit de l’entreprise, 2004, préf. M. Grimaldi.

(4) In questa Rivista, 2007, 469 [n.d.r.].

(5) L’articolo 2011 del Codice civile dispone che: “la fiducia è l’operazione con la quale uno o più disponenti trasferiscono dei beni, diritti o garanzie, ovvero un insieme di beni, diritti o garanzie, presenti o futuri, a uno o più fiduciari che, tenendoli separati dai loro patrimoni personali, agiscono entro uno scopo determinato a favore di uno o più beneficiari”.

testato a nome del fiduciario-trustee. Infine, che il fiduciario-trustee è «investito del potere e gravato dell'obbligazione, di cui deve rendere conto, di amministrare, di gestire o di disporre dei beni secondo i termini» dell'atto di trust o del contratto di fiducia e delle norme specifiche imposte dalla legge. In tal modo, questa legge offre – apparentemente – uno strumento rispondente alle caratteristiche principali dell'istituto con cui vuole competere: il trust anglo-americano.

L'esclusione delle persone fisiche dal novero dei disponenti

Ma il suo campo di applicazione è severamente ristretto. Restrizioni, tanto per cominciare, quanto alle persone che possono essere implicate. Possono istituire una fiducia unicamente gli enti morali soggetti all'imposta sulle società. Le persone fisiche dunque non potranno istituire fiducie, mentre il regime di neutralità fiscale e l'interdizione della fiducia-liberalità erano sufficienti a fugare ogni timore di eventuali frodi fiscali.

Esclusione anche più sorprendente dato che, ancora prima della pubblicazione della legge sulla Gazzetta Ufficiale, un'estensione del diritto di istituire fiducie a favore delle persone fisiche veniva discussa nell'ambito dei progetti di legge sulla riforma della tutela giuridica degli incapaci.

Questa esclusione comporterà un serio pregiudizio in quanto si conosce l'utilità pratica che uno strumento di gestione patrimoniale, come la fiducia, rappresenterebbe per soggetti "vulnerabili", ovverosia le persone anziane, handicappate o malate, che sarebbero liberate dalla gestione dei loro beni, ma ne conserverebbero ogni beneficio.

La restrizione della funzione del fiduciario ai soli istituti bancari

La restrizione relativa al fiduciario consiste nel limitare tale funzione ai soli istituti bancari – come in Lussemburgo; se è comprensibile la preoccupazione di riservare questa funzione a figure già soggette all'obbligo di dichiarare ogni sospetto di riciclaggio di capitale, non altrettanto lo è l'esclusione di altre categorie professionali (come avvocati e notai), a quest'obbligo ugualmente sottoposte.

La parvenza di un'applicazione generalizzata

Questa timidezza si trova anche nella varietà di

applicazioni che potrà avere la fiducia. Di sicuro la definizione di fiducia prevista dall'articolo 2011 del Codice civile ne fa un meccanismo astratto e polivalente, che non svela tutte le sue utilità pratiche. Si disegnano due principali tipologie di fiducia: quella in cui il fiduciario avrà l'incarico di gestire i beni (fiducia-gestione) e quella in cui custodirà i beni vincolati fiduciarmente a garanzia di un debito (fiducia-garanzia). In apparenza, le applicazioni della fiducia possono essere particolarmente estese. La fiducia-gestione può essere infatti anche a favore del disponente: egli può trasferire fuori del suo patrimonio certi beni affinché siano gestiti a suo beneficio – questo è uno degli impieghi più frequenti nel trust. Ma beneficiario della fiducia-gestione può essere anche il fiduciario stesso(6), cosa che è più sorprendente, dato che il fiduciario si trova così a gestire un patrimonio a suo beneficio prima che sia trasferito nel suo patrimonio personale (e quindi prima che diventi aggredibile dai suoi creditori sorti fuori dalla gestione fiduciaria)(7). La fiducia-garanzia ha come vantaggio fondamentale l'esclusività della proprietà del bene in capo al fiduciario e, dal momento dell'istituzione di tale garanzia, l'assenza di concorso con i creditori del disponente. La fiducia-garanzia potrà inoltre essere istituita per conto del fiduciario, che così ne sarà al tempo stesso beneficiario, nonostante gli eventuali conflitti d'interesse che questo cumulo di ruoli potrà generare.

I limiti alla generalità delle applicazioni

La generalizzazione delle possibili applicazioni non deve essere estremizzata. La fiducia-liberalità è infatti espressamente vietata. In materia di fiducia-gestione è previsto che solo le attività, e mai i debiti, potranno essere oggetto di trasferimento al fiduciario, con ciò escludendo il ricorso alla fiducia-gestione per operazioni di dismissioni.

Il trasferimento di crediti non può essere opposto in forma semplificata, previsione, questa, che dovrebbe di fatto escludere il ricorso alla fiducia come

Note:

(6) Dato che soltanto gli istituti bancari possono essere fiduciari, non è detto che questa possibilità sarà così frequente in pratica.

(7) La frode ai diritti dei creditori dovrà essere sanzionata laddove dimostrata, ma questo rischio, per sua natura, non sembra diverso da quello che può sorgere con la creazione di una filiale a cui si trasferiscano determinati beni.

strumento di cartolarizzazione(8). L'esercizio della funzione fiduciaria da parte di soggetti bancari dovrà svolgersi nel rispetto del loro consenso. In pratica la gestione fiduciaria rischia di essere limitata da quello che le banche accetteranno di fare o potranno fare (si fatica a immaginare, per esempio, il trasferimento di merci voluminose a un banchiere con esproprio, oppure un banchiere fiduciario di attività industriali). La legge non vieta affatto la fiducia-garanzia, ma, tacendo quanto alla sua realizzazione, di certo non ne favorisce l'avvio. Inoltre, le fiducie-garanzia innominate, che le banche già praticano(9), presumibilmente saranno sempre preferite rispetto a quelle previste dalla legge 2007-211.

Se la legge votata ha cercato di conservare l'equilibrio proposto dal progetto originario (I), essa ha peraltro integrato alcune modifiche che la rendono meno coerente (II).

■ I. L'equilibrio della legge che istituisce la fiducia

Sotto certi aspetti, la legge che istituisce la fiducia procede secondo una logica equilibrata (A), anche se l'impressione è che alcuni concetti fondamentali ne risultino stravolti (B).

A. La logica evidente

Tra formalismo e libertà contrattuale

La legge che istituisce la fiducia ha dovuto trovare innanzitutto la giusta misura tra formalismo e rinnovamento contrattuale. La fiducia prenderà vita necessariamente in forza di un contratto posto per iscritto, contenente alcune indicazioni obbligatorie (cod. civ. art. 2018) e dovrà essere registrato (cod. civ. art. 2019), al fine di evitare rischi di antedatatura e per fornire elementi utili in caso di controllo. Ma, al di là di questo, il contratto potrà prevedere molto liberamente come realizzare l'affidamento al fiduciario, poiché i diritti trasferiti possono essere finalizzati, alternativamente o cumulativamente, a scopo di gestione o di garanzia.

Il rispetto dell'ordine pubblico

Questa legge si è inoltre preoccupata dell'esigenza che la fiducia – sulla quale taluni nutrono più di un

sospetto – rispetti l'ordine pubblico, ovverosia che essa, come ogni altro istituto, non costituisca un mezzo per aggirare norme fondamentali. Alcune disposizioni vanno in questa direzione. Da qui, per esempio, deriva il limite temporale di durata massima del contratto di fiducia (33 anni) per evitare il rischio di inalienabilità dei beni e per limitare il pregiudizio alla libera circolazione della ricchezza. Da qui, allo stesso modo, la presunzione dell'azione di concerto tra fiduciario e disponente-beneficiario (cod. com., art. L. 233-11, 5°), per garantire la trasparenza e l'informazione dei mercati finanziari, evitando partecipazioni occulte del disponente in società quotate per il tramite del fiduciario.

Più in generale, oltre alla disposizione della legge, la fiducia non potrà eludere norme imperative applicabili alle materie interessate. Nel diritto delle società, ad esempio, sarà sanzionata ogni fiducia istituita al solo scopo di aggirare le norme di partecipazione societaria. Più in generale, le società che istituiranno delle fiducie dovranno farlo nel rispetto dell'interesse e dell'oggetto societari.

D'altra parte, invano si obietterà che la fiducia reca pregiudizio alle norme sul fallimento: non si vede dove il titolo di proprietà trasferito a titolo di garanzia sia per sua natura più criticabile del titolo di proprietà trattenuto a titolo di garanzia, la clausola di riserva della proprietà.

La lotta alle frodi

La volontà di equilibrio della legge si trova ugualmente nell'attenzione posta a contrastare il riciclaggio di capitali. Per questo l'ufficio di fiduciario è riservato solo a certi organi finanziari (cod. civ. art. 2015), già esperti di controllo di flussi finanziari e già gravati dell'obbligo di dichiarare ogni sospetto all'autorità competente.

La lotta alla frode fiscale chiarisce che il disponente deve risiedere in uno stato della Comunità europea, ovvero in uno stato che abbia concluso con la

Note:

(8) V. *infra*, "La mancanza di aggiornamento di alcune disposizioni".

(9) Secondo l'articolo L. 431-7-3 del Codice monetario e finanziario possono essere trasferiti in piena proprietà "valori, strumenti finanziari, effetti, crediti, contratti o somme di denaro" in garanzia delle loro obbligazioni finanziarie. Questo trasferimento di proprietà a titolo di garanzia è una forma di fiducia non espressamente riconosciuta come tale dalla legge.

Francia una convenzione fiscale relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni, contenente una clausola di assistenza amministrativa per la lotta alla frode o all'evasione fiscale. Il testo mira a evitare, più in generale, l'evasione fiscale: nonostante il trasferimento giuridico del suo bene al fiduciario, a fini fiscali il disponente si considera ancora titolare dei diritti trasferiti fiduciariamente. In tal modo è garantita anche la neutralità fiscale.

Senza dubbio il divieto della fiducia-liberalità, ovvero il ricorso alla fiducia come mezzo di trasferimento a titolo gratuito, ha permesso che il testo fosse adottato senza il veto del ministro dell'Economia.

Il registro nazionale delle fiducie fornirà un'utile base di informazioni alle amministrazioni che intendano effettuare determinate verifiche. Più precisamente, l'amministrazione fiscale beneficia di un diritto di controllo e di comunicazione, e potrà così reclamare qualunque "documento relativo al contratto di fiducia" che interessi ogni soggetto direttamente coinvolto (disponente, fiduciario, beneficiario), oltre ogni altro soggetto che eserciti un potere di decisione collegato alla fiducia. La dichiarazione di esistenza della fiducia all'amministrazione fiscale permetterà a quest'ultima di venire a conoscenza della sua istituzione e di procedere così ai controlli che reputerà opportuni. L'intervento di un commissario contabile è previsto nella stessa ottica di approntare una tutela, poiché la sua funzione prevede il controllo e la notifica alla Procura della Repubblica degli eventi delittuosi di cui viene a conoscenza.

La protezione dei creditori

Con il trasferimento dei diritti del disponente al fiduciario, i creditori sono esposti a rischi. Analizziamo di seguito i principali casi di rito e le tutele previste.

I creditori del disponente

I creditori del disponente, ai quali la fiducia riduce la componente attiva della loro garanzia, saranno protetti nel caso in cui la fiducia pregiudichi i loro diritti. Se istituita in frode ai loro diritti, la fiducia potrà essere attaccata su questo punto (cod. civ. art. 2025, al. 1) attraverso un'azione revocatoria, di cui all'articolo 1167 del Codice civile. Istituita in un momento sospetto, ovvero dopo la cessazione dei pagamenti, ma prima dell'apertura di un procedi-

mento concorsuale, la fiducia è nulla (cod. com. art. L632-1, al. 2)(10) Resta inalterata la posizione dei creditori titolari di un diritto di sequela. In realtà, il destino dei creditori del disponente non differisce particolarmente nel caso di un trasferimento fiduciario di beni dal caso di una vendita: i beni comunque non fanno più parte della massa su cui insiste il diritto dei creditori.

I creditori personali del fiduciario

La situazione del patrimonio fiduciario può indurre i creditori personali del fiduciario a credere che egli sia solvibile anche qualora non lo sia. Ma, dato che l'ufficio di fiduciario è riservato alle banche, questo problema di fatto non dovrebbe sorgere. La tenuta della contabilità personale separata da quella fiduciaria fornirà in ogni momento un mezzo per distinguere le attività in discussione.

Gli aventi causa del fiduciario

Gli aventi causa del fiduciario, i terzi contraenti con il fiduciario nella sua qualità, potranno subire il rischio del suo eccesso di potere. L'articolo 2023 del Codice civile li tutela ponendo la presunzione di potere del fiduciario. In tal modo le conseguenze dell'eventuale eccesso di potere da parte del fiduciario non potranno essere opposte a questi soggetti. Essi saranno dunque dispensati dal verificare i poteri del fiduciario. Ciò agevolerà intanto gli scambi commerciali, offrendo una protezione ai terzi che non potrebbero altrimenti essere certi che il fiduciario agisca conformemente all'oggetto della fiducia. Questa presunzione è logica: non spetta al terzo – estraneo alla fiducia – sostenere le conseguenze dell'eccesso di potere del fiduciario, ma al disponente.

L'informazione dei creditori sarà garantita anche dall'obbligazione imposta al fiduciario di declinare il suo ufficio, così come la menzione della titolarità dei suoi diritti e qualifiche, dato che il loro cambiamento è soggetto a pubblicità (come ad esempio il registro immobiliare).

Nota:

(10) La genericità della disposizione determina comunque qualche difficoltà, cfr. *infra*, "La nullità automatica di ogni fiducia istituita in periodi sospetti".

B. L'apparente ribaltamento

Proprietà e patrimonio

Apparentemente la legge che istituisce la fiducia ribalta due concetti fondamentali del diritto civile: la proprietà e il patrimonio. In realtà questo cambiamento non è così radicale come sembra.

La contestazione della proprietà fiduciaria

Innanzitutto vediamo la proprietà. Dimenticata per lungo tempo, e prima di arrivare al voto della legge istitutiva, la fiducia è stata anche contestata e alterata, poiché si tendeva a respingere l'idea della proprietà fiduciaria. Alcune forme di fiducia-gestione, in forza della quale il disponente trasferisce la proprietà dei suoi beni a un fiduciario, sono state così ridotte ad altri istituti. Ad esempio, il legislatore ha rifiutato di qualificare alcuni meccanismi come alienazioni fiduciarie, preferendo ricorrere al termine mandato, forzando così l'essenza di questo istituto.

Allo stesso modo, il fondo comune di investimento si è basato inizialmente su un "mandato" concesso al fondo in uno stato di indivisione da risparmiatori in comproprietà, senza che i "mandanti" conservino alcuna prerogativa, contrariamente a quanto previsto dal mandato del Codice civile, e con una comunione sottratta alle norme di diritto civile.

Istituto più di recente, il mandato postumo è conferito da un soggetto che non sarà più proprietario dei beni nel momento in cui il mandato inizierà ad essere effettivo, e che sottrae al precedente proprietario il potere di amministrare da allora il bene⁽¹¹⁾ – mentre un mandante di diritto comune non decade dalle sue prerogative.

La giurisprudenza, dal canto suo, prima aveva ridotto la fiducia-garanzia a un *nantissement* con patto commissorio⁽¹²⁾, poi ha riqualificato come *nantissement* il trasferimento della titolarità di un credito a titolo di garanzia⁽¹³⁾.

Questi declassamenti sono contestabili: negano il trasferimento di proprietà, e mentre il cosiddetto "mandato" esiste senza che il mandante conservi la titolarità dei diritti, la pretesa "garanzia" implica un trasferimento del titolo di proprietà secondo la volontà delle parti. Il trasferimento del titolo proprietario può essere anche escluso con patto separato, secondo i giudici⁽¹⁴⁾, ma l'intenzione del disponente non è di concedere al fiduciario una proprietà simu-

lata, né di mettere in atto un'operazione simulata con due atti contraddittori.

Queste difficoltà ad ammettere la realtà della proprietà fiduciaria sono dovute senza dubbio alla peculiarità della situazione, per la quale un soggetto riceve una frazione del titolo proprietario spettante al proprietario originario.

Il riconoscimento della proprietà fiduciaria

La legge che istituisce la fiducia riguarda unicamente il trasferimento di diritti, senza qualificare il diritto di proprietà ricevuto dal fiduciario. È un'omissione che si fa sentire laddove si osservino i declassamenti operati dalla giurisprudenza francese, ma anche le difficoltà che altri sistemi di diritto hanno incontrato sulla questione, in particolare il diritto del Québec. Sarebbe stato concettualmente più complesso mantenere la formulazione originale dell'articolo della proposta di legge, che prevedeva testualmente la "proprietà fiduciaria". Nondimeno, il fiduciario diventa proprietario a pieno titolo⁽¹⁵⁾ in forza del trasferimento del diritto attuato dal patrimonio del disponente al patrimonio del fiduciario.

La proprietà di cui all'articolo 544 del Codice civile diventa tuttavia una proprietà modellata in base

Note:

(11) La legge del 23 giugno 2006 che modifica la disciplina sulle successioni e le liberalità ha istituito questo "mandato" allo scopo, secondo la relazione dei motivi, di "rispondere ai bisogni che soddisfaceva, in altri paesi, la fiducia successoria". Qualificandolo come fiducia: M. Grimaldi, *Le mandat à effet posthume*, Répertoire du Notariat Défrénois, art. 38509, n. 5; Id., *Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités*, D., 2006, 2551, n° 4.

(12) Civ. 1°, 8 luglio 1969, *Journal de droit international*, 1970, 916 (nota J. Derrupé); *Revue critique de droit international*, 75 (nota Ph. Fouchard).

(13) Com. 19 dicembre 2006, *Recueil Dalloz*, 2007, 344 (nota Ch Larroumet); *Juris Classeur Périodique*, entreprise et affaires, 2007, 1131 (nota D. Legeais); *Juris Classeur Périodique* – edizione generale 2007, II, 10067 (nota D. Legeais); *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, 160, n° 3 (commento P. Crocq); *Juris Classeur Périodique* – edizione generale 2007, I, 161, n° 16 (commento A.-S. Barthez); *Les Petites affiches* 27 febbraio 2007, p. 10 e s. (nota S. Prigent); *Les Petites affiches* 12 marzo 2007, p. 5 e s. (commento M.-E. Mathieu); *Banque & Droit*, 2007, n° 112, p. 61 (commento F. Jacob); *Juris Classeur Périodique*, entreprise et affaires, 2007, 1776, n° 26 (commento Ph. Delebecque).

(14) Civ. 26 luglio 1905, D.P. 1906, I, 136; Grenoble, 19 luglio 1905, D.P., 1906, 2, 137, e Req. 31 luglio 1906, D.P., 1907, I, 478.

(15) E ciò si verifica anche se per la maggior parte delle imposte dirette il disponente è considerato titolare dei diritti. Ciò che crea una dissociazione tra la qualità del proprietario in senso giuridico e quella di debitore d'imposta.

allo scopo di cui è gravata in quel momento. Limitata nella durata, la proprietà del fiduciario non sarà mai perpetua(16). Limitata nei diritti conferiti al fiduciario – egli acquisisce solo alcune prerogative che spettavano al disponente in forza del titolo (da cui una dispersione temporale delle prerogative non attribuite al fiduciario) – e dallo scopo per cui sono conferiti i diritti, la proprietà non sarà mai assoluta(17).

Diversamente dalla proprietà ordinaria prevista dall'articolo 544 del Codice civile, la legge 2007-211 non parla dei diritti o poteri che ne derivano; tuttavia questa circostanza si comprende, poiché le prerogative discendenti dalla proprietà fiduciaria non saranno mai le stesse, ma dipenderanno dal tipo di contratto di fiducia di volta in volta concluso e dall'oggetto che dovrà essere realizzato dal fiduciario, entrambi obbligatoriamente definiti secondo l'articolo 2018 del Codice civile.

Per contro, come la proprietà ordinaria, la proprietà fiduciaria sarà esclusiva. Il fiduciario eserciterà in modo esclusivo le sue prerogative sui diritti trasferiti fiduciariamente. *L'usus*, il *fructus* e *l'abusus* potranno essere trasferiti al fiduciario; tuttavia, egli potrà servirsi di questi poteri solo per realizzare l'oggetto della fiducia.

Questa proprietà temporanea e limitata è cosa diversa dalla proprietà ordinaria. Così, benché proprietario, il fiduciario dovrà rendere conto dell'esercizio dei suoi diritti (cod. civ. art. 2022) e potrà essere sanzionato per abuso di fiducia se utilizza i beni per finalità diverse da quella per cui li ha accettati. Ma il diritto francese conosceva già situazioni analoghe. Ne sono un valido esempio le fiducie "innominate" – che non ne hanno il nome, ma la loro disciplina ne reca tutte le caratteristiche(18).

Il patrimonio destinato

E ora veniamo al patrimonio. Il titolo XIV del Codice civile dedicato alla fiducia non definisce i beni affidati fiduciariamente come patrimonio destinato, ma non c'è dubbio che ne facciano parte. Questo patrimonio è essenziale perché, una volta qualificato come proprietario, esiste il rischio che i terzi confondano queste attività fiduciarie con i beni che il fiduciario possiede a titolo personale (e li pignorino). I diritti affidati devono essere tenuti separati dal "patrimonio proprio" del fiduciario (cod. civ. art. 2011): quindi si delinea un patrimonio destinato, calcolato

per sottrazione – malgrado sarebbe stato più semplice individuarlo positivamente. Di conseguenza, il procedimento collettivo avviato nei confronti del fiduciario (*procedure de sauvegarde, redressement, o liquidation judiciaire*) non comporta la condivisione dei diritti affidati al fiduciario con quelli di cui egli gode a titolo personale. Sono le disposizioni contabili della legge 2007-211 a qualificarlo come patrimonio destinato. L'attivo fiduciario risponderà del passivo fiduciario.

Il patrimonio destinato va a frammentare l'unità patrimoniale: uno stesso ente (morale) d'ora in poi potrà avere più patrimoni (quello personale e uno o più patrimoni fiduciari). Ma non pare il caso di esagerare questa deroga a un principio radicato nel diritto francese: era già prevista la possibilità che un soggetto destinasse parte dei suoi beni per una certa finalità attraverso un ente morale, vincolando alcune attività – fuori dal suo patrimonio personale – alla realizzazione di uno scopo specifico.

Si potrebbe perfino sostenere che l'unità del patrimonio in realtà non sia messa in gioco dal patrimonio fiduciario: il patrimonio dell'ente continuerà a rispondere dei propri debiti, e i beni vincolati fiduciariamente – dato che non sono volti ad arricchire l'ente in quanto tale(19) – non potranno diventare la garanzia dei creditori dell'ente(20).

Questo patrimonio destinato è la chiave del successo dell'istituto fiduciario: forse in questo elemento, che avrebbe dovuto essere la base di partenza della fiducia, si colloca l'incoerenza della legge.

Note:

(16) Esistono già ipotesi di proprietà temporanea. Il *leasing (crédit-bail)* ne è un esempio: la proprietà del locatore (*crédit-bailleur*) finisce dal momento in cui termina l'opzione d'acquisto da parte dell'utilizzatore (*crédit-preneur*).

(17) Le prerogative del proprietario sono già definite nel momento in cui il diritto di proprietà viene gravato, ad esempio, da una clausola di inalienabilità.

(18) Fondi comuni di credito, fondi comuni di investimento, depositi "in garanzia" di strumenti finanziari effettuati da membri delle camere di compensazione, cessioni professionali di credito a titolo di garanzia, rimesse in piena proprietà di strumenti finanziari o di crediti a garanzia di obbligazioni finanziarie, contratti editoriali, contratti di produzione audiovisiva, società di percezione e di ripartizione dei diritti d'autore, ecc.

(19) Non così sarà nel caso di una fiducia in favore del fiduciario stesso.

(20) In questo senso: M. Grimaldi, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, *Déf.* 1991, art. 35085 e 35094, n° 22.

■ II. La mancanza di coerenza della legge che istituisce la fiducia

La legge che istituisce la fiducia è poco coerente in alcune disposizioni. Rileviamone qualche elemento.

A. L'incomprensione della logica del trust: la permeabilità del patrimonio fiduciario

La necessità di tutelare i diritti vincolati e quelli del beneficiario

Il dato vantaggioso del trust, com'è noto, è che il *beneficial right* o *right in equity*, riconosciuto con l'istituzione del trust a favore del beneficiario – ovvero sia un diritto che si sovrappone a quello riconosciuto dalla *common law* e attribuito al trustee sui beni vincolati in trust – ha permesso di assicurare impermeabilità ai beni in trust (*trust fund*). E, laddove sia necessario, il trust protegge i diritti del beneficiario (o *cestui que trust*) ed evita che i diritti che devono tornare al beneficiario possano essere confusi con i diritti personali del soggetto che agisce come trustee. L'assenza di sufficiente protezione ai diritti fiduciari – che infatti erano suscettibili di pignoramento da parte dei creditori personali del fiduciario – è stata una delle cause principali della scomparsa della fiducia romanistica. Questo dimostra la necessità di proteggere i diritti del soggetto beneficiario di uno strumento fiduciario.

La necessità di una massa autonoma e della protezione del disponente

Più in generale, il vantaggio di un meccanismo fiduciario è l'isolamento dei beni affidati in una massa autonoma creata a tale scopo. La protezione dev'essere accordata non solo al beneficiario, ma anche al disponente.

La deroga del principio del diritto di garanzia limitato al patrimonio fiduciario

Qui si può rilevare un difetto della legge sulla fiducia. L'articolo 2025, capoverso 2 del Codice civile, dispone che, in caso di «insufficienza del patrimonio fiduciario», ai creditori del fiduciario nella sua qualità sia riconosciuto il diritto di agire sul patrimonio

del disponente ovvero, se previsto dal contratto istitutivo della fiducia, sul patrimonio del fiduciario(21). Il patrimonio fiduciario non è quindi impermeabile, tranne nell'ipotesi in cui il creditore accetti che il suo diritto ad agire sia limitato al solo patrimonio fiduciario. La legittimazione sussidiaria ad agire su un altro patrimonio è dunque prevista in via di principio.

La logica del patrimonio – in quanto massa autonoma con un attivo e un passivo che si corrispondono – non è solo richiamata a sproposito, ma tale disposizione può generare diffidenza presso potenziali disponenti. Il disponente può rispondere del passivo fiduciario, determinato dal comportamento di un altro soggetto (il fiduciario), a partire dai beni che non sono più di sua proprietà (perché diventati di proprietà del fiduciario) e che sono destinati ad andare a terzi (i beneficiari). Invano si opporrà che il trustee anglo-americano risponde con i propri beni per i debiti sorti dalla gestione del trust. In primo luogo, negli Stati che applicano questa norma (e non sono tutti) è anche previsto che il trustee abbia pieno titolo al diritto alla ripetizione sui beni in trust o possa utilizzare direttamente l'attivo del trust per pagare i creditori(22), dal momento che egli agisce nell'ambito dei suoi poteri. Il trustee opera solo come una sorta di rappresentante del trust e dunque non deve sopportare personalmente i debiti contratti nella realizzazione dello scopo del trust. Lo Uniform Trust Code, una sorta di legge di riferimento proposta agli Stati americani, all'articolo 10 dispone che i creditori del trustee possano rivalersi sull'attivo del trust per recuperare i propri crediti. Ecco che si riconosce l'autonomia dell'attivo e del passivo del trust. Come si vede, la norma francese non rispecchia la logica del trust.

Gli schermi per attenuare questa incoerenza

In pratica si può supporre che, concludendo un contratto di fiducia, il disponente precluderà al fiduciario di stipulare contratti con terzi senza che questi abbiano preliminarmente accettato di limitare il proprio ricorso al solo attivo del patrimonio fiduciario.

Note:

(21) In pratica si può ritenere che il fiduciario, un istituto bancario, per lo più rifiuterà.

(22) G.T. Bogert, *Trusts*, West Publishing, 1987, VI ed., n° 127; G.G. Bogert – G.T. Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, West Publishing, 1982, II ed., aggiornato al 2006, n° 718.

Qualora il fiduciario violi questa sua obbligazione, un ricorso sul solo patrimonio fiduciario non potrà essere opposto ai terzi, i quali potranno rivalersi contro il disponente: come si vede, questa soluzione non è perfetta. Il disponente potrà poi agire contro il fiduciario per responsabilità contrattuale, e trattandosi necessariamente di una banca, sarà solvibile.

Un altro sistema sarà creare una società schermo cui trasferire i beni da vincolare fiduciarmente; essa agirebbe allora come disponente, similmente a quanto accade con le società a responsabilità limitata socie di altre società a responsabilità illimitata. Questa soluzione tuttavia appesantisce considerevolmente l'operatività della fiducia.

L'inconveniente risultante dalla permeabilità del patrimonio è, in pratica, minore in caso di fiducia-garanzia: il beneficiario della garanzia conserva il suo diritto di credito nei confronti del disponente e può dunque ricorrere contro questo patrimonio a tale titolo, considerato che la gestione della garanzia da parte del fiduciario normalmente non dovrebbe generare un passivo fiduciario rilevante.

La nascita di un passivo fuori bilancio per il disponente

I creditori del disponente (o eventualmente del fiduciario se egli ha accettato di essere personalmente responsabile del passivo fiduciario) dovranno prestare attenzione al passivo "fuori bilancio". Essi rischiano infatti di ritrovarsi in concorso con i creditori del patrimonio fiduciario che potranno rivalersi sull'attivo del disponente, qualora il patrimonio fiduciario fosse insufficiente per soddisfare i loro crediti.

B. L'insicurezza: la nullità del titolo degli atti conclusi in periodi sospetti

La nullità automatica di ogni fiducia istituita in periodi sospetti

Il successo del trust risiede non solo nella protezione degli interessi in gioco, ma anche nella prevedibilità delle soluzioni e nella sicurezza del sistema. La legge che istituisce la fiducia porta a temere che questo aspetto non sia ben congegnato. In effetti, l'articolo L632-1, 9° capoverso del Codice di commercio prevede una nullità di diritto per ogni fiducia istituita in periodi sospetti, ovverosia tra il momento in cui l'impresa non effettua più pagamenti (nell'im-

possibilità di compensare il suo passivo con l'attivo disponibile) e l'apertura del procedimento concorsuale (*procédure de sauvegarde, de redressement, o de liquidation judiciaire*).

Di conseguenza, il beneficiario di una fiducia e, allo stesso modo, il fiduciario saranno sempre esposti al rischio di vedere annullato dal giudice il contratto di fiducia per il solo fatto che il disponente ha cessato i pagamenti alla data della stipulazione. La circostanza per cui il fiduciario o il beneficiario siano a conoscenza dello stato di cessazione dei pagamenti non è presa in considerazione. E neppure l'oggetto della fiducia, che può essere la gestione o la garanzia dei debiti sorti in un momento sospetto. Sarebbe stato logico prevedere la nullità automatica per una fiducia istituita durante il periodo sospetto, al fine di garantire un debito sorto anteriormente, in relazione al pregiudizio all'uguaglianza tra i creditori determinata dalla fiducia, e coerente con l'attuale 6° capoverso dell'articolo L632-1, I del Codice di commercio, che annulla un certo numero di garanzie costituite in tali circostanze.

Fuori da questa logica, il testo adottato genera una mancanza di sicurezza per ogni fiducia, poiché il terzo beneficiario e il fiduciario sono nell'impossibilità pratica di accertarsi che il disponente non abbia cessato i pagamenti dalla conclusione del contratto fiduciario e dunque che sussista una nullità automatica.

C. Le deludenti omissioni della legge

Il silenzio

La legge tace su diversi aspetti del regime fiduciario, e in questo delude sia per la mancanza di coerenza d'insieme del testo, sia per l'insicurezza che ne risulta. Lo illustriamo con qualche esempio.

La mancanza di disposizioni sullo scioglimento della fiducia

La legge 2007-211 manca singolarmente di coerenza nel trattamento della fiducia-garanzia. La generalità dell'articolo 2011 del Codice civile, che riguarda l'operazione per la quale un fiduciario agisce "entro uno scopo determinato" a vantaggio di un beneficiario, copre la fiducia-garanzia. Un disponente può dunque trasferire un bene per garantire uno dei suoi debiti. I lavori parlamentari confermano questa possibilità. La legge non prevede alcuna disposizione

per la realizzazione e lo scioglimento di questa garanzia. E dato che il diritto delle garanzie è stato da poco riformato e codificato nel libro IV del Codice civile, questo vuoto legislativo lascia perplessi. Tocca al contratto fiduciario colmare queste lacune. L'ordine pubblico dovrà vigilare che la realizzazione della garanzia non vada ad arricchire il creditore. Si porrà la questione del valore del bene la cui proprietà sarà trasferita al beneficiario-creditore. Non sussisteranno difficoltà per beni oggettivamente valutabili (somme di denaro o valori quotati), ma richiederà comunque l'intervento di un esperto o, negli altri casi, di altri sistemi per determinare oggettivamente il valore.

Il residuo del valore del bene, il cui titolo di proprietà è trasferito al creditore, e che costituisce la parte eccedente quella del debito garantito, dovrà essere restituito al disponente. Questa restituzione dovrà aver luogo, malgrado il silenzio della legge, prima della consegna dei beni da parte del fiduciario al creditore-beneficiario. Invece di fornire una definizione astratta della fiducia, la legge avrebbe fatto meglio a mantenere una categoria delle varie funzioni della fiducia (gestione o garanzia) e mantenere disposizioni proprie di queste discipline, piuttosto che ometterle nel vano tentativo di creare un unico regime.

L'assenza di considerazione per il trattamento del passivo fiduciario nel momento del ritorno dei beni al disponente o agli aventi diritto in assenza di beneficiario

Il testo della legge lascia insoddisfatti a proposito del ritorno dei beni in assenza di beneficiario (se ad esempio egli rinuncia ai suoi diritti). Se resta il disponente, l'articolo 2030 del codice civile stabilisce un trasferimento "di diritto" dell'attivo al disponente, senza prevedere espressamente l'accertamento del passivo fiduciario... Sarebbe a dire che, senza un attivo corrispondente, il passivo resterebbe nel patrimonio fiduciario? Si potrebbe pensare che in questo caso troverebbe applicazione il ricorso sussidiario contro il patrimonio del disponente. Non esattamente, però, perché i creditori fiduciari si ritroverebbero allora in concorso con i creditori personali del disponente sulla stessa massa. Questo vuol dire allora che ci sarebbe un trasferimento universale del patrimonio fiduciario al disponente? La legge non lo prevede e di nuovo si pone un problema di concorso dei creditori personali del disponente e del fiduciario nella

sua qualità. Da una parte, la logica dell'universalità del patrimonio fiduciario, dall'altra, la logica di evitare la frode ai diritti dei creditori del fiduciario dovrebbero imporre che il passivo sia accertato prima di qualsiasi trasferimento automatico dell'attivo fuori del patrimonio fiduciario.

D'altro canto, nell'ipotesi in cui manchi il beneficiario e l'ente disponente sia in liquidazione, in presenza di aventi diritto non soggetti all'imposta sulle società, il regime lascia perplessi: proseguire il contratto fino al termine (e dunque mantenere fino alla scadenza il beneficio della fiducia a vantaggio di soggetti che il governo voleva escludere dall'ambito della fiducia, cioè i soggetti non sottoposti all'imposta sulle società); applicare le imposte ai trasferimenti a titolo gratuito (anche in mancanza di liberalità), trasmissione automatica agli aventi diritto (e non al disponente, oltretutto l'ente morale che resta per soddisfare le esigenze della liquidazione e dunque a vantaggio dei suoi eventuali creditori che non siano stati liquidati).

La mancanza di disciplina sul trasferimento dell'attivo al beneficiario e sul trattamento del passivo fiduciario

La legge però non è esauriente nemmeno a proposito del trasferimento dei diritti dal fiduciario al beneficiario. Non dice una parola! Naturalmente il contratto potrà prevedere le modalità di trasferimento o di consegna dei beni al beneficiario. Ma quale sarà il trattamento dei creditori dell'attività fiduciaria? Si fatica a immaginare che possa essere opposta loro una clausola del contratto fiduciario, salvo averla preventivamente accettata. Il loro debito diventerebbe esigibile di diritto giusto un istante prima del trasferimento dei beni al beneficiario, consentendo che i creditori vengano liquidati prima che avvenga qualsiasi trasferimento? L'attivo fiduciario non andrebbe trasferito solo se al netto di ogni passività fiduciaria? Avrebbe luogo un trasferimento dell'intero patrimonio fiduciario al beneficiario? Qui la legge è lacunosa. Di nuovo, la logica dell'unità del patrimonio fiduciario e la logica di evitare la frode ai diritti dei creditori dovrebbero, ci sembra, imporre che i creditori saranno pagati sull'attivo fiduciario prima che abbia luogo un qualunque trasferimento. Ma si porrà il problema di sapere se essi debbano essere pagati subito (non si vede però la causa di un'esigibilità anticipata di diritto), o piuttosto, come ci sembra, al-

la scadenza del debito (cosa che comporterà che il fiduciario conservi questa sua funzione finché i creditori non siano tutti liquidati).

D. L'imperfetta modernizzazione del Codice civile

L'occasione mancata di creare un istituto esportabile

La legge non risponde al suo obiettivo di modernizzare il diritto francese e alla sua volontà di restituirgli il ruolo di diritto "ispiratore" per altri Paesi. Questo dato si spiega sotto diversi aspetti. Ne è un esempio la limitazione del ruolo del disponente agli enti morali soggetti all'imposta sulle società. La Francia è verosimilmente l'unico paese ad avere un diritto sulla fiducia o sul trust che crei una discriminazione di capacità quanto al soggetto che può istituire questo strumento. L'esclusione delle persone fisiche mal si comprende, tanto più che il divieto di ricorrere alla fiducia può portare a preferire una liberalità che comporti neutralità fiscale, e che considera il disponente sempre proprietario per determinare il debitore delle principali imposte rende eccessivo il timore di evasioni fiscali.

La limitazione a questa categoria appesantisce inutilmente il testo. Per esempio l'opzione dell'imposta sulle società può essere revocata in un caso particolare (le SARL dette "di famiglia" che abbiano effettuato l'opzione prima del 1981). Per coprire tale ipotesi, che in pratica sarà assai rara, il testo prevede un certo numero di norme speciali le quali, non solo ingombrano il testo, ma non gli attribuiscono nemmeno maggior coerenza: in caso di revoca, anche se i beni siano stati conferiti a titolo di garanzia e il debito garantito non sia stato ancora estinto, i beni torneranno al disponente⁽²³⁾.

Del resto, la legge non considera nemmeno tutti i casi possibili. Se esiste una preoccupazione particolare dal momento in cui l'imposta sulle società è stata revocata, il testo non si occupa invece stranamente del caso, che potrebbe essere ben più frequente, ovvero la trasformazione del disponente, soggetto all'imposta sulle società, in un'entità che non lo sarà.

La mancanza di aggiornamento di alcune disposizioni

La legge, di cui è indubbia la volontà di moder-

nizzare il diritto francese, non ha mantenuto alcuni elementi previsti dalla proposta originale che, nondimeno, andava decisamente in quella direzione. Così, il testo definitivo non prevede più l'opponibilità del trasferimento dei crediti dal disponente al fiduciario. In pratica, la fiducia rischia dunque di non essere utilizzata per operazioni di cartolarizzazione, e per ottenere questo scopo, i cedenti di credito continueranno di sicuro a preferire il sistema tradizionale (*fonds communs de créances* – FCC).

La mancanza di coerenza nella formulazione di alcune disposizioni

La legge è altrettanto curiosa quanto alla formulazione di alcune disposizioni. Così, finché il beneficiario non abbia accettato il diritto creato a suo vantaggio dal contratto di fiducia, ai sensi dell'articolo 2028 del Codice civile, il disponente può revocare lui stesso il contratto. Sarebbe stato più ortodosso prevedere la revoca della sua stipulazione in favore del beneficiario, per analogia con il regime del contratto a favore di terzo.

Divergenze tra l'intenzione legislativa e la lettera del testo

Anche nel raffronto tra alcune intenzioni parlamentari e la lettera del testo si denota qualche incoerenza. Per esempio, secondo l'intenzione dei relatori della legge alle Camere⁽²⁴⁾ e l'articolo 12 della legge, il disponente può trasferire anche i debiti al fiduciario. Ma la lettera dell'articolo 2011 del Codice civile non vi fa riferimento se non come elementi dell'attivo che potranno essere trasferiti fiduciariamente.

Il dubbio sussiste anche per il trasferimento dei rischi al fiduciario. Secondo i lavori parlamentari, tali rischi passeranno con il trasferimento di proprietà al fiduciario⁽²⁵⁾. La peculiare natura della proprietà fiduciaria fa dubitare tuttavia che l'adagio *res perit domino* si applicherà con rigore.

Note:

(23) P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D., 2007, 1354, n° 12.

(24) H. de Richemont, *Rapport n° 11 (Sénat, session 2006-2007)*, p. 45; X. de Roux, *Rapport n° 3655 (Assemblée Nationale; 1er février 2007)*, p. 33.

(25) H. de Richemont, *rapport préc.*, p. 45; X. de Roux, *rapport préc.*, p. 34.

L'incertezza traspare ugualmente in materia di revisione giudiziale del contratto, la quale si comprende qualora la durata del contratto sia particolarmente lunga. Secondo i relatori alle Camere⁽²⁶⁾, in breve, una revisione non sarebbe possibile qualora ci sia il disponente. Ma la legge non pone questa condizione. L'intenzione parlamentare indica che, per contro, la revisione del giudice sarebbe ammissibile una volta venuto meno il disponente, ma secondo la disciplina dei legati. Ora, la legge non prevede nemmeno questa possibilità. Nonostante questo silenzio, resta comunque indubbia la natura onerosa dell'operazione⁽²⁷⁾.

Riflessione simbolica

Infine, non è forse una forma di regressione del diritto francese (e della lingua francese?) prevedere il singolare e il plurale in una serie di disposizioni? "Uno o più" disponenti, "uno o dei" fiduciari (o ancora "uno o dei" beneficiari), che sono citati a più riprese dagli articoli 2011, 2016 e 2018 del Codice civile. Erano precisazioni indispensabili? Vuol dire che ogni articolo della legge che prevede solo il plurale esclude così il singolare, e viceversa? Il diritto civile non ne esce migliorato.

Conclusione

In conclusione, ricordiamo che l'etimologia della fiducia è il latino "fiducia", che significa confidenza. Confidiamo che il legislatore, una volta pienamente convinto che questo meccanismo sia utile e che non sia opportuno rivelare timori talvolta espressi, ritoccherà il testo per perfezionarlo. E confidiamo nella fantasia dei pratici, non solo per usare questo strumento consapevolmente, ma ugualmente per limitare gli inconvenienti del testo con delle clausole contrattuali appropriate. Anche se il testo è lontano dall'essere perfetto, è forse meglio allo stato che se questa legislatura fosse terminata senza che la legge vedesse la luce, e senza la certezza che la legislatura successiva se ne sarebbe interessata. Anche se dispiace una certa tecnica legislativa attualmente in voga, che permette di adottare testi in forma limitata, seguiti da ritocchi e correzioni; resta da vedere questo *restyling* affinché la fiducia benefici del riflesso che merita.

Note:

(26) H. de Richemont, rapport préc., p. 60 s.; X. de Roux, rapport préc., p. 31.

(27) F. Barrière, La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, II partie, Bull. Joly Sociétés, 2007, 556, n° 30.

The Nature and the Constitution of Trusts: the Scottish Law Commission's Proposals

di David Hayton

Nel suo *discussion paper* su "The Nature and Constitution of Trusts"⁽¹⁾ Commissione legislativa scozzese solleva questioni fondamentali circa la natura giuridica di un trust scozzese e la sua istituzione. Le risposte a queste domande aiuteranno a chiarire come meglio comportarsi in una materia affascinante, ma nella quale si incontrano alcune difficoltà pratiche, come ad esempio la responsabilità del trustee verso i terzi.

■ Juridical Nature

To analyse a trust, one must examine the incidents attached to the office of trustee, a trustee being a person who owns property as a fiduciary for furthering the interests of beneficiaries. In Scotland beneficiaries have no real or proprietary interest in the trust property that is capable of binding third parties to whom trust property has been transferred, though the law on reparation for wrongs and reversal of unjustified enrichment may provide beneficiaries with a personal monetary remedy against the third party transferee. However, the beneficiaries have special enhanced personal rights against the trustee which give them priority over the trustee's ordinary personal creditors to the extent of the trust property. Furthermore, the trust property is regarded as a changing fund or pool of assets that includes more than just those replacement assets which result from the authorised exercise of investing and managing the trust fund. The trustee is not allowed to deny the beneficiaries' claim to characterise his conduct in the manner that best furthers their interests, not his own, so that property acquired by him outside his authority, but by using trust assets or his position as trustee, is regarded as part of the trust fund.

Flowing from the trustee's core duty to manage and distribute the trust fund only as authorised by the terms of the trust, and his fundamental obligation to act loyally to further the beneficiaries' best interests and not his own, so that he cannot deny the

beneficiaries' claims that he did so act, is his personal liability to render substitutive performance of his core duty. He is strictly bound to restore the value of the trust fund, and it is immaterial whether his conduct was negligent or dishonest, and concepts of remoteness of damage and contributory negligence have no relevance. However, where the trustee acts in an authorised fashion but not as a reasonably prudent trustee, he will be personally liable to make reparation for the loss as a normal delictual liability.

As canvassed in the Discussion Paper, the above features of Scots trust law can be seen to result from a trustee being regarded as owning a dual patrimony: his private patrimony and a trust patrimony, each patrimony operating its own real subrogation but with the trust patrimony being favoured over the private patrimony due to its fiduciary nature⁽²⁾. Of course, it makes no difference whether the trust patrimony is for the benefit of beneficiaries or to further a charitable purpose. The Scottish Law Commission's provisional view is that the dual patrimony theory should be placed on a statutory footing. I agree with this. This approach firmly rejects (as does the Commission) the possibility of developing the trust as an entity with legal or juristic personality⁽³⁾. It also paves the way to accept that the private patrimony of a trustee cannot be liable for claims of creditors with whom the trustee deals expressly as trustee.

■ Constitution

The conventional analysis is that an *inter vivos* trust is only constituted when there is (i) a declara-

David Hayton - Giudice alla Caribbean Court of Justice, Trinidad & Tobago.

Note:

(1) Scottish Law Commission, Discussion Paper on The Nature and Constitution of Trusts (Scot Law Com DP No 133, 2006 (henceforth SLC, DP No 133)), in questa Rivista, 2008, 72.

(2) SLC, DP No 133 paras 2.16-2.28.

(3) SLC, DP No 133 paras 2.29-2.46.

tion of trust by the truster *and* (ii) the transfer of ownership of the trust property to the trustee. Thus, a trust from the outset is a ring-fenced fund of property owned by the trustee, though there can be problems due to the existence only of one type of ownership and the fact that transfer of ownership of land and shares only occurs on registration. What if, before such registration, the truster changes his mind or dies, or the beneficiary dies, or the intended trustee changes his mind and refuses to proceed with the registration or, in the case of shares in a private company, the company refuses to register the transfer?

In England, due to the existence of equitable as well as legal ownership, there is no problem. Once the truster has done everything needed to be done by him to enable the registration process to be completed (eg delivery of the share certificate and a signed transfer form to the trustee or the trustee's agent, or posting the relevant documents to the relevant registry), the equitable ownership passes to the beneficiaries, with the legal ownership later passing to the trustee or, exceptionally, remaining in the truster if the private company refuses to register the share transfer, so that the truster becomes the trustee with power to appoint new trustees. Indeed, the truster (or, if he is dead, his executor) will also become trustee, "Equity not allowing a trust to fail for want of a trustee", if the trustee refuses to proceed with registration or disclaims after having been registered as proprietor without his knowledge.

In Scotland, where the law of trusts is not part of property law, Professor Reid has suggested an attractive solution producing a result more favourable to beneficiaries than what may be the current law (though not so favourable as English law)(4). Once a declaration of trust has been communicated to a person who agrees to accept office as trustee, then the trust is constituted, though the intended trust property will remain vulnerable to the claims of the truster's creditors until ownership is transferred to the trustee. The truster's *sui generis* obligation to transfer the property identified in the declaration of trust is itself a trust asset, though the obligation (irrevocable in the absence of a contrary intent) is a vitiated asset because the trustee (and, indirectly, the beneficiaries) will rank among the truster's unsecured personal creditors(5). A possible variant would be to make the truster's *inter vivos* obligation to transfer as protected as property already transferred to the trustee (subject to the usual statutory protection that enables credi-

tors of the truster to impeach the trust). After all, a binding obligation can arise not just from a *quid pro quo* deal, but also from a seriously intended unilateral written statement. Whatever position is preferred as a matter of policy should be included in the legislation so as to clarify the currently uncertain position.

The Law Commission asks whether an *inter vivos* declaration of trust should require to be in writing subscribed by the truster(6). If so, there is the further question of whether this would be subject to sections 1(4) and (5) of the Requirements of Writing (Scotland) Act 1995, which excuse absence of writing where the beneficiary was affected to a material extent as a result of acting or refraining from acting in reliance on the trust with the knowledge and acquiescence of the truster, and would be adversely affected to a material extent if the truster were allowed to withdraw from the trust(7). These principles are very similar to those of English equitable proprietary estoppel (though not, of course, creating any equitable ownership). This makes good sense, as would extending sections 1(4) and (5) to wills(8).

The Law Commission is reluctant to impose a requirement of registration, whether in the Books of Council and Session or, indeed, in a new register of trusts(9). Since trusts are not required to have names, as in the case of companies, registration can only be against the names of the trustee and, perhaps, also the truster. I strongly endorse the Commission's reluctance in view of the further formality and cost and the practical difficulties over identifying property from time to time part of a particular trust fund, especially where the same trustee manages hundreds of trusts.

■ Trustee-As-Trustee Trusts

Currently, a declaration of trustee-as-trustee must be constituted in writing(10) and by intimation to

Note:

(4) K.G.C. Reid, "Constitution of Trust" [1986] SLT (News) 177.

(5) SLC, DP No 133 para 3.34.

(6) SLC, DP No 133 paras 4.6-4.8.

(7) SLC, DP No 133 paras 4.9-4.11.

(8) As, in substance, is the position in England: *Gillett v Holt* [2001] Ch 210.

(9) SLC, DP No 133 paras 4.12, 4.13.

(10) Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 s 1(2)(a)(iii), but subject to s 1(3), (4) discussed above.

the beneficiary or his agent of the property now to be owned by the truster-as-trustee and not as part of his private patrimony. Thus, such a trust can be constituted without anyone knowing other than the truster and beneficiary, and without any indication to third parties that the trust property has been removed from the truster's private patrimony so as to become unavailable to his private creditors. This means that there is the potential for abuse to the prejudice of the truster's creditors. Accordingly, the Scottish Law Commission asks whether such trusts should no longer be valid(11). Surely not. A person should have freedom, whether gratuitously or as part of a commercial deal, to become trustee of an ascertained or future part of his property for the benefit of others, because that freedom can be adequately policed. Thus if T's trust is a sham – where T intended to retain the property in his private patrimony while giving the appearance that it was part of a trust patrimony – the property will remain part of T's private patrimony(12). Or if T's disposition amounted to a gratuitous alienation or unfair preference, it can be set aside(13). It should be added that Scots law might benefit from an equivalent to section 423 of the Insolvency Act 1986 Act, which, regardless of insolvency, allows the setting aside of dispositions made for the purpose of putting assets beyond the reach of creditors (including potential future creditors) or of otherwise prejudicing their interests.

The Law Commission raises further questions arising out of the latent nature, not just of truster-as-trustee trusts but of trusts in general, since they are usually constituted by private juristic act and there is no need for any registered ownership to refer to the trust(14). Thus, it is possible that creditors of a trustee could be detrimentally misled into doing business with him, believing his private patrimony to be much more valuable than it actually is. Against this, one has to counterbalance the marketability of trust property. It is important that a trustee can transfer ownership to a third party unburdened by the need to investigate the trustee's powers; and since any *quid pro quo* received from the third party becomes trust property for the benefit of the beneficiaries, the result is a "win-win" situation for both third party and beneficiaries. English law indeed goes further than Scots by conferring on the beneficiaries equitable proprietary interests which bind a third party who provides no *quid pro quo*. Thus, in English land and share registers it is specifically prohibited

for a registered proprietor to be denoted a trustee, while for other property the trustee as legal owner has power to transfer full ownership to third parties so long as the latter have no notice of the beneficiaries' interests(15).

In my view, this marketability counterweight ought to prevail in Scots law, even though this will mean that the truster has put his beneficiaries at risk in the (most unlikely) eventuality of wrongful gifts being made by the trustee to third parties. It was this consideration that led the Cork Committee on Insolvency to recommend repeal of the reputed ownership provision in the Bankruptcy Act 1914(16). If a significant amount of money is involved, a potential creditor should not take the risk of being a mere unsecured creditor: he should insist on some security over the debtor's property (taking good security even if such property is latent trust patrimony) and, perhaps, require guarantees or secured guarantees from others.

I look forward to reading the Commission's final recommendations in due course. Its fully-informed proposals will surely establish a better foundation for Scots trusts than currently exists and prepare the way for further reform.

.....
Note:

(11) SLC, DP No 133 paras 4.16-4.21.

(12) E.g., *Midland Bank plc v Wyatt* [1995] 1 FLR 697 [in questa Rivista, 2003, 299 [n.d.r.]].

(13) Bankruptcy (Scotland) Act 1985 ss 34, 36; Insolvency Act 1986 ss 242, 243.

(14) SLC, DP No 133 paras 4.22-4.42.

(15) However, notice of beneficiaries' interests in land is immaterial because a purchaser of the legal title will even take free of known beneficiaries' interests so long as the purchase money is paid to a trust corporation or two persons, so that the beneficiaries' interests can safely relate to the purchase money instead of the land.

(16) Insolvency Law and Practice (Cmnd 8558: 1982) paras 1081-1093.

Le società fiduciarie nel contesto delle “indagini finanziarie” nella circolare n. 32/E del 2006

di Fabio Marchetti e Federico Rasi

La circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E consente di svolgere alcune osservazioni sull'operatività nei confronti della società fiduciaria degli obblighi posti a carico degli intermediari finanziari dall'art. 32 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, nel contesto delle c.d. “indagini finanziarie”. La novellata disciplina normativa consente, in caso di accertamenti presso società fiduciarie, non solo di risalire, muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto) alle operazioni, anche fiduciarie, da questo poste in essere (elemento ignoto), ma anche di risalire, muovendo dalle operazioni poste in essere dalla società fiduciaria (elemento noto) alla persona sottoposta ad accertamento (elemento ignoto).

Nella circolare in esame l'Agenzia, definendo il perimetro applicativo dei poteri riconosciuti all'Amministrazione Finanziaria nei confronti dei conti fiduciarie, realizza un condivisibile contemperamento degli interessi anche dei contribuenti-fiducianti.

■ Premessa

Con la circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E, l'Agenzia delle Entrate è tornata sul tema delle c.d. “indagini finanziarie” per fornire agli Uffici alcuni chiarimenti operativi sulle modifiche apportate dall'art. 1, comma 402, legge 30 dicembre 2004, n. 311, all'art. 32 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (di seguito, “D.P.R. n. 600 del 1973”) ed all'art. 51, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, con il quale sono state introdotte rilevanti novità in materia di accertamento delle imposte dirette e dell'IVA. Come ben noto, il legislatore ha precisato i poteri di cui l'Amministrazione Finanziaria può avvalersi per reperire informazioni presso gli intermediari finanziari circa le operazioni poste in essere per conto dei loro clienti, prevedendo che gli uffici:

a) non possono richiedere alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., per le attività finanziarie e creditizie, agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie la comunicazione, anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie o regolamentari, di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente o per categorie (art. 32, I comma, n. 5, D.P.R. n. 600 del 1973), mentre

b) possono richiedere⁽¹⁾ alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie, dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuato od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi (art. 32, I comma, n. 7, primo periodo, D.P.R. n. 600 del 1973) e

c) possono richiedere alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'articolo 20 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati (art. 32, I comma, n. 7, secondo periodo, D.P.R. n. 600 del 1973).

Fabio Marchetti - Professore associato nell'Università LUISS Guido Carli e Avvocato in Roma.

Federico Rasi - Dottorando di ricerca in Diritto tributario delle società nell'Università LUISS Guido Carli e Avvocato in Roma.

Nota:

(1) Previa autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero, per il corpo della Guardia di finanza, del comandante regionale.

La materia in esame è stata poi ulteriormente approfondita da ulteriori fonti:

1) il provvedimento del Garante per la *Privacy* del 25 maggio 2005;

2) il parere del Garante per la *Privacy* del 21 dicembre 2005;

3) il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005, n. 188870.

La Circolare n. 32 del 2006, intervenuta per fornire i primi chiarimenti relativamente a tutti i provvedimenti menzionati, si articola in otto capitoli diretti ad individuare i destinatari delle richieste di indagini nonché l'ambito oggettivo di esse, l'iter amministrativo delle procedure di acquisizione, le garanzie a tutela del soggetto sottoposto ad indagini, le modalità di utilizzo dei dati e delle notizie acquisiti nel corso delle indagini. L'ultima parte della circolare si occupa degli altri poteri di richiesta esercitabili dagli uffici che non necessitano di autorizzazione preventiva nonché degli adempimenti e delle sanzioni riguardanti gli intermediari.

■ Nozione di rapporto e di servizi prestati

Dal punto di vista oggettivo, la circolare chiarisce (punto 2.1.) che la legge Finanziaria ha inteso superare l'angusta nozione di "copia dei conti intrattenuti" in favore di una nuova formulazione omnicomprensiva, quella di "qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati". Da questo deriva anzitutto la possibilità di acquisire dati, notizie e documenti prescindendo dalla natura della singola operazione, sia essa collegata o meno a qualsivoglia tipologia di rapporto con i diversi intermediari finanziari. Il legislatore ha così reso oggetto di possibile accertamento tutte le operazioni relative alle singole attività esercitabili dagli intermediari, siano esse operazioni relative a rapporti continuativi o servizi offerti continuativamente, ovvero operazioni riferibili a servizi singolarmente prestati.

La nozione di rapporto include quindi tutte le attività aventi carattere continuativo, con ciò intendendo un riferimento temporale congruo, esercitabili dagli intermediari finanziari, ovvero i servizi offerti continuativamente al cliente, instaurando con quest'ultimo un "complesso di scambio" all'interno di una forma contrattuale specifica e durevole nel tempo.

Ove mancassero questi due ultimi requisiti essen-

ziali, chiarisce l'Agenzia, la fattispecie operativa non potrebbe più essere definita "rapporto" in senso compiuto. Nonostante l'eventuale mancanza del suddetto "complesso di scambio", non di meno l'operazione potrebbe comunque essere oggetto di richieste dell'Amministrazione Finanziaria in quanto riconducibile alla nozione di servizio prestato che copre le operazioni isolate e le offerte di singoli servizi. Appare evidente che in ogni caso si tratta di "operazioni", in quanto il singolo servizio offerto dà comunque luogo a una singola operazione di rilevanza contabile. In mancanza di quest'ultimo connotato contabile, non si configura un fenomeno finanziario analizzabile relativamente alle indagini in questione.

Relativamente alle società fiduciarie, si precisa che vi rientrano i rapporti gestiti da queste in quanto secondo l'Amministrazione Finanziaria "sono da considerare tutti continuativi in quanto ogni cliente deve sottoscrivere un contratto con la società, anche se il rapporto dura soltanto per un breve periodo. Conseguentemente non è dato riscontrare, con questi intermediari, il verificarsi di operazioni fuori contratto o (per fare un paragone con le operazioni per cassa in banca) operazioni extra-conto".

■ Allineamento delle società fiduciarie agli altri operatori finanziari

La circolare in esame chiarisce che, attraverso la Legge Finanziaria 2005, il legislatore ha proceduto ad omogeneizzare i poteri istruttori esercitabili nei confronti delle società fiduciarie a quelli contemplati per le banche e per gli altri intermediari finanziari.

Le modifiche previste ai numeri 5) e 7) dell'art. 32, D.P.R. n. 600 del 1973 determinano, innanzitutto, l'allineamento delle società fiduciarie agli altri operatori finanziari (banche, poste, ecc.)(2). In par-

Nota:

(2) Come noto, si ricorda che, prima delle recenti modifiche, il menzionato articolo 32 aveva sollevato il problema circa il significato da attribuire all'espressione "soggetti indicati singolarmente o per categorie" ed alle relative modalità di esercizio dei poteri di accertamento. Tale problema si era posto in virtù del tenore letterale dell'art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973, nel testo previgente alle modifiche apportate dall'art. 18 legge 30 dicembre 1991, n. 413. L'originaria formulazione di tale norma, infatti, prevedeva che l'Amministrazione Finanziaria potesse richiedere dati e notizie relativi a soggetti individuati "singolarmente e per categoria". Tale disposizione, se interpretata letteralmente, avrebbe condotto a ritenere obbligati gli uffici, anche nel caso di richieste per categorie, ad individuare ogni singolo soggetto facente parte di tale categoria. Tale interpretazione non è però stata accolta dalla prevalente dottrina secondo la quale la particella "e", in tale contesto, legittima richieste nelle quali sono
(segue)

ticolare, risulta importante l'espressa esclusione delle società fiduciarie dal metodo di indagine "a campione" (per categorie) di cui al numero 5) dell'art. 32 e l'inclusione delle stesse esclusivamente nel numero 7), con conseguente estensione nei loro confronti delle procedure e garanzie proprie delle procedure di controllo finalizzate all'acquisizione dei dati in possesso delle banche.

Come noto, l'inserimento delle società fiduciarie nel numero 7) dell'art. 32, D.P.R. n. 600 del 1973 ha comportato in primo luogo che gli uffici dell'Agenzia delle Entrate e i comandi della Guardia di finanza potranno richiedere alle società fiduciarie, così come a tutti gli altri operatori finanziari, informazioni circa le operazioni da loro concluse fornendo nominativa indicazione dei contribuenti sottoposti ad accertamento: agli uffici e ai comandi suddetti è così permesso, derogando alla riservatezza fiduciaria, di risalire, muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto) alle operazioni, anche fiduciarie, da questo poste in essere (elemento ignoto).

Il legislatore non ha però ritenuto sufficiente l'equiparazione delle società fiduciarie agli altri intermediari finanziari, ma, per meglio tenere conto delle specificità dell'intestazione fiduciaria, ha dedicato loro anche il secondo periodo del medesimo numero dell'art. 32, I comma. Tale disposizione consente agli uffici di richiedere alle società fiduciarie, sia statiche che dinamiche, le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati.

Il secondo periodo dell'art. 32, I comma, n. 7, D.P.R. n. 600 del 1973 si pone così quale norma speciale rispetto al primo periodo della stessa; esso permette all'Amministrazione Finanziaria di risalire, muovendo dalle operazioni poste in essere dalla società fiduciaria (elemento noto) alla persona sottoposta ad accertamento (elemento ignoto).

Tale ricostruzione pare confermata dall'Agenzia delle Entrate secondo la quale la collocazione sistematica della norma e l'utilizzo dell'intercalare "fra l'altro" fa sì che tale seconda parte della norma, esclusivamente riferita alle società fiduciarie sia di amministrazione che di gestione, si collochi come complementare rispetto alla prima parte della stessa avente carattere generale nei confronti di tutti gli operatori finanziari, ivi comprese le medesime società fiduciarie: essa prende specificamente in consi-

derazione il fenomeno dell'intestazione fiduciaria di beni, consentendo all'Amministrazione Finanziaria di derogare alla riservatezza fiduciaria, in presenza peraltro non solo delle medesime garanzie procedurali di cui alla prima parte della norma, ma anche delle particolari condizioni poste dalla medesima disposizione speciale per consentire tale deroga.

L'Amministrazione Finanziaria sottolinea che il secondo periodo dell'art. 32, I comma, n. 7, D.P.R. n. 600 del 1973 non costituisce mera duplicazione della disposizione precedente; essa realizza, infatti, un'inversione dell'ordinario iter d'accertamento giustificata dalla necessità di superare la sfera della riservatezza fiduciaria. Tuttavia, anche in tale ipotesi l'attività di accertamento deve considerarsi possibile a condizione che l'Amministrazione Finanziaria dimostri la sussistenza di effettive (non equivoche) esigenze dell'attività accertativa. Ciò consente all'Agenzia di precisare che i poteri di indagine consentiti all'Amministrazione Finanziaria nei confronti dell'intestazione fiduciaria di beni, strumenti finanziari e partecipazioni possono essere esercitati a condizione che:

Note:
(continua nota 2)

individuati o solo singoli contribuenti oppure categorie di contribuenti. Tale conclusione, oltre che dal frequente uso nei testi legislativi della particella "e" non in senso congiuntivo, è avvalorata dalla circostanza che la stessa seconda parte dell'art. 32, n. 5 – ove si prevede che "le informazioni sulle categorie devono essere fornite, a seconda della richiesta, cumulativamente o specificatamente per ogni soggetto che ne fa parte" – chiarisce la portata della congiunzione nel senso che le informazioni possono essere richieste o nominativamente o per categoria e, all'interno di questa, cumulativamente o singolarmente.

Nel testo dell'art. 32 successivo alla novella del 1991 e vigente fino al 31 dicembre 2004, il legislatore ha, invece, chiaramente indicato nel contribuente singolarmente individuato l'oggetto dell'attività di accertamento: il n. 7 fa riferimento al cliente/contribuente, il n. 8 tratta di soggetti "nominativamente indicati"; i nn. 8-bis, 8-ter impongono una puntuale indicazione sia del soggetto sia del rapporto giuridico fiscalmente rilevante. Il ricorso a richieste per categorie è stato così reso un meccanismo eccezionale.

Collegata a tale questione era quella dell'utilizzabilità dei relativi poteri nei confronti tanto delle società fiduciarie c.d. statiche (soggette alla legge 23 novembre 1939, n. 1966), quanto nei confronti di quelle c.d. dinamiche (cui si applicano le norme del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58).

In precedenza era prevista solo la facoltà di "richiedere alle pubbliche amministrazioni, agli enti pubblici, alle società ed enti di assicurazione ed agli enti e società che effettuano istituzionalmente riscossioni e pagamenti per conto di terzi, la comunicazione, anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie e regolamentari, di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente e per categorie". La novella del 1991 ha esteso il potere di chiedere dati e notizie anche a soggetti che effettuano "attività di gestione e intermediazione finanziaria, anche in forma fiduciaria". Ciò aveva offerto la possibilità di sostenere che, nel riferirsi ai soggetti che esercitano attività di gestione in forma fiduciaria, il legislatore tributario del 1991 avesse inteso riferirsi esclusivamente alle fiduciarie c.d. "dinamiche" e non anche a quelle "statiche".

La nuova formulazione del numero 7 dell'art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973 risulta invece inequivoca nel riferirsi ad entrambe le tipologie.

1) l'oggetto dell'indagine sia precisamente (inequivocabilmente) individuato con specifica indicazione:

a) del bene fiduciarmente intestato;

b) del periodo temporale di interesse per l'indagine;

2) che sia precisato il collegamento fra l'intestazione fiduciaria e l'attività di indagine svolta nei confronti dei soggetti sottoposti o sottoponibili ad accertamento.

Con riferimento al requisito *sub 2)* – qui di particolare interesse – la stessa Agenzia suggerisce agli uffici (punto 3.2., con riferimento alle procedure telematiche) che “anche allo scopo di evitare una diffusa divulgazione dell'esistenza di un'indagine nominativa, si vuole richiamare l'attenzione degli organi procedenti a un utilizzo dello strumento istruttorio coerentemente con le indispensabili necessità della specifica indagine”.

L'Agenzia sottolinea anche che se è vero che le nuove disposizioni non prevedono che: “nel formulare la richiesta di autorizzazione, i funzionari procedenti diano indicazione in via presuntiva di uno o più soggetti individuati quali potenziali titolari effettivi delle azioni o dei beni, è invece richiesto che sia data chiara e puntuale indicazione delle ragioni per via delle quali la richiesta nei confronti della società fiduciaria costituisce momento significativo delle attività di indagine in corso. Nell'ambito dell'esame di merito di sua competenza, l'autorità deputata a rilasciare la specifica autorizzazione dovrà pertanto sincerarsi del ricorrere della surriferita circostanza, valutando, in particolare, sulla base degli elementi prospettati dall'ufficio o dal comando richiedente, quale pregiudizio possa derivare all'indagine in corso qualora l'informazione non venisse acquisita e l'eventuale esistenza di fonti alternative e affidabili da cui attingere la medesima informazione”.

L'Agenzia prosegue poi precisando che per l'esercizio del potere di cui al citato numero 7), secondo un normale canone di procedibilità immanente anche in materia tributaria, è agevole constatare che il suo innesco non possa avvenire *ad libitum* da parte degli organi procedenti, richiedendosi invece che sia comunque iniziata un'attività di controllo, anche in funzione selettiva nell'ambito della programmazione dell'attività stessa.

Si permette così il superamento del segreto fiduciario, ma entro specifici limiti: a questo scopo serve l'inequivoca individuazione dell'attività di accertamento che sta venendo svolta e del contesto in cui si

colloca la richiesta. Tale requisito significa, secondo la circolare in esame, che l'Amministrazione Finanziaria deve individuare o indicare non solo l'oggetto dell'attività di accertamento, ma anche le esigenze che giustificano il ricorso alla disposizione speciale in luogo di quella generale di cui alla prima parte della norma. L'utilizzo dell'avverbio rafforzativo risponde all'esigenza di consolidamento delle motivazioni alla base dell'accertamento speciale consentito dalla seconda parte della norma.

Si ritiene quindi che l'Amministrazione Finanziaria non potrà avvantaggiarsi dello strumento in esame per ottenere informazioni già altrimenti in suo possesso. Ci si riferisce, in particolare, alle informazioni che l'Agenzia è in grado di reperire attraverso il modello 770 compilato ed inviato dalla stessa società fiduciaria. Come già sottolineato nella risoluzione 13 marzo 2007, n. 13 “la società fiduciaria, nel compilare il quadro SK del proprio modello 770 deve comunicare all'Amministrazione finanziaria i dati identificativi degli effettivi proprietari delle azioni e dei dividendi dagli stessi percepiti”.

Ugualmente si esclude che attraverso tale procedura di accertamento l'Amministrazione possa reperire dati utili per decidere di procedere ad un accertamento sintetico del socio. L'art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973, infatti, non consente all'Amministrazione di reperire dati dai quali ricostruire la situazione complessiva del soggetto accertato.

Al contrario si ritiene che gli uffici si possano avvantaggiare dei poteri in esame per verificare il corretto adempimento degli obblighi derivanti dalla disciplina in tema di *controlled foreign companies*. Dal momento che il possesso di una partecipazione per il tramite di una società fiduciaria non esonera il fiduciante dall'includere nel proprio reddito complessivo i redditi della società estera controllata, l'Amministrazione potrebbe avere interesse a verificare che l'effettivo proprietario di tali partecipazioni abbia correttamente imputato i redditi della controllata estera.

Ugualmente l'Amministrazione potrebbe inoltrare le richieste in esame ad una società fiduciaria per verificare se debba trovare applicazione o meno la disciplina in tema di *thin capitalization*. Dal momento che l'art. 98 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (c.d. Testo Unico delle Imposte sui Redditi, di seguito, “t.u.i.r.”) considera socio qualificato chi detiene una partecipazione al capitale sociale di una società superiore al 25%, soglia alla determinazione della quale

concorrono le partecipazioni detenute da parti correlate, l'Amministrazione potrebbe avere interesse a ricostruire in maniera complessiva l'assetto proprietario di una società.

La natura speciale e complementare della disposizione in tema di intestazione fiduciaria rispetto alla prima parte della norma impone tale relazione fra l'oggetto della specifica indagine (il bene fiduciariamente intestato) e l'oggetto dell'attività di accertamento (il soggetto o i soggetti cui essa è rivolta o può essere rivolta). Come la prima parte della norma consente, muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto), di risalire alle operazioni, anche fiduciarie, da questo poste in essere (elemento ignoto), così la seconda parte della norma consente, muovendo dall'indicazione specifica dell'oggetto della intestazione fiduciaria (elemento noto), di risalire al soggetto (elemento ignoto) la cui identità è elemento informativo indispensabile al fine dello sviluppo delle attività accertative in corso di svolgimento.

L'Agenzia afferma, infine – in maniera del tutto condivisibile –, che il complesso di limiti che si sono delineati ha “il precipuo scopo di evitare l'affiorare di prassi collocabili nell'alveo delle c.d. *fishing expeditions* ossia di richieste che non trovano radice in obiettive esigenze istruttorie connesse ad attività di indagine in corso. Tali richieste, in quanto non rispondenti alla *ratio legis* che ha ispirato la novella introdotta dalla legge, devono considerarsi non adeguatamente motivate e, come tali, devono essere respinte dalle autorità competenti al rilascio dell'autorizzazione”.

■ Autorizzazione

Il testo dell'art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973 condiziona l'invio delle richieste agli intermediari finanziari alla “previa autorizzazione del direttore centrale dell'accertamento dell'Agenzia delle Entrate o del direttore regionale della stessa, ovvero, per il corpo della Guardia di finanza, del comandante regionale”.

La circolare precisa che le modifiche della legge sul punto non hanno tuttavia apportato alcuna integrazione, se non quella che scaturisce quale conseguenza dell'ampliamento soggettivo e oggettivo delle indagini stesse e pertanto richiama i suoi precedenti orientamenti – la circolare 10 maggio 1996, n. 116/E – precisando che valgono le precisazioni ivi fornite “in ordine alla natura discrezionale della predetta au-

torizzazione, alla sua funzione di legittimazione all'uso dello strumento istruttorio nonché di controllo del corretto utilizzo dello stesso; ferma restando l'esigenza di verificare la sussistenza dei predetti requisiti legali e di procedere al rilascio dell'atto per singoli nominativi, nonostante l'ammissibilità di una richiesta cumulativa, avendo cura di rapportarsi – soprattutto in questa fase che rappresenta lo snodo per l'ulteriore divenire dell'intera procedura – al pieno rispetto dei principi di economicità e proficuità dell'azione amministrativa”.

Detta autorizzazione non deve essere allegata alle richieste di informazioni inoltrate agli intermediari finanziari. L'Agenzia giunge a tale conclusione muovendo dal diritto alla riservatezza del cliente la tutela del quale è imposta dal D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. Codice in materia di protezione dei dati personali. Tale normativa avrebbe, infatti, imposto il rispetto del patrimonio riservato di cui è titolare il “cliente” (bancario, postale, ecc.) per evitare che l'autorizzazione, specie se motivata con notizie che potrebbero rivelarsi screditanti sotto il profilo economico-tributario, possa trasformarsi in un atto lesivo dei suoi rapporti fiduciarie con l'intermediario.

L'Agenzia, argomentando a partire da quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'autorizzazione attiene ai rapporti interni⁽³⁾, ha pertanto ritenuto di ravvisare “l'opportunità di pervenire a uno sbocco più risolutivo del problema, eliminando l'obbligo dell'anzidetta allegazione, in modo intrinsecamente e formalmente ineccepibile, anche perché parallelamente rispettoso sia delle esigenze esecutive dell'intermediario che di quelle di riservatezza del contribuente assoggettato a indagine, nonché di semplificazione delle modalità operative degli uffici procedenti”.

Nei confronti dell'intermediario risulta, infatti, agevole constatare la totale assenza di un interesse a conoscere le motivazioni istruttorie specifiche di un accertamento fiscale in corso, con il rischio, semmai, di vederne impropriamente utilizzate la ragione e la natura, nei confronti del cliente sottoposto a indagine fiscale. Con riferimento a quest'ultimo soggetto è altrettanto agevole rilevare che il suo indubbio interesse al rispetto delle prerogative di riservatezza nei confronti della banca e di ogni altro intermediario

Nota:

(3) Cfr. Cass., 1° aprile 2003, n. 4987, Riv. dir. trib., 2003, II, 568.

verrebbe pienamente garantito laddove i suoi diritti di tutela potranno essere esercitati tramite la conoscenza delle specifiche motivazioni contenute nell'autorizzazione alla quale potrà accedere, naturalmente, dopo l'eventuale notifica dell'avviso di accertamento.

■ Richiesta di autorizzazione in caso di operazioni di rimpatrio e di regolarizzazione

Si segnala, in quanto di particolare interesse per le società fiduciarie, che la circolare ha chiarito che le operazioni di rimpatrio e di regolarizzazione delle attività detenute all'estero (nonché alcuni procedimenti di definizione di questioni pendenti) hanno prodotto la preclusione sia degli accertamenti tributari e contributivi, sia delle attività investigative con riguardo anche alle indagini finanziarie. Conseguentemente, i soggetti intermediari in caso di richieste formulate loro ai sensi del citato art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973 "sono esonerati dall'obbligo di fornire agli organi procedenti indicazioni relative ai conti segreti, parallele conseguenze si configurano per gli stessi destinatari interessati, i quali – essendo i conti aperti in seguito alla procedura di emersione in regime di assoluta riservatezza – restano pur essi esclusi dall'operatività delle predette indagini".

Ne consegue che per le somme e i valori rimpatriati in conseguenza dello "scudo" fiscale, intermediari e contribuenti potranno astenersi dal fornire le informazioni richieste, opponendo agli uffici richiedenti la segretezza derivante dalla normativa sull'emersione introdotta dalla legge 23 novembre 2001, n. 409, di conversione, con modificazioni, del decreto legge 25 settembre 2001, n. 350, e successive integrazioni e modifiche(4).

■ Informativa degli intermediari al contribuente

La circolare ribadisce che l'operatore finanziario, una volta ricevuta la notifica della richiesta, deve darne notizia immediata al contribuente interessato. L'obbligo di informazione riguarda esclusivamente il contribuente interessato, vale a dire il contribuente sottoposto ad accertamento, al nominativo del quale l'ufficio finanziario ha riferito la richiesta indirizzata alla banca. Infatti, il soggetto di effettivo riferimento delle varie potestà contemplate, dall'art. 32 D.P.R. n.

600 del 1973, viene individuato nel contribuente inteso come "colui che è soggetto alla potestà dell'ente

Nota:

(4) Il problema della comunicazione all'Agenzia delle Entrate del contenuto dei conti c.d. scudati deve essere valutato anche alla luce delle disposizioni dell'art. 37 decreto legge 4 luglio 2006, n. 223. Questo ha modificato i commi VI e XI dell'art. 7 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 605, così da porre a carico di banche, società Poste italiane S.p.a., intermediari finanziari, imprese di investimento, organismi di investimento collettivo del risparmio, società di gestione del risparmio, nonché ogni altro operatore finanziario, l'obbligo di rilevare e tenere in evidenza i dati identificativi, compreso il codice fiscale, di ogni soggetto che intrattenga con loro qualsiasi rapporto o effettui, per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, qualsiasi operazione di natura finanziaria. Si tratta delle disposizioni in tema di "Anagrafe tributaria" sulle quali è intervenuta la circolare dell'Agenzia delle Entrate 4 aprile 2007, n. 18/E precisando che, tra i rapporti da comunicare, "sono compresi anche quelli rientranti nell'ambito di applicazione del decreto legge 25 settembre 2001, n. 350, convertito dalla legge 23 novembre 2001, n. 409 e successive modifiche, concernente l'emersione di attività detenute illecitamente all'estero". Secondo l'Agenzia, infatti, "il regime di riservatezza che contraddistingue tali rapporti non rileva ai fini della comunicazione prevista dall'art. 7, co. 6, D.P.R. n. 605 del 1973, ma può essere eventualmente opposto all'Amministrazione finanziaria all'atto della richiesta di informazioni specifiche circa i contenuti del rapporto". L'Amministrazione Finanziaria, quindi, dimostra di considerare il regime di comunicazioni in tema di Anagrafe tributaria quale regime di carattere generale nei confronti del quale non vige alcuna riservatezza che resterebbe, invece, operante ove l'Amministrazione proceda ad indagini puntuali. Sulla legittimità di tali richieste è stata investita anche l'Autorità Garante per la protezione dei dati personali. Con il provvedimento 26 luglio 2007, n. 64/53082, il Garante "prende atto di questa motivazione e, senza valutarla nel merito" riconosce che, pur essendo le norme in tema di scudo fiscale "ancora formalmente in vigore" ritiene che "la vigenza di tale disciplina non appare tuttavia precludere che, come accaduto, una successiva disposizione normativa possa legittimamente prevedere che alcuni dati personali (pur interessati, nei predetti limiti, dalla disciplina sul cd. "scudo fiscale") possano formare oggetto di un altro tipo di trattamento, obbligatorio per legge, in un differente contesto come quello della creazione della cd. anagrafe dei conti correnti". L'Autorità, per i profili di propria competenza, non ha quindi ravvisato gli estremi per intervenire in quanto non risulta che la comunicazione dei dati prevista dall'Agenzia delle Entrate si ponga in violazione della disciplina di protezione dei dati personali. Le comunicazioni all'anagrafe tributaria non sono così ritenute procurare alcuna violazione al diritto alla *privacy*.

Pare così essere riconosciuta la legittimità del sistema di comunicazioni all'Anagrafe tributaria. Ciò è però considerato possibile nei limiti in cui un simile obbligo trovi il proprio fondamento nella legge. Nel caso di specie l'inclusione tra i conti oggetto di comunicazione all'Anagrafe tributaria dei conti "scudati" deriva da un intervento dell'Agenzia. Detto obbligo non risulta espressamente previsto dall'art. 7, D.P.R. 29 settembre 1973 n. 605, bensì è il frutto dell'attività interpretativa dell'Agenzia delle Entrate espressa nella circolare 4 aprile 2007, n. 18/E. L'impostazione dell'Agenzia non è però del tutto rispettosa dei principi in tema di rapporti fra leggi: la norma di cui all'art. 7, D.P.R. 29 settembre 1973 n. 605 che prevede la comunicazione di "qualsiasi rapporto" deve considerarsi norma generale, mentre le previsioni di cui al decreto legge 25 settembre 2001, n. 350 e successive modificazioni devono considerarsi norme speciali così da prevalere sulla prima. La corretta applicazione del principio di specialità consente di giungere a conclusioni difformi da quelle espresse dall'Agenzia. Sul punto, l'intervento del Garante, che affida alla legge il contemperamento tra il diritto alla riservatezza e il perseguimento di interessi pubblici, non risolve così in maniera definitiva il problema posto dalla circolare n. 18 del 2007.

Sulle perplessità che presenta la circolare n. 18 del 2007 sia consentito rinviare al nostro F. Marchetti – F. Rasi, Rapporto tra anagrafe tributaria e scudo fiscale: profili sanzionatori, Dir. e pratica soc., n. 14/15, 2007, 12.

impositore”, vale a dire il soggetto passivo dell’obbligo tributario. Tale termine comprende una molteplicità di soggetti, anche privi di un rapporto diretto con il presupposto fiscale, con il chiaro intento di agevolare l’accertamento e la riscossione del credito d’imposta nei confronti non solo di contribuenti nazionali, ma anche di soggetti residenti esteri.

Come chiarito dalla circolare in esame, sono da considerare “contribuenti” o comunque destinatari, ai fini e per gli effetti dell’applicazione della disciplina istruttoria in commento, ogni soggetto, titolare o meno di situazioni giuridiche che costituiscono il presupposto del tributo, anche come destinatario unitario soltanto di accertamento e non anche di imputazione del reddito. Sotto tale profilo, sono, pertanto, da ricomprendere tra i destinatari delle indagini, oltre ovviamente alle predette categorie di soggetti, anche: le società di persone ed enti assimilati, non escluso il GEIE, le associazioni tra artisti e professionisti, ivi comprese le società tra professionisti, gli enti pubblici e privati non commerciali, le società e gli enti di ogni tipo, anche senza personalità giuridica, come le stabili organizzazioni di soggetti esteri non residenti, nonché le persone fisiche, non residenti nel territorio dello Stato.

Non sussiste, pertanto, alcun obbligo di informare della richiesta ricevuta né i soggetti con i quali non vengano intrattenuti rapporti (e, cioè, in caso di esito negativo della risposta), né qualsiasi altro terzo soggetto le cui generalità possano emergere dai dati, notizie o documenti da fornire agli uffici.

Inoltre si precisa che le disposizioni sull’esecuzione delle indagini finanziarie e creditizie impongono agli intermediari di fornire “notizia immediata” al cliente-contribuente del fatto che è stata avviata nei suoi riguardi l’attività istruttoria, per consentire all’interessato il pieno esercizio delle proprie garanzie. L’Amministrazione rimane estranea alla modalità di informazione scelta dall’intermediario, né ha l’obbligo di intervenire in sua vece nel caso in cui l’intermediario ometta l’adempimento.

Ne deriva che la lesione del diritto di informazione del contribuente non implica un vizio di legittimità derivata dell’accertamento tributario, essendo l’intermediario soggetto esterno all’Amministrazione. Ne consegue l’inapplicabilità tanto di una sanzione processuale quanto di una sanzione di altra natura a carico dell’intermediario che non garantisca la trasparenza della procedura.

Come suggerito dall’ABI nella circolare n. 5 del

23 febbraio 2006, l’obbligo di informazione riguarda esclusivamente il contribuente interessato, vale a dire il contribuente sottoposto ad accertamento, al nominativo del quale l’ufficio finanziario ha riferito la richiesta della copia dei conti indirizzata alla società fiduciaria. Ne deriva che quest’ultima non ha alcun obbligo di informare della richiesta ricevuta né i soggetti con i quali la stessa non intrattenga rapporti di conto, né qualsiasi altro terzo le cui generalità possano emergere dai dati, notizie o documenti che la società fiduciaria è obbligata a fornire agli uffici.

Tuttavia ragioni di opportunità potrebbero suggerire di ampliare la platea dei soggetti destinatari.

Al riguardo, si ricorda che l’Agenzia precisa che, alla luce delle nuove disposizioni, essa può procedere alla immediata acquisizione dei conti cointestati e dei conti in disponibilità dei quali, invece, in prima battuta si poteva solo ottenere la segnalazione per poi acquisirne la copia nella successiva fase del questionario. Tale effetto di concentrazione degli elementi acquisibili ha come ulteriore conseguenza, precisa l’Agenzia, “la possibilità di ottenere contestualmente ai conti, siano essi cointestati ovvero in disponibilità, i nominativi, rispettivamente, dei soggetti cointestati e dei titolari dei conti sui quali il contribuente ha, a vario titolo, la disponibilità di operare secondo quanto risulta agli atti presso l’intermediario”.

Con riferimento agli obblighi di comunicazione, l’art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973 parla genericamente di soggetto interessato. Alla luce dell’allargamento dei poteri riconosciuti all’Agenzia non si può quindi escludere l’opportunità di valutare di inoltrare la summenzionata comunicazione non solo al soggetto intestatario del conto, ma anche gli altri soggetti che possono risultare coinvolti alla luce dei chiarimenti dell’Agenzia.

La stessa Agenzia ritiene anche che “le stesse potestà si applicano anche relativamente ai rapporti intestati e alle operazioni effettuate esclusivamente da soggetti terzi, specialmente se legati al contribuente da vincoli familiari o commerciali, a condizione che l’ufficio accertatore dimostri che la titolarità dei rapporti come delle operazioni è “fittizia o comunque è superata”, in relazione alle circostanze del caso concreto, dalla sostanziale imputabilità al contribuente medesimo delle posizioni creditorie e debitorie rilevate dalla documentazione “bancaria” acquisita”. A questo proposito, certamente la società fiduciaria non è in grado di conoscere le informazioni possedute dagli uffici finanziari e se quest’ultima possa supe-

rare la situazione apparente, tuttavia ove la fiduciaria abbia elementi per conoscere la situazione effettiva, si ritiene che essa possa valutare l'opportunità di estendere la platea dei soggetti ai quali comunicare l'informativa.

Deve, peraltro, ricordarsi che la società fiduciaria, comunicando l'esistenza di una procedura di accertamento a soggetti diversi dal fiduciante in relazione al quale l'Amministrazione Finanziaria ha richiesto informazioni, violerebbe il diritto alla *privacy* di quest'ultimo.

Di conseguenza, pare opportuno che, nella propria prassi contrattuale, le società fiduciarie regolino dettagliatamente l'ipotesi individuando anche la platea dei soggetti ai quali il fiduciante ritiene necessario comunicare l'informativa.

Nulla precisando la norma in proposito, deve ritenersi che l'informazione al contribuente interessato possa essere realizzata in qualsiasi forma che permetta alla società fiduciaria di conservare una prova dell'avvenuto adempimento (normalmente mediante una nota recapitata al contribuente, con acquisizione di una ricevuta).

Suggerisce ancora l'ABI nella stessa circolare che l'informazione deve essere immediata e, quindi, pur non dovendosi rispettare un termine stabilito, va eseguita nel più breve tempo possibile.

■ Responsabilità della società fiduciaria nei confronti del cliente-contribuente

Pur dovendosi escludere sanzioni di tipo amministrativo, si deve comunque verificare se non possa residuare in capo alla società fiduciaria una responsabilità di tipo civilistico nel caso in cui non informi il contribuente della richiesta dell'ufficio oppure non vi provveda tempestivamente.

Si ritiene che l'obbligo posto dalla norma tributaria rilevi anche in ambito civilistico per il tramite del principio della buona fede e della correttezza nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali. Vigge, infatti, nell'ordinamento positivo un generale richiamo ai menzionati principi operato dall'art. 1375 cod. civ. secondo cui il contratto "deve essere eseguito secondo buona fede" e dall'art. 1175 cod. civ. ai sensi del quale "il debitore e il creditore debbono comportarsi secondo le regole della correttezza".

Come chiarito in dottrina⁽⁵⁾ il principio di buona fede è venuto gradualmente ad assolvere alla funzione di strumento di integrazione del contenuto del-

l'obbligazione. Tali conclusioni trovano conforto nella consolidata giurisprudenza della corte di Cassazione secondo cui "in tema di esecuzione del contratto, la buona fede si atteggia come un impegno di cooperazione ed un obbligo di solidarietà che impone a ciascun contraente di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali, o dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, siano idonei a preservare gli interessi della controparte senza rappresentare un apprezzabile sacrificio"⁽⁶⁾.

La buona fede rappresenta così, in definitiva, una clausola generale che non descrive specifici comportamenti da osservare ed attraverso cui è possibile imporre alle parti doveri di comportamento al di là di quelli previsti direttamente nel contratto (ad esempio doveri di cooperazione che possono specificarsi in doveri di informazione o anche di protezione della persona) o doveri derivanti dalla legge o dagli usi. La norma tributaria di cui all'art. 32, D.P.R. n. 600 del 1973 può, per tale tramite, assumere rilevanza sul piano civilistico e contribuire a definire il contenuto degli obblighi cui è tenuta la società fiduciaria.

Chiarito, quindi, che la norma fiscale esplica effetti sul contenuto del contratto, si deve verificare quali conseguenze gravino sulla società fiduciaria in caso di inadempimento di tale obbligo.

La responsabilità della società fiduciaria si colloca nell'alveo della responsabilità contrattuale di cui agli artt. 1218 e s. cod. civ. L'art. 1218 cod. civ. pone il principio generale secondo cui dall'inadempimento di uno degli obblighi che fondano il contratto deriva la responsabilità per gli eventuali danni cagionati. In caso di contestazione, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁽⁷⁾ in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento.

Per paralizzare le eventuali pretese del fiduciante,

Note:

(5) A. Di Majo, La responsabilità contrattuale – modelli e rimedi, Torino, 2002, p. 73.

(6) Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, Giur. it., 1995, I, 852.

(7) Cass., 13 giugno 2006, n. 13674, Mass. Foro it., 2006, 1120.

si ritiene quindi opportuno che la società fiduciaria comunichi, come detto anche in precedenza, la notizia delle indagini attraverso un mezzo di cui possa agevolmente fornire evidenza. A questi fini si ritiene che la comunicazione mediante lettera con avviso di ricevimento possa costituire uno strumento agevole per consentire alla società fiduciaria di fornire prova dell'adempimento dei propri obblighi. Si potrebbe altresì ipotizzare la registrazione della conversazione durante la quale la società fornisce la notizia al proprio cliente. La giurisprudenza⁽⁸⁾ ammette che la registrazione su nastro magnetico di una conversazione telefonica può costituire fonte di prova, a norma dell'art. 2712 cod. civ., se colui contro il quale la registrazione è prodotta non contesti che la conservazione sia realmente avvenuta e con il tenore risultante dal nastro; all'ammissibilità di una prova siffatta non osta la previsione di cui all'art. 615 bis cod. pen., che incrimina le indebite interferenze da parte di terzi estranei alla conversazione, ma non ne vieta la riproduzione da parte del destinatario del messaggio telefonico.

La registrazione di una conversazione deve comunque avvenire nel rispetto delle norme in tema di *privacy*, che, tra gli altri obblighi, richiedono di ottenere dall'interessato il consenso alla registrazione.

Il fiduciante, dopo aver fornito la prova dell'inadempimento, deve fornire quella dell'esistenza del danno lamentato e della sua riconducibilità al fatto del debitore; a tal fine l'art. 1218 cod. civ., che pone una presunzione di colpevolezza dell'inadempimento, non agevola la posizione del danneggiato in ordine alla prova dell'effettiva esistenza del danno derivante dall'inadempimento⁽⁹⁾.

Si ricorda, a questo proposito, che in caso di inadempimento contrattuale, ai fini della quantificazione del danno valgono i principi di cui agli artt. 1223 e s. cod. civ.

Dal punto di vista oggettivo, l'art. 1223 cod. civ. statuisce che il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita dal creditore per le spese sopportate (c.d. danno emergente), sia il mancato guadagno (c.d. lucro cessante), in quanto sia conseguenza immediata e diretta dell'illecito (c.d. nesso di causalità). Deve comunque darsi atto, ad opera della giurisprudenza, dell'allargamento delle fattispecie di danno risarcibile. La Cassazione⁽¹⁰⁾, muovendo dall'interpretazione dell'art. 1225 cod. civ. secondo cui il risarcimento risulta limitato al danno che poteva prevedersi (secondo diligenza) nel tempo in cui è sorta

l'obbligazione, ha chiarito che l'imprevedibilità del danno conseguente dall'inadempimento colpevole del debitore non costituisce un limite all'esistenza del danno stesso, ma soltanto alla misura del suo ammontare e, quindi, determina la limitazione del danno risarcibile a quello prevedibile non da parte dello specifico debitore, bensì avendo riguardo alla prevedibilità astratta inerente ad una data categoria di rapporti, secondo le ordinarie regole di comportamento dei soggetti economici, e cioè secondo un criterio di normalità in presenza delle circostanze di fatto conosciute.

Concorre all'ampliamento della fattispecie di danno risarcibile anche quell'orientamento⁽¹¹⁾ che ammette il risarcimento del danno da perdita di *chance*. La *chance* di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto bensì un'entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita è considerata costituire una lesione all'integrità del patrimonio risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del danneggiante. Tuttavia, il creditore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di *chance* ha l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta.

Nella sentenza 13 dicembre 2001, n. 15759⁽¹²⁾, è stato ritenuto che, in tema di responsabilità professionale (nella specie, di un dottore commercialista), la negligenza del professionista che abbia causato al cliente la perdita della *chance* di intraprendere o di proseguire una lite in sede giudiziaria determina un danno per il quale non può, di regola, porsi alcun problema di accertamento sotto il profilo dell'*an* – una volta accertato l'inadempimento contrattuale sotto il profilo della ragionevole probabilità che la si-

Note:

(8) Cass., 11 dicembre 1993, n. 12206, Dir. famiglia, 1995, 93.

(9) Cass., 18 marzo 2005, n. 5960, Foro amm. – Cons. Stato, 2005, 3031 (m).

(10) Cass., 11 agosto 2004, n. 15559, Giust. civ., 2005, I, 1562.

(11) Cass., 11 dicembre 2003, n. 18945, Resp. civ., 2004, 751.

(12) Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, Giust. civ., 2002, I, 1285.

tuazione lamentata avrebbe subito, per il cliente, una diversa e più favorevole evoluzione con l'uso dell'ordinaria diligenza professionale – ma solo, eventualmente, sotto quello del *quantum*, dovendo tale danno liquidarsi in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete e ragionevoli possibilità di risultati utili, ed assumendo, come parametro di valutazione, il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo (deducibile, quest'ultimo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta), ovvero ricorrendo a criteri equitativi ex art. 1226 cod. civ.

Ove pertanto il fiduciante volesse far valere la responsabilità della società fiduciaria, in primo luogo il giudice dovrebbe accertare quali possibilità si sarebbero offerte al fiduciante ove questi avesse avuto comunicazione dell'avvio delle indagini nei suoi confronti.

A questo riguardo preme sottolineare, con riserva di tornare sul punto più dettagliatamente nel prosieguo, che, in questa fase dell'accertamento, il contribuente non ha poteri attivi, solo all'Amministrazione Finanziaria viene riconosciuto il potere di indirizzare la procedura. Anche a seguito della comunicazione, il contribuente non può per questo provocare l'Amministrazione Finanziaria per avviare una fase in contraddittorio.

La scelta del legislatore di far pervenire al contribuente notizia dell'avvio di indagini finanziarie nei suoi confronti consente al contribuente di iniziare ad approntare le proprie difese per la successiva, ed eventuale, fase contenziosa. Il contribuente – fiduciante, per agire nei confronti della società fiduciaria, dovrà quindi dimostrare, ad esempio, di non aver potuto iniziare a strutturare la propria difesa per colpa del ritardo o dell'omissione nella comunicazione e che, diversamente, ove avesse avuto tale notizia, avrebbe potuto presentare all'Amministrazione difese più efficaci, ad esempio, presentando documenti che non ha potuto tempestivamente reperire.

Quanto all'ammontare del danno lamentato, si ricorda che il contribuente dovrà dimostrare la possibilità di conseguire risultati utili nelle fasi successive all'emissione dell'avviso di accertamento (atteso che, come chiarito, prima di tale momento il contribuente non dispone di alcun potere di iniziativa). Dovrebbe quindi dimostrare i vantaggi in termini di riduzione del debito fiscale che avrebbe potuto ottene-

re, fermo restando che, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, il giudice può comunque procedere a liquidarlo equitativamente.

Alle luce delle considerazioni che precedono, pare quindi che al fiduciante sia riconosciuto il potere di agire in via contrattuale contro la società fiduciaria per far valere l'eventuale inadempimento di quest'ultima all'invio della prevista informativa.

In eventuale sede contenziosa, al contribuente spetta, quindi, allegare la mancata comunicazione e provare il danno subito nell'*an* e nel *quantum*. Quanto a questo secondo profilo, il giudice può sopperire parzialmente alle difficoltà che il contribuente – fiduciante potrebbe incontrare liquidando equitativamente il danno.

A favore della società fiduciaria, d'altro canto, milita l'esiguità dei poteri di cui il contribuente dispone nella fase in cui si situa l'inadempimento – circostanza della quale non si può non tenere conto in sede di dimostrazione del danno –, tuttavia non può di per sé escludersi la circostanza che il contribuente – fiduciante possa effettivamente subire un pregiudizio dal ritardo o dall'assenza della comunicazione.

Potrebbe, quindi, apparire altresì opportuno per le società fiduciarie disciplinare nel contratto di interposizione fiduciaria le condizioni relative alle modalità di adempimento all'obbligo di comunicazione immediata, con particolare riferimento ai tempi entro i quali tale informazione deve essere fornita ed attraverso quale modalità⁽¹³⁾ e le eventuali conseguenze dell'inadempimento.

■ Poteri del contribuente sottoposto ad indagini

Come chiarito in precedenza, la circolare ribadisce che l'operatore finanziario, una volta ricevuta la notifica della richiesta, deve darne notizia immediata al contribuente interessato. Si deve quindi procedere ad analizzare quali comportamenti il contribuente può adottare a seguito di tale richieste.

A questo proposito deve, in via preliminare, darsi conto delle indicazioni fornite dalla stessa Agenzia. L'Amministrazione Finanziaria fa proprio quell'o-

Nota:

(13) Oltre, come indicato in precedenza, con riferimento ai soggetti destinatari di tale comunicazione.

rientamento giurisprudenziale secondo cui l'autorizzazione, quale atto preparatorio allo svolgimento della fase endoprocedimentale dell'istruttoria, non assume rilevanza esterna, autonoma ai fini della sua immediata impugnabilità, in quanto non immediatamente né certamente lesivo sotto il profilo tributario della posizione giuridica del contribuente interessato che non ha ancora subito o potrebbe addirittura non subire alcun atto impositivo.

Tale posizione dell'Agenzia riposa sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed, in particolare, sulla decisione 7 aprile 1995, n. 264 che si segnala per l'affermazione di alcuni principi, così riassumibili:

a) al contribuente non è consentita la conoscenza immediata, nel corso del procedimento di accertamento, dell'atto con il quale il Comandante di zona della Guardia di finanza o, analogamente, l'ispettore compartimentale delle imposte dirette abbia autorizzato gli organi accertatori a richiedere agli istituti di credito e all'Amministrazione postale i documenti e le informazioni relative ai conti intrattenuti con il contribuente, come previsto dall'art. 32 D.P.R. n. 600/1973; la stessa limitazione opera per gli altri atti emessi nel corso di un procedimento tributario, anche quando essi incidano su diritti di iniziativa e di proprietà tutelati costituzionalmente;

b) l'esercizio del diritto di accesso è consentito al contribuente solo al termine del procedimento ed esso gli permetterà di controllare la legittimità dell'atto e di sindacare in via derivativa l'atto di accertamento;

c) gli atti amministrativi emessi nel corso del procedimento tributario (o le decisioni di effettuarli), pur incidendo su diritti di iniziativa e di proprietà tutelati costituzionalmente, non sono dotati di autonomia impugnabilità.

L'Agenzia delle Entrate non tralascia la circostanza che la legge 7 agosto 1990, n. 241 (di seguito, "legge n. 241 del 1990") sia stata modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 (di seguito, "legge n. 15 del 2005"), ma anzi conferma la perdurante validità delle proprie conclusioni e quindi la circostanza che "resta ora esclusa temporaneamente l'accessibilità – tra i vari atti preparatori – della predetta autorizzazione, nonostante l'avvenuta soppressione del rinvio all'art. 13, comma 2, da parte del comma 6 dell'art. 24, atteso che quest'ultimo articolo – nella nuova formulazione di cui alla citata legge n. 15 del 2005 – al comma 1, lettera c), prevede, nel complesso, l'esclusione del diritto di accesso "nei procedimenti tributari, per

i quali restano ferme le particolari norme che li regolano".

Deve ora procedersi ad analizzare più dettagliatamente le modifiche apportate alla legge n. 241 del 1990 dalla legge n. 15 del 2005 recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi".

Il nuovo art. 22, I comma, definisce la nozione di "diritto di accesso", "interessati", "controinteressati", "documento amministrativo" e "pubblica amministrazione". Il diritto di accesso si atteggia ad autonomo "diritto all'informazione", avente una portata propria e distinta dalla situazione giuridica soggettiva cui è collegato e con la quale non va in nessun modo confuso. Il fondamento giuridico del diritto di accesso (conoscitivo), quindi, va individuato nel principio di trasparenza dell'attività amministrativa e, più a monte, negli artt. 87 e 98 della Costituzione, ove si enuncia il principio del buon andamento dei pubblici uffici. Non a caso, la novellata legge n. 241 del 1990, oltre ad orientare l'esercizio della Pubblica Amministrazione ai criteri di economicità, efficacia e pubblicità, a seguito delle modifiche di cui alla legge n. 15 del 2005, richiama altresì l'importanza del principio di trasparenza, il quale è stato reputato dal legislatore come la necessaria base per un corretto rapporto con il cittadino e, in quanto tale, come un criterio generale idoneo a determinare una diminuzione del tasso di contenzioso.

Inoltre, il legislatore della novella ha finalmente chiarito che rientrano nella nozione di documenti accessibili tutti gli atti detenuti dall'Amministrazione procedente, ivi compresi, dunque, gli atti interni e quelli adottati da altre autorità o soggetti, siano essi pubblici o privati.

La nuova disciplina in materia di accesso ha delineato con maggiore chiarezza anche i limiti all'esercizio di tale strumento. Infatti, con lo specifico intento di porre fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulle ipotesi di esclusione del diritto di accesso e di applicazione delle norme che lo disciplinano, il nuovo testo dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 16 della legge n. 15 del 2005, contiene una elencazione, da considerarsi certamente tassativa, delle predette ipotesi di esclusione.

In particolare, in tema di diritto di accesso, la norma rinnovata prevede, all'art. 23, la facoltà generalizzata di acquisire tutti i documenti amministrativi, "ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24,

commi 1, 2, 3, 5 e 6". Tale ultimo articolo, al primo comma, lett. b), ora prevede che il "diritto di accesso (sia) escluso nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le norme che li regolano". Inoltre, la legge n. 15 del 2005 ha integralmente abrogato (e sostituito) il VI comma dell'art. 24 legge n. 241 del 1990, oggetto dei richiamati interventi giurisprudenziali. Ai sensi del I comma del nuovo testo dell'art. 24 il diritto di accesso è escluso in quattro ipotesi che possono così sintetizzarsi:

- a) documenti coperti dalle varie forme di segreto;
- b) nei procedimenti tributari;
- c) nell'ambito dell'attività di formazione di atti generali, di programmazione e di atti normativi;
- d) nei procedimenti selettivi.

Per quanto qui di interesse, si precisa che, fra le altre, ricorre l'esclusione dall'applicazione del diritto di accesso anche "nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano" (lettera b) del I comma) e non va più operata alcuna distinzione tra atti endoprocedimentali o meno. Tale disposizione sostituisce il controverso tenore dell'art. 24, VI comma, che pure prevedeva la non applicazione della disciplina sul diritto di accesso alla materia dei procedimenti tributari di accertamento.

Ad una prima analisi, si potrebbe osservare che, essendo il diritto di accesso escluso "nei procedimenti tributari" e non già con riguardo agli atti "dei" procedimenti tributari, il legislatore abbia di fatto inteso vietare l'accessibilità non agli atti tributari in sé, ma unicamente a quelli rientranti nell'ambito dei procedimenti *in itinere*, cioè non ancora definiti. Secondo tale impostazione⁽¹⁴⁾, non vi sarebbero sostanziali elementi di novità rispetto al regime pregresso: continuerebbero ad essere esclusi, cioè, gli atti endoprocedimentali. Va subito osservato che il percorso logico – argomentativo alla base di tale costruzione non trova conforto nella scheda illustrativa al disegno di legge che ha poi portato alla pubblicazione della legge n. 15 del 2005. Peraltro, avuto riguardo a tale chiave di lettura, suscita difficoltà interpretative di non poco momento la locuzione per la quale "nei procedimenti tributari [...] restano ferme le particolari norme che li regolano". Accedendo all'interpretazione sopra esposta, infatti, tale formulazione letterale risulterebbe del tutto ultronea, a meno di non ritenere che il riferimento sia esclusivamente a norme speciali che consentano, in alcune ipotesi, l'accessibilità ad atti tributari endoprocedimentali.

La disposizione in esame pare così attribuire carattere di specialità al diritto di accesso in materia tributaria. Infatti, se da un lato, viene escluso che il contribuente possa esercitare tale diritto così come disciplinato dalla stessa legge n. 241 del 1990, dall'altro, tuttavia, si rinvia alla legislazione speciale per offrire una regolamentazione autonoma, quasi a voler sottintendere che l'accesso non è escluso *a priori*⁽¹⁵⁾.

In materia tributaria, tale specifica regolamentazione si rinviene, *in primis*, nello Statuto dei diritti del contribuente (legge 27 luglio 2000, n. 212). L'art. 7 dello Statuto prevede che gli atti del procedimento tributario devono indicare "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione [...]". Se nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, questo deve essere allegato all'atto che lo richiama". Vi è, pertanto, l'obbligo di riportare integralmente, in ogni atto tributario con cui sia formalizzata una decisione dell'Amministrazione, i contenuti degli atti presupposti ovvero di richiamare questi ultimi *per relationem* e di allegarli.

Inoltre, l'art. 10 della medesima legge sancisce l'obbligo di improntare i rapporti fra Amministrazione e contribuente al "principio della collaborazione e della buona fede".

La preclusione generale di accessibilità agli atti tributari potrebbe così ritenersi soccombente dinanzi al diritto riconosciuto al contribuente, a mente delle citate disposizioni, di avere contezza degli atti e documenti, di suo interesse, formati dall'Amministrazione Finanziaria e richiamati in altri atti che gli siano stati notificati, al fine di verificarne la legittimità formale, la congruità della relativa motivazione e sindacarne, se del caso, i contenuti. Non solo, infatti, la legge 27 luglio 2000, n. 212 è da ritenersi legge ad efficacia rafforzata, ma configura proprio la particolare norma che regola i procedimenti tributari, richiamata dall'art. 24 della legge n. 241 del 1990, idonea a superare la previsione generale dell'esclusione del diritto di accesso.

È stato sottolineato che una differente interpretazione violerebbe peraltro anche principi di rango co-

Note:

(14) P. Borrelli, Diritto di accesso del contribuente agli atti del procedimento tributario, *Corriere trib.*, 2005, 2377.

(15) L. Ferlazzo Natoli – F. Martines, La L. n. 15/2005 nega l'accesso agli atti del procedimento tributario. In *claris non fit interpretatio?*, *Rass. trib.*, 2005, 1490.

stituzionale(16). Si è in particolare osservato che in capo al contribuente, soggetto passivo del procedimento di accertamento, sussiste una posizione soggettiva di interesse legittimo meritevole di tutela prima e a prescindere dalla adozione di eventuali atti impositivi. La posizione di interesse legittimo cui si fa riferimento rileva, dunque, non solo in una prospettiva processualistica, ma anche (e soprattutto) quale situazione giuridica sostanziale meritevole di tutela nello svolgimento dell'azione amministrativa. La tutela dell'interesse (legittimo), inoltre, trova copertura di rango costituzionale nella norma contenuta nell'art. 24 Cost.; il che rende ancora più stridente e priva di giustificazione la negazione di detta tutela ad opera di una norma di carattere generale quale il nuovo art. 24 legge n. 241 del 1990.

La "costituzionalizzazione" dell'interesse legittimo implica la "costituzionalizzazione" del principio del contraddittorio; e, ciò in quanto alla luce della evoluzione della normativa tributaria, la situazione giuridica soggettiva qualificata come interesse legittimo trova la sua genesi nel mancato rispetto del principio del contraddittorio da parte dell'Amministrazione Finanziaria nella fase istruttoria. È innegabile che l'esclusione del diritto di accesso da parte del contribuente agli atti del procedimento accertativo, sin dal suo avvio ed a prescindere dall'esito dello stesso, implichi una palese violazione del principio del contraddittorio procedimentale, che, come è noto, trova consacrazione in più settori della normativa tributaria, primo fra tutti nello Statuto dei diritti del contribuente(17).

Una compiuta attuazione del principio del contraddittorio, infatti, non dovrebbe poter prescindere dal riconoscimento della facoltà del contribuente di prendere visione ed estrarre copia degli atti in possesso dell'Amministrazione Finanziaria e dei quali gli uffici si possono servire per condurre l'istruttoria e definire l'accertamento. In questa prospettiva, l'art. 24 legge n. 241 del 1990 appare foriero di notevoli dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 24 Cost.

Dubbi di costituzionalità, infine, potrebbero sorgere anche in relazione al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.: e ciò in quanto non v'è ragione per escludere il diritto di accesso in materia tributaria a fronte di una sempre maggiore apertura in tal senso degli altri settori dell'azione amministrativa.

Aderendo a questa impostazione, si potrebbe ritenere impugnabile in via autonoma il provvedimento

autorizzatorio. A questo proposito pare doversi affrontare la questione relativa al giudice competente.

L'articolo 7, IV comma dello Statuto del contribuente, precisa come "La natura tributaria dell'atto non preclude il ricorso agli organi di giustizia amministrativa quando ne ricorrono i presupposti". In tale ottica, la scriminante tra giurisdizione tributaria e amministrativa va ricercata in termini di differenziazione tra atti amministrativi il cui unico effetto è rivolto a finalità di soluzione tributaria (Commissioni) e atti idonei a produrre effetti ulteriori e diversi rispetto a quelli propriamente tributari (TAR). Occorre quindi fare riferimento alla natura dell'atto e/o al tipo di vizio denunciato laddove coinvolga solo profili estranei e/o differenziati rispetto a quelli strettamente tributari.

Nel caso di specie, si dovrebbe ipotizzare la competenza del giudice amministrativo, in quanto l'atto autorizzatorio, prima di esplicare effetti tributari, incide su posizioni soggettive, non di natura strettamente tributaria, riconosciute e tutelate dall'ordinamento.

Alla luce delle considerazioni che precedono pare comunque doversi concludere escludendo la possibilità per il contribuente di far valere il diritto di accesso agli atti del procedimento. Pur ritenendosi auspicabile un nuovo intervento legislativo che meglio coordini la legge n. 241 del 1990 con i principi dello Statuto del contribuente, allo stato attuale non può darsi atto che il consolidato orientamento giurisprudenziale nega al contribuente tale facoltà, come anche riconosciuto in dottrina(18).

■ Riservatezza

La circolare interviene anche sul tema della riservatezza dei dati e delle informazioni scambiate (punto 4.6. della circolare).

Si ricorda, brevemente, che le necessità di tutela-

Note:

(16) L. Ferlazzo Natoli, La tutela del contribuente nel procedimento istruttoria (tra *convention ad excludendum* ed uguaglianza costituzionale), Dir. e pratica trib., 2006, 577.

(17) L. Ferlazzo Natoli - R. Salvatore, La tutela del contribuente ex articolo 12 della legge n. 212/2000, Boll. trib., 2002, 1045; S. La Rosa, Accesso agli atti dispositivi di verifiche fiscali e tutela del diritto alla riservatezza, Riv. dir. trib., p. II, 1996, 1119.

(18) F. Tesaro, Istituzioni di diritto tributario, 1 - Parte generale, Torino, 2006, p. 163.

re il diritto alla *privacy* dei contribuenti accertati era stata rimarcata dal Garante per la *Privacy* con il provvedimento del 25 maggio 2005. In tale sede, il Garante, per garantire il rispetto dei principi di selettività, proporzionalità e di pertinenza delle informazioni raccolte presso gli interessati e presso terzi di cui all'art. 11, lett. b) e d), D. Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, c.d. "Codice in materia di protezione dei dati personali", ha precisato che le informazioni che saranno richieste in via telematica dall'Amministrazione Finanziaria dovranno "rispettare comunque i presupposti normativi che giustificano solo verifiche mirate ed in casi selettivamente individuati"; e saranno quindi legittime solo "richieste proporzionate e circoscritte a casi di effettivo interesse".

L'interazione tra accertamenti fiscali e tutela della *privacy* ha così comportato che il successivo provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate volto a stabilire le disposizioni attuative e le modalità di trasmissione delle richieste, delle risposte, nonché dei dati e delle notizie (limitatamente alle richieste di dati di cui al medesimo I comma, n. 7) fosse sottoposto alla previa consultazione del Garante, in conformità al Codice e al diritto comunitario (art. 154, IV comma del Codice; art. 28, § 2, direttiva n. 95/46/CE) "anche per prevenire il vizio dell'atto adottato e la possibile inutilizzabilità dei dati trattati".

Per prevenire tale vizio, il Direttore dell'Agenzia delle Entrate, una volta emanato il provvedimento attuativo previsto dall'art. 32, III comma D.P.R. n. 600 del 1973, lo ha inoltrato al Garante per la *Privacy*. Si tratta del provvedimento 22 dicembre 2005, n. 188870, ove vengono forniti importanti chiarimenti circa l'esatta individuazione delle operazioni oggetto dello scambio telematico di informazioni tra Amministrazione Finanziaria e intermediari finanziari. Tale provvedimento reca molteplici tutele a favore del contribuente nei nuovi accertamenti finanziari: l'indicazione dell'autorizzazione rilasciata dall'autorità competente, la puntuale indicazione del contribuente accertato, l'esatta indicazione dei movimenti oggetto di indagine. La previsione di tali garanzie ha permesso al Garante della *Privacy* di esprimere nel parere del 21 dicembre 2005 il proprio apprezzamento per il provvedimento senza necessità di formulare alcun rilievo. Il Garante, in particolare, ha riconosciuto che il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate è in linea con "i principi di necessità, pertinenza e non eccedenza" nella richiesta di informazioni sanciti dal Codice in materia di

protezione dei dati personali. A parere del Garante, il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate realizza un equo contemperamento tra le esigenze dell'accertamento e le esigenze del contribuente di evitare indebite aggressioni nella propria sfera di riservatezza personale.

Nella circolare n. 32 del 2006, l'Agenzia delle Entrate torna sul punto richiamando all'attenzione dei soggetti titolari del potere autorizzatorio il dovere di ribadire agli uffici richiedenti, nell'atto di autorizzazione, l'osservanza delle necessarie cautele sia nella fase acquisitiva dei dati con riferimento a tutta la normativa sopra commentata e sia nella fase del trattamento dei dati medesimi come previsto dal Codice in materia di protezione dei dati personali.

Inoltre, l'Agenzia richiama le proprie regole comportamentali per la sicurezza informatica e il trattamento dei dati su supporto cartaceo, le quali – si puntualizza – "ovviamente devono essere osservate, nell'esercizio delle rispettive funzioni assegnate dal personale civile e militare impegnato nelle indagini creditizie e finanziarie. In proposito, non è superfluo sottolineare che le stesse regole trovano applicazione anche nel sistema telematico introdotto dai commi 402 e 403", legge 30 dicembre 2004, n. 311.

In questa ottica, vengono individuati due ambiti in cui, in modo particolare, la riservatezza dei dati deve essere garantita:

- da parte degli intermediari, nella raccolta e nella trasmissione dei dati a essi richiesti;
- da parte degli uffici e degli altri organi, nella custodia e nell'utilizzo dei dati acquisiti.

Relativamente al primo profilo, qui di interesse, l'Agenzia distingue tra richieste:

- a) anteriori al 1° settembre 2006;
- b) posteriori al 1° settembre 2006.

Con riferimento all'ipotesi *sub a)*, resta ferma la prassi amministrativa delineata con la circolare n. 116/E del 1996. Pertanto, il responsabile della struttura coinvolta, non appena predisposta la documentazione richiesta (copia dei conti, operazioni fuori conto, ecc., concernenti il contribuente sottoposto a controllo), è obbligato ad usare la massima cautela per impedire che della documentazione stessa possano prendere visione soggetti non autorizzati, provvedendo a trasmettere, in plico chiuso, i dati raccolti, indirizzandoli in forma riservata al titolare dell'ufficio richiedente.

Con riferimento all'ipotesi *sub b)*, data da cui opera in via esclusiva la nuova procedura telematica

dell'inoltro delle richieste e dell'invio delle risposte, risulta applicabile quanto previsto dal provvedimento 22 dicembre 2005, n. 188870. Il provvedimento non solo codifica in dettaglio i rapporti e le operazioni monitorate, nonché quelle escluse in quanto già disponibili per il Fisco in altra maniera (si tratta, ad esempio, di informazioni quali il pagamento di utenze, contributi assicurativi e previdenziali, ovvero le imposte e le tasse), ma delinea anche in maniera puntuale il contenuto delle richieste che gli uffici possono formulare. Esse devono contenere l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata dalle autorità competenti (direttore centrale dell'accertamento, direttori regionali dell'Agenzia o comandante regionale della Guardia di Finanza), la data della richiesta e la data di fine dell'indagine così da definire la decorrenza del periodo di tempo per il quale viene effettuata la richiesta di informazioni. La richiesta può essere relativa a un determinato soggetto sottoposto ad indagine per il quale si richiedono rapporti, movimenti e operazioni, oppure può essere relativa ad una particolare operazione o serie di operazioni precisamente individuate per le quali si richiedono i dati dei soggetti coinvolti. È inoltre ribadito che tutti i dati devono essere raccolti e trasmessi nell'osservanza della normativa in materia di riservatezza, nel rispetto del diritto alla protezione dei dati personali e devono essere strettamente "utilizzati per il controllo e la valutazione della capacità contributiva dei singoli contribuenti, assicurando il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali [...]">(19).

■ Notificazione

Relativamente alle modalità di notifica della richiesta di indagine agli intermediari, l'Agenzia precisa che la richiesta di indagini finanziarie, rivestendo anch'essa natura recettizia, deve essere notificata al soggetto destinatario in quanto la produzione dei relativi effetti si ricollega, appunto, alla notificazione della richiesta stessa; infatti, il termine per l'operatore finanziario per rispondere alle richieste decorre dalla data del suo ricevimento da parte dell'operatore stesso.

La circolare in esame precisa che i tradizionali mezzi di notifica (notifica a mezzo ufficiale giudiziario, a mezzo posta e a mani proprie da parte degli stessi uffici) risultano conaturati al sistema cartaceo delle richieste ed hanno ceduto il posto a una metodologia informatica di notifica in conseguenza della

previsione normativa di cui alle lettere c) dei commi 402 e 403 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 che ha introdotto una nuova ed esclusiva procedura telematica delle richieste e delle risposte.

Come precisato nel provvedimento direttoriale del 22 dicembre 2005, "con il sistema di posta elettronica certificata, così come stabilito all'articolo 4 del decreto del Presidente della Repubblica 11 febbraio 2005, n. 68, si garantisce il rispetto delle stesse regole, previste per la comunicazione tramite raccomandata".

Per gli operatori finanziari, quindi, il termine per adempiere decorrerà dalla ricezione della richiesta inviata dagli uffici finanzia tramite posta elettronica certificata.

■ Decorrenza

Seguendo il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione formatosi con riferimento alla disciplina sulle indagini bancarie contenuta nella legge 30 dicembre 1991, n. 413, le disposizioni introdotte in tema di accertamenti bancari non andrebbero ad incidere, neppure in via indiretta, sulle modalità di determinazione della base imponibile, non interferirebbero sul rapporto tributario, non introdurrebbero nuove infrazioni o sanzioni prima non previste, né toccherebbero l'onere dell'Amministrazione Finanziaria di provare la pretesa impositiva, ma avrebbero natura meramente procedimentale e si occuperebbero soltanto dell'attività di indagine ed accertamento.

Da qui la natura squisitamente procedimentale delle disposizioni, e la conseguente applicazione a carico del contribuente anche per il passato, purché entro i termini decadenziali previsti per l'accertamento dall'art. 43 D.P.R. n. 600 del 1973 e dall'art. 57 D.P.R. n. 633 del 1972.

Tale posizione trova conferma nella circolare n. 32/E del 2006 laddove si riconosce alle modifiche introdotte "l'indubbia natura procedimentale delle

Nota:

(19) Tecnicamente, l'architettura della nuova procedura si fonda:
– sull'informatizzazione del flusso delle richieste e delle risposte in maniera aperta tramite l'utilizzo del formato XML, quale contenitore in cui inserire le informazioni;
– sulla posta elettronica certificata – le cui regole di utilizzo sono fissate dal regolamento emanato con il D.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68, pubblicato nella G.U. n. 97 del 28 aprile 2005 e dal decreto 2 novembre 2005, pubblicato nella G.U. n. 266 del 15 novembre 2005 – la quale consente di produrre gli stessi effetti giuridici che attualmente sono tipici delle notifiche a mezzo raccomandata.

stesse, che non hanno mutato né il profilo sostanziale dei singoli ambiti impositivi né, tanto meno, quello sanzionatorio, laddove l'espansione della valenza probatoria degli esiti acquisiti trova una naturale e concreta sterilizzazione nelle prerogative che la stessa legge conferma per quanto riguarda la effettiva tutela e garanzia del contribuente (autorizzazione, informazione)".

In tal senso, potranno costituire oggetto di indagine tutti gli anni ancora accertabili alla data di effettuazione del controllo, purché l'iniziativa ispettiva sia posteriore all'entrata in vigore della novella legislativa, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità, sempre con riferimento alle modifiche introdotte in materia di accertamenti bancari dall'art. 18 legge 30 dicembre 1991, n. 413.

L'Agenzia precisa, inoltre, che il nuovo sistema di indagini istruttorie nel suo complesso non soggiace, quindi, al disposto di cui all'art. 3, II comma, dello Statuto dei diritti del contribuente, atteso che tale disposto prevede testualmente che "in ogni caso le disposizioni tributarie non possono prevedere adempimenti a carico dei contribuenti la cui scadenza sia fissata anteriormente al sessantesimo giorno dalla data della loro entrata in vigore [...]". Gli "adempimenti" di cui trattasi sono, infatti, previsti a carico dell'intermediario, quale soggetto terzo, e non nei suoi confronti come "contribuente".

■ Considerazioni conclusive

La materia degli accertamenti finanziari ha subito nel corso degli anni una rapida evoluzione. Prima, in base all'art. 10, n. 12, legge delega per la riforma tributaria 9 ottobre 1971, n. 825, si riconosceva l'esistenza nell'ordinamento nazionale del principio del segreto bancario prevedendo che vi si potesse derogare in casi di particolare gravità tassativamente determinati nel contenuto e nei presupposti. Con la legge 30 dicembre 1991, n. 413, e a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 51 del 18 febbraio 1992(20), si è realizzata un'inversione di tendenza che ha segnato l'uscita dai principi e criteri direttivi della legge delega, determinando il totale superamento del segreto bancario. Le indagini bancarie non vengono più subordinate a specifiche fattispecie legittimanti e all'autorizzazione del Presidente della Commissione tributaria di primo grado, ma soltanto all'autorizzazione degli organi amministrativi o giurisdizionali, senza predeterminare i criteri per il suo rilascio.

L'autorizzazione è così divenuta la "chiave di volta" del sistema(21) e lo strumento per tutelare l'interesse alla riservatezza dei conti correnti bancari e porre i privati al riparo dall'esercizio arbitrario del potere di indagine(22). Le garanzie sono state così traslate "a valle"(23), spostate dal momento che precede l'esercizio dei poteri a quello in cui questi vengono esercitati ed a quello che segue l'esercizio.

Opportunamente, ed in maniera del tutto condivisibile, l'Agenzia, nella circolare n. 32 del 2006 in esame, ha precisato che tale autorizzazione ha "il precipuo scopo di evitare l'affiorare di prassi collocabili nell'alveo delle c.d. *fishing expeditions* ossia di richieste che non trovano radice in obiettive esigenze istruttorie connesse ad attività di indagine in corso. Tali richieste, in quanto non rispondenti alla *ratio legis* che ha ispirato la novella introdotta dalla legge, devono considerarsi non adeguatamente motivate e, come tali, devono essere respinte dalle autorità competenti al rilascio dell'autorizzazione". È stato così chiarito che i penetranti poteri di cui all'art. 32, n. 7, secondo periodo, D.P.R. n. 600 del 1973 non potranno essere utilizzati per fornire all'Amministrazione Finanziaria il punto di partenza della propria attività, bensì saranno una fase di un procedimento già avviato(24). L'Amministrazione Finanziaria, dunque, non

Note:

(20) A. Pace, Segreto bancario e asserita maggior tutela dei valori personalistici. Osservazione a C. Cost. 18 febbraio 1992, n. 51, Giur. cost., 1992, 297.

(21) R. Schiavolin, Appunti sulla nuova disciplina delle indagini bancarie, Riv. dir. trib., 1992, p. I, 36.

(22) L. Tosi, Segreto bancario: irretroattività e portata dell'art. 18 della L. n. 413 del 1991, Rass. trib., 1995, 1383.

(23) A. Viotto, I poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili dei libertà sanciti dalla Costituzione, Milano, 2002, p. 173.

(24) A sostegno di tale conclusione vale la pena menzionare anche le conclusioni cui era giunto il Garante della Privacy. Il suo intervento si è reso necessario a seguito della scelta del legislatore di imporre che lo scambio di informazioni tra l'Amministrazione Finanziaria e gli intermediari finanziari avvenga esclusivamente per via telematica. Con il Provvedimento del 25 maggio 2005, il Garante ha precisato che le informazioni che saranno richieste in via telematica dall'Amministrazione Finanziaria dovranno "rispettare comunque i presupposti normativi che giustificano solo verifiche mirate ed in casi selettivamente individuati"; e saranno quindi legittime solo "richieste proporzionate e circoscritte a casi di effettivo interesse", "anche per prevenire il vizio dell'atto adottato e la possibile inutilizzabilità dei dati trattati". Il provvedimento con il quale è stata data attuazione al meccanismo di scambio (si tratta del provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 22 dicembre 2005, n. 188870) ha ricevuto l'approvazione del Garante che ne ha riconosciuto (segue)

potrà legittimamente trarre dagli accertamenti bancari (primo o secondo periodo del n. 7 dell'art. 32) elementi per promuovere un'attività di accertamento (ad esempio, un accertamento sintetico specificamente fondato su tali elementi), ma da tali indagini potrà trarre elementi per proseguire, completare un'attività di accertamento in corso.

Tuttavia, si deve osservare che la questione si presenta ancora fluida. Ed invero gli eventuali comportamenti illegittimi dell'Amministrazione saranno sindacabili dal contribuente solo avverso il successivo avviso di accertamento. Questo rappresenta un elemento di criticità nella posizione del contribuente al quale non è consentito esercitare immediatamente il proprio diritto costituzionale alla difesa, ma anzi è obbligato ad attendere per lamentare eventuali invalidità nel rilascio dell'autorizzazione.

Si deve comunque ricordare che un'interpretazione che ampliasse i margini di manovra riconosciuti all'Amministrazione Finanziaria, oltre che dissonante rispetto alle altre disposizioni dell'art. 32 D.P.R. n. 600 del 1973, porrebbe le società fiduciarie in una posizione assolutamente peggiore rispetto agli altri intermediari finanziari così da rischiare la censura di incostituzionalità. Tale conclusione trova conforto in

quella che risulta essere la *ratio legis* della disposizione introdotta, che tende a superare il segreto fiduciario soltanto in presenza di garanzie sia formali che sostanziali idonee a preservare comunque le peculiarità del rapporto fiduciario.

È così affidato alla giurisprudenza il controllo circa il rispetto della normativa e dei presupposti entro i quali l'autorizzazione può essere rilasciata. Si deve, quindi, attendere per conoscere se l'Agenzia rispetterà l'orientamento di *self-restraint* che si è data e se lo stesso verrà confermato dalle commissioni tributarie e, finalmente, dalla Corte di Cassazione.

Nota:

(continua nota 24)

la conformità ai principi sanciti in tema di *privacy*. Nella circolare n. 32 del 2006, l'Agenzia delle Entrate torna sul punto richiamando all'attenzione dei soggetti titolari del potere autorizzatorio il dovere di ribadire agli uffici richiedenti, nell'atto di autorizzazione, l'osservanza delle necessarie cautele sia nella fase acquisitiva dei dati con riferimento a tutta la normativa sopra commentata e sia nella fase del trattamento dei dati medesimi come previsto dal Codice in materia di protezione dei dati personali.

Inoltre l'Agenzia richiama le proprie regole comportamentali per la sicurezza informatica e il trattamento dei dati su supporto cartaceo le quali, si puntualizza, "ovviamente devono essere osservate, nell'esercizio delle rispettive funzioni assegnate dal personale civile e militare impegnato nelle indagini creditizie e finanziarie. In proposito, non è superfluo sottolineare che le stesse regole trovano applicazione anche nel sistema telematico introdotto dai commi 402 e 403", legge 30 dicembre 2004, n. 311.

Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F.

di **Duccio Zanchi**

Prima della riforma della legge fallimentare, quello degli accordi di ristrutturazione era apparso un terreno ideale per l'impiego del trust. Le modifiche introdotte di recente, e le sostanziali variazioni apportate, hanno fatto sorgere il dubbio che le nuove disposizioni, e segnatamente il periodo di sessanta giorni indicato dalla legge come tempo durante il quale non sono consentite azioni cautelari ed esecutive nei confronti del patrimonio del debitore, quali disposizioni inderogabili, impediscano di fatto la possibilità di ricorrere al trust in questo ambito. Partendo dall'esame di un caso concreto e da una ricostruzione della fattispecie, l'articolo cerca di dimostrare il contrario.

L'esame della documentazione attinente a un accordo di ristrutturazione, nel quale era stata prevista l'utilizzazione di un trust, ha costituito lo spunto per una serie di riflessioni sulla fattibilità dell'operazione nel suo insieme nonché sulle possibilità di utilizzo di questo strumento nell'ambito del nuovo istituto.

Tali osservazioni sono state formulate con riferimento alla prima stesura dell'art. 182 bis R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito: «L.F.»), norma in vigore al momento in cui l'accordo di ristrutturazione di cui ci si occupa venne sottoposto all'approvazione(1).

Le variazioni addotte mutano peraltro un aspetto rilevante della procedura che potrebbe riverberarsi negativamente sulla stessa possibilità di applicare un trust alla procedura degli accordi, e che quindi saranno esaminate con particolare cura.

■ La fattispecie

Si tratta di una s.r.l. che versa in una situazione di crisi di liquidità che, in quanto tale, legittima il ricorso alla procedura degli accordi(2).

Il commercialista della società provvede dunque:

- a predisporre un accordo ex art. 182 bis L.F.;
- a stilare un atto di trust per le finalità che vedremo;

- a redigere una lettera esplicativa ai creditori per chiarire alcuni aspetti della soluzione prospettata;
- a predisporre la "relazione dell'esperto" prevista dalla legge.

L'accordo di ristrutturazione

L'accordo da sottoscrivere fra i creditori aderenti e il debitore prevedeva che, fermo "il regolare pagamento dei creditori rimasti estranei", attraverso la liquidazione del residuo compendio di attività della società interessata all'accordo, i creditori aderenti acquisissero la qualifica di beneficiari del trust e venissero "soddisfatti secondo le modalità e le forme articolate specificamente nel separato atto costitutivo". Più dettagliatamente:

Duccio Zanchi - *Avvocato e Professore a contratto dell'Università di Siena.*

Note:

(1) In attuazione della delega ricevuta, il Consiglio dei Ministri, in data 7 settembre 2007, ha approvato il D. Lgs., "Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo n. 5 del 2006", recante riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali, nonché del regio decreto n. 267 del 1942 che ha modificato il testo dell'art. 182 bis L.F.

(2) Com'è noto la legge richiede che il presupposto per accedere alla procedura degli accordi sia la presenza di uno stato di crisi, addirittura anche in mancanza di uno stato patologico dell'imprenditore (P. Valensise, *Sub art. 182 bis*, in L. Nigro - M. Sandulli, *La riforma della legge fallimentare*, Napoli, 2006, 1089) non essendo richiesto che lo stesso debba essere dichiarato (A. Bello, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella riforma della legge fallimentare*, Riv. not., 2006, 321 e S. Pacchi Pesucci, *Il nuovo concordato preventivo*, consultabile sul sito Internet de Il Fallimento all'indirizzo <http://www.fallimento.ipsoa.it/Riforma.asp>). Secondo Trib. Bari, 21 novembre 2005, *Fallimento*, 2006, 169 (nota G. Presti), lo stato di crisi sarebbe individuato "in tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, sia che esse si siano già tradotte, sia che non si siano ancora tradotte, nello stato di insolvenza irreversibile rilevante ex art. 5 legge fallimentare ponendosi i concetti di 'crisi' e 'insolvenza' in rapporto, per l'appunto, di genere a specie". L'art. 160 L.F., al secondo comma, recita poi: "Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza".

tamente il debitore s'impegnava a istituire un trust nel quale conferire un immobile aziendale, il ricavato della cui vendita avrebbe consentito la soddisfazione dei beneficiari (creditori aderenti), nelle percentuali dei rispettivi crediti in linea capitale, dagli stessi convenute e accettate. Dal canto loro i creditori assumevano l'impegno "a non azionare i propri crediti fino alla pubblicazione del presente accordo nel registro delle imprese" che il debitore si impegnava a chiedere "secondo le forme e i termini di legge"⁽³⁾. Il debitore s'impegnava inoltre a depositare "entro il predetto termine" lo stesso accordo presso la competente cancelleria al fine di ottenerne l'omologa. Da ultimo l'accordo prevedeva una clausola in forza della quale "l'accettazione della proposta da parte dei creditori ad assumere la qualifica di beneficiari del trust oggetto di costituzione vale quale quietanza liberatoria delle rispettive posizioni creditorie vantate nei confronti del debitore con conseguente immediata tacitazione di ogni e qualsiasi pretesa e diritto di credito esistente tra la parte debitrice e tutti i creditori di cui alla premessa, in quanto appunto soggetti destinatari del trust".

Fra i creditori aderenti ve ne erano alcuni che, a garanzia di crediti accordati alla società, avevano acceso ipoteca sul bene che sarebbe dovuto essere conferito in trust.

Ritenendo che non fosse possibile che un bene gravato da garanzia reale potesse essere idoneo a venir utilizzato ai fini dell'accordo, il professionista aveva quindi proposto ai creditori ipotecari di rinunciare all'ipoteca ex art. 2878, n. 3 cod. civ. e di assumere contestualmente la qualifica di beneficiari del trust che sarebbe stato istituito dall'imprenditore.

L'atto istitutivo di trust

I punti salienti dell'accordo prevedevano nell'ordine:

- la legge italiana come legge regolatrice dell'atto;
- lo scopo di segregare il patrimonio conferito in trust al fine di destinare il ricavato della vendita al soddisfacimento dei beneficiari di seguito indicati, "quali creditori" del debitore. Seguiva inoltre una dettagliata descrizione della situazione patrimoniale dell'impresa della quale veniva ribadito lo stato di "mera crisi di liquidità", delle possibilità di cessione del bene conferito in un certo arco temporale nonché delle ragioni che facevano prevedere il conseguimento di un risultato della vendita in una misura superiore al valore di stima dell'immobile;

- l'apposizione di una condizione risolutiva "alla costituzione del trust e alla destinazione a esso del bene di cui oltre" consistente nell'ottenimento dell'omologa dell'accordo da parte del tribunale competente;

- la restituzione al debitore – disponente delle somme eccedenti la soddisfazione delle pretese dei creditori;

- una complessa clausola in forza della quale, laddove le offerte di acquisto dei beni si fossero rivelate insufficienti all'integrale soddisfacimento dei creditori, ma comunque tali da garantire il pagamento in favore dei beneficiari nella misura del 70% in linea capitale, il trustee avrebbe potuto adottare ogni decisione al riguardo. Se invece le offerte fossero risultate inferiori a tale percentuale il trustee era tenuto a chiedere un parere vincolante al guardiano con obbligo di uniformarsi a esso, "pena l'invalidità dell'atto medesimo";

- la durata del trust viene stabilita in cinque anni o prima laddove il trustee sia riuscito a vendere il fondo in trust, a liquidare le somme ricavate e a rendere il rendiconto al disponente;

- viene riconosciuta inoltre al disponente la possibilità di revocare il trust con il consenso del guardiano.

La lettera esplicativa

Essa chiarisce ai creditori aderenti all'accordo come il rilascio della quietanza anche da parte di quelli di loro muniti d'ipoteca sul bene da conferire in trust appaia inderogabile atteso che il piano "prevede l'inserimento del creditore ipotecario fra i beneficiari del trust in via irrevocabile", cosa che non potrebbe avvenire senza la liberazione del debitore che a ciò destina il suo unico bene immobile⁽⁴⁾. La solu-

Note:

(3) Questa pattuizione non appare necessaria, anzi, pleonastica. Da un lato, infatti, i creditori aderenti non avrebbero interesse a far fallire un'ipotesi di accordo che ha avuto il loro preventivo assenso. Dall'altro, il fatto di istituire un trust ha l'effetto di sottrarre automaticamente i beni conferiti alle iniziative dei creditori. Per un più articolato commento in merito si rinvia alle pagine che seguono.

(4) Al di là delle riserve rilevate in ordine all'atto di trust, la proposta venne poi declinata dalla banca sia perché in caso di mancata omologazione dell'accordo essa si sarebbe trovata ad aver perso la garanzia ipotecaria senza contropartite di sorta e con la probabilità, se non la certezza, del successivo fallimento dell'impresa, sia perché vi erano carenze evidenti nel piano redatto dall'esperto che ponevano seri dubbi circa la possibilità di poter ottenere l'omologazione.

zione proposta ai creditori, fra i quali quelli bancari vantavano un'ipoteca sui beni che poi sarebbero dovuti andare a costituire, e che poi ha rappresentato il motivo assorbente del diniego manifestato in ordine alla soluzione prospettata, era oltretutto discutibile nella sua ideazione perché nessuno rinunciava a una garanzia ipotecaria a fronte dell'acquisto della qualifica di trustee di un trust sottoposto a condizione risolutiva e per giunta revocabile!

In realtà si sarebbe dovuto procedere facendo sì che mentre il debitore conferiva il bene, il creditore ipotecario conferisse al trustee il diritto di rinunciare all'ipoteca a seguito dell'intervenuta omologazione dell'accordo laddove, ove questa non fosse intervenuta, il trust si sarebbe risolto e le banche avrebbero riacquisito la pienezza delle loro garanzie.

La relazione dell'esperto

Effettuata un'analisi della situazione economica dell'impresa, l'esperto conclude ritenendo il piano idoneo ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei nonostante che lo stesso ipotizzasse la possibilità di ottenere la rateizzazione di pendenze maturate verso l'erario e l'INPS e considerasse non più dovuti alcuni pagamenti a fornitori "attesa l'oggettiva difficoltà incontrata a reperire il creditore"(5).

■ Gli accordi di ristrutturazione

Questo istituto rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento e rappresenta dunque un terreno di confronto assolutamente inesplorato che si presta, anche nell'ottica della c.d. privatizzazione della procedura fallimentare, all'introduzione di soluzioni più innovative(6). Ai fini che interessano, occorre aver presente che l'accordo:

- deve essere strumento per realizzare una ristrutturazione dei debiti;
- deve essere stipulato con almeno il 60% dei creditori;
- deve essere accompagnato da una relazione di un esperto sull'attuabilità dell'accordo con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Se si esclude che, alla figura dell'"esperto", la nuova normativa ha sostituito il "professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) e dall'art. 161", queste disposizioni rimangono invariate(7).

Seguono poi:

- la pubblicazione nel registro delle imprese – momento in cui l'accordo acquista efficacia – con la possibilità per i creditori e ogni altro interessato di proporre opposizione entro trenta giorni;
- l'omologazione del tribunale, decise le opposizioni, con decreto motivato, reclamabile alla corte di appello entro quindici giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese.

Mentre l'accordo acquista ancora efficacia al momento della pubblicazione nel registro delle imprese, la nuova norma introduce la modifica più rilevante stabilendo appunto che: "dalla data di pubblicazione e per sessanta giorni, i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Si applica l'art. 168, secondo comma"(8).

La dottrina prevalente in materia(9) e la giurisprudenza finora apparsa(10) propendono per la natura autonoma di detti accordi piuttosto che considerarli come una modalità di realizzazione del concordato(11).

Note:

(5) Sulla base dei criteri emersi nella giurisprudenza, finora edita, si può affermare che ben difficilmente l'accordo che si esamina avrebbe ottenuto l'omologazione.

(6) La produzione dottrina in materia è già ampia. Per tutti, si veda G. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in S. Ambrosini (cur.), La riforma della legge fallimentare, Bologna, 2006 e bibliografia ivi citata.

(7) La relazione al decreto legislativo precisa, inoltre, che, in considerazione del fatto che si tratta di un'attività avente un contenuto marcatamente tecnico-contabile, il professionista incaricato anche in questo caso debba possedere, oltre le caratteristiche contemplate dall'articolo 28, lett. a) e b) del regio decreto, anche l'iscrizione nel registro dei revisori contabili.

(8) Così il testo della Relazione: "La protezione automatica del patrimonio del debitore risulta funzionale all'attuazione dell'accordo e, in particolare, alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei. Si è voluto in questo modo ovviare a una delle questioni che maggiormente potevano avere reso poco conveniente la presentazione di un accordo di ristrutturazione, al fine di rendere più agevole l'utilizzazione di un istituto che non ha avuto, a oggi, la diffusione auspicata".

(9) Per un'ampia disamina sul punto, cfr. S. Ambrosini, Commentario Zanichelli diretto da A. Jorio, Bologna, 2007, p. 2541 e ampia bibliografia ivi citata; L. Guglielmucci, Diritto fallimentare, Torino, 2006 e bibliografia citata.

(10) Cfr. Trib. Bari, 21 novembre 2005 [*supra*, nota 2]; Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, Fallimento, 2006, 669 (nota A. Nardecchia) e Trib. Milano, 21 dicembre 2005, Foro. it., 2006, 2563.

(11) Queste considerazioni si basano sul testo della norma in vigore prima delle modifiche introdotte, cui di volta in volta viene fatto espresso richiamo.

La ristrutturazione dei debiti

Circa l'analisi dei punti evidenziati, si è affermato che, quanto alla ristrutturazione dei debiti, l'interpretazione della norma non appare univoca. Si è sostenuto, infatti, che – vuoi perché tale accordo discende direttamente dal vecchio concordato finanziario, vuoi perché non deve essere necessariamente finalizzato al risanamento dell'impresa e al riequilibrio della sua situazione finanziaria, potendo avere anche una finalità liquidatoria – esso concerne un intervento sui debiti deputato, quindi, a incidere unicamente sul loro ammontare e sulle relative scadenze⁽¹²⁾ potendo comprendere pertanto sia la parziale rinuncia al credito, la concessione di dilazioni di pagamento, la rideterminazione o l'abbattimento degli interessi maturati o pattuiti. Indipendentemente dalle diversità di disciplina esistente fra i due istituti, derivante dall'ambito nel quale si collocano, e a quelle in tema di esenzione da revocatoria, resta il fatto che le due formulazioni configurano due diversi scenari, in cui alle diversità lessicali sembrerebbe coerente dover attribuire un significato, anche se non può sfuggire che pensare di risolvere uno stato di crisi, presupposto per l'applicazione degli accordi, solo attraverso interventi tutto sommato di non amplissimo respiro, e obiettivamente limitati, come quelli sopra elencati, sembrerebbe prefigurare una operatività piuttosto ridotta per questo istituto e comunque tale da non consentire una facile affermazione dello stesso. Parte della dottrina ritiene, invece, atteso che la legge parla di ristrutturazione dei debiti, senza alcun riferimento all'impresa né al complesso aziendale⁽¹³⁾, che l'accordo possa avere non solo un contenuto liquidatorio, ma che possa anche prevedere la concessione di nuova finanza o la dismissione di cespiti, e che pertanto la formula "ristrutturazione dei debiti" possa essere interpretata in modo da ricomprendervi anche la possibilità di alienare determinati beni aziendali così da avere come effetto, e non come fine, il recupero di una situazione di equilibrio fra entrate e uscite⁽¹⁴⁾. E questa sembra essere in ultima analisi l'interpretazione più condivisibile.

La percentuale dei creditori

La determinazione della percentuale dei creditori aderenti non presenta particolari problemi risolvendosi in un mero calcolo matematico, ma presuppone una puntuale ricostruzione della posizione del debi-

tore oltre a una specifica attenzione sulla veridicità dei dati aziendali che sono alla base dell'accordo⁽¹⁵⁾. In ogni caso quest'ultimo dovrà essere tale da assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e tale comunque da prevenire o rimuovere lo stato d'insolvenza⁽¹⁶⁾.

L'omologazione e i suoi effetti

Più interessante appare invece l'esame sulle verifiche richieste dalla legge. Il fatto che il tribunale debba decidere con decreto motivato induce a ritenere che l'omologa non potrà ridursi solo a un mero controllo di legittimità atteso che si renderà necessario, anche in assenza di opposizioni, scendere nel merito nella valutazione dell'accordo e della relazione redatta dall'esperto circa la sua concreta attuabilità, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estra-

Note:

(12) Cfr. M. Ferro, L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis L.F., in Aa. Vv., I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, Crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali, 5 maggio 2005, consultabile sul sito Internet di CNDC all'indirizzo <http://www.Cndc.it>

(13) Cfr. S. Ambrosini, Commentario [*supra*, nota 9], p. 2540 e bibliografia ivi citata. Nello stesso senso L. Guglielmucci, Diritto fallimentare [*supra*, nota 9], p. 348 secondo cui: "una lettura non riduttiva dell'espressione 'ristrutturazione dei debiti' che consenta di ricomprendere anche operazioni non direttamente incidenti sull'esposizione debitoria e si estenda a tutte le possibili operazioni volte a ripristinare l'equilibrio finanziario e gestionale, consente di attribuire un significato maggiormente pregnante al riferimento a quell'attuabilità dell'accordo che deve costituire oggetto della relazione dell'esperto".

(14) Ritiene che, al fine di individuare il contenuto degli accordi di ristrutturazione si possa far senz'altro riferimento alla descrizione che l'art. 160 L.F. fa del piano di ristrutturazione, A. Bello, Gli accordi di ristrutturazione [*supra*, nota 2], a p. 333. Cfr. anche G. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti [*supra*, nota 6], a p. 394, secondo cui gli accordi possono avere il contenuto più vario.

(15) Secondo Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 [*supra*, nota 10], "La percentuale del sessanta per cento dei crediti va raggiunta al momento del deposito e della pubblicazione nel registro delle imprese e va calcolata sul totale comprendente oltre che i creditori dissenzienti ed estranei, anche quelli privilegiati".

(16) Anche se si sono registrate alcune isolate voci dissonanti, per regolare pagamento si intende il pagamento integrale dei debiti nell'esatta misura e alle scadenze originariamente previste. È chiaro, d'altra parte, che per i debiti scaduti, la cui presenza è da presumersi stante lo stato di crisi, si richiederà soltanto l'integrale pagamento del debito non potendo l'originaria scadenza essere più rispettata. Ma vedi invece Trib. Brescia, 22 febbraio 2006 [*supra*, nota 10], secondo cui: "Negli accordi di ristrutturazione dei debiti il concetto di regolare pagamento dei creditori estranei deve essere inteso come un esatto pagamento alla scadenza delle obbligazioni e non in quello che deve essere eseguito in osservanza delle intese raggiunte dal debitore con i creditori aderenti all'accordo".

nei(17). Poiché la legge non prevede espressamente ulteriori limitazioni, non sembra fuori luogo ritenere che i beni che vengono utilizzati per soddisfare le pretese del ceto creditorio possano, analogamente a quanto accade nel concordato misto, comprendere i beni aziendali, quelli personali dell'imprenditore, ma anche quelli eventualmente conferiti da terzi, familiari o meno che siano. Se questo è vero il conferimento di tali beni, quand'anche sia effettuato da terzi, e una volta intervenuta l'omologazione, verrebbe a beneficiare dell'esenzione da revocatoria, prevista dall'art. 67, II comma, lett. e) L.F., con ciò eliminando uno dei motivi che nel concordato misto avevano costituito se non l'unica, certo non secondaria ragione per il ricorso al trust(18). La formula originariamente usata dal legislatore a proposito della relazione e dell'esperto chiamato a redigerla aveva dato luogo ad alcune incertezze che sono state rimosse nel testo di legge attualmente in vigore. A partire proprio dalla figura dell'esperto che doveva essere "munito dei requisiti di professionalità ex art. 2501 bis e sexies c.c."(19). Non era sfuggito, infatti, che si usasse questo termine atecnico in luogo di "professionista" che in altre occasioni il legislatore aveva preferito(20). Il fatto di aver reintrodotta la figura del professionista non chiarisce le cose atteso che questi si dovrà esprimere con un giudizio di ragionevolezza in ordine alla possibilità che il piano sia idoneo a soddisfare le condizioni poste dalla legge. In altre parole, il fatto che si parli di attuabilità induce a ritenere che sovente ci troveremo di fronte a situazioni il cui favorevole esito dipenderà appunto dal positivo evolversi di una situazione, dalla possibilità di realizzare determinati risultati quali la vendita a certe condizioni dei beni conferiti e quindi, più in generale, dall'andamento non sempre prevedibile del mercato. Ben difficilmente, quindi, ci troveremo di fronte a casi in cui i beni che dovranno essere impiegati per attuare l'accordo siano già disponibili o addirittura consistano magari in titoli di Stato o in altro tipo di liquidità di immediata e pronta distribuzione, senza dire poi che le previsioni in ordine alla consistenza di quanto potrà essere realizzabile dalla vendita di questo o quel cespite sono destinate a rimanere nel campo della probabilità. Questo dell'attuabilità si presenta quindi come un aspetto critico dell'accordo da realizzare e la cui concreta realizzabilità sarà sempre sottoposta a un non trascurabile margine d'incertezza. Seguono poi gli aspetti formali della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese, che determina il momento

in cui esso acquista efficacia e da ultimo l'omologazione cui la legge (art 67, II, lett. e) L.F.) riconosce rilevanti effetti anche nel caso in cui il reclamo proposto avverso di essa venga accolto dalla corte di appello. Nel caso in cui l'accordo sia omologato, si verificheranno gli effetti previsti dall'art. 67, lett. e) L.F. così che i beni e le attività rientranti, in esso ricompresi, non potranno essere oggetto di azione revocatoria da parte dei creditori anche nel caso in cui, successivamente, intervenga il fallimento(21).

Nel caso invece in cui l'accordo non sia omologato, la situazione che si determina è la stessa che si sarebbe avuta se tale procedura non fosse mai stata posta in essere, per lo meno per quanto riguarda la posizione dei creditori non aderenti. Per quelli che

Note:

(17) Basti pensare, infatti, alla possibilità che il tribunale decida di nominare un consulente tecnico per esser supportato in ordine a una valutazione da dare nel merito, per quanto riguarda almeno la praticabilità dell'ipotesi scaturente dall'accordo e dalla documentazione a corredo. Del resto la giurisprudenza (Trib. Bari, 21 novembre 2005 [*supra*, nota 2]) ha in proposito rilevato che "non è omologabile un accordo di ristrutturazione dei debiti, allorché i singoli atti sottoscritti dai debitori aderenti non siano stati autenticati e in relazione ai quali non sia dato desumere con certezza, sulla base della relazione dell'esperto, il raggiungimento della percentuale del 60% dei crediti e il pagamento dei creditori estranei sia stato postergato rispetto all'originaria scadenza", nonché Trib. Milano, 21 dicembre 2005 [*supra*, nota 10]: "reputa il Collegio che nella fase giudiziale dell'omologa devoluta all'A. G., il controllo non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano". In dottrina: S. Ambrosini - L. Stanghellini, Il risanamento dell'impresa in crisi: accordi stragiudiziali e piani di risanamento, in Aa. Vv., Corso di perfezionamento "Il nuovo diritto fallimentare", II ed., Milano, 2007, B. Quattraro - M. Quattraro, Accordi per risolvere le crisi d'impresa, Guida al diritto, 2006, 112.

(18) Si ricorda che la mancata protezione dei beni conferiti da terzi dall'aggressione dei creditori dell'imprenditore rispetto a quella di cui godono i beni che questi abbia conferito in sede di concordato misto, era stata una delle ragioni che avevano motivato il curatore di un fallimento nell'applicare un trust al concordato preventivo, soluzione che aveva poi riscontrato il positivo apprezzamento della Corte di Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409.

Si ricorda infine che, per quanto attiene agli effetti nel concordato, i creditori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore dalla data di presentazione del ricorso; negli accordi opera l'esenzione da revocatoria a far tempo dall'omologazione da parte del tribunale.

(19) G. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti [*supra*, nota 6], a p. 393, e A. Bello, Gli accordi di ristrutturazione [*supra*, nota 2], a p. 335.

(20) Per alcune considerazioni in ordine al tipo di esame che il professionista - esperto è chiamato a compiere, cfr. G. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti [*supra*, nota 6], a p. 398.

(21) Ci si chiede cosa accada nel caso in cui il reclamo sia accolto e l'omologa revocata. Ragionevolmente l'accoglimento del reclamo dovrebbe operare come una condizione risolutiva legale dell'accordo fermo restando che gli atti posti in essere dalla pubblicazione dovrebbero mantenere la loro efficacia senza godere, però, della protezione dell'art. 67. Cfr. anche A. Bello, Gli accordi di ristrutturazione [*supra*, nota 2], a p. 340.

hanno aderito all'accordo, che ha natura contrattuale, questo resta valido, ma di norma la sua sopravvivenza verrà condizionata risolutivamente al mancato ottenimento dell'omologazione da parte del tribunale.

Se invece, alla mancata omologa – e in difetto di una clausola risolutiva – tenesse dietro il fallimento, ci si domanda se non si potrebbe intravedere nella condotta dell'imprenditore – disponente, o in quella delle banche che abbiano accordato nuova finanza, la presenza di profili penalmente rilevanti⁽²²⁾ anche considerando che difficilmente l'azione revocatoria potrebbe essere esercitata dalla curatela, attesa la brevità del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione.

Per quanto riguarda i tempi, se quanto alla revocatoria fallimentare è ragionevole pensare che il termine di sei mesi possa trascorrere prima che il giudizio instauratosi a seguito della revocatoria possa concludersi, lo stesso non può dirsi per la revocatoria ordinaria pur se l'esperimento di tale azione è condizionato dalla presenza di altri presupposti di non sempre agevole dimostrazione.

Con la riforma, l'art 182 *bis* è stato sostituito dal seguente:

“L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'art. 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente a una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.

Si applica l'articolo 168, secondo comma.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede a omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte d'appello ai sensi dell'art. 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese”.

A tale testo si è giunti dopo che era circolata, nei mesi scorsi, una diversa ipotesi dell'intervento legislativo che prevedeva l'introduzione, all'art. 182 *bis*, di un nuovo comma, dopo il primo, del seguente tenore: “con il ricorso, il debitore può chiedere la protezione del patrimonio da iniziative cautelari e azioni esecutive di terzi estranei all'accordo. Il tribunale, se ritiene che l'istanza sia funzionale all'attuazione dell'accordo e in particolare alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, può stabilire, per un tempo non superiore a sessanta giorni dalla data di deposito del provvedimento, la sospensione delle azioni esecutive o cautelari già intraprese, nonché l'inibizione di azioni esecutive o cautelari da intraprendere. Il periodo della sospensione ordinata dal tribunale non può essere computato a fini di eventuali decadenze. Nel periodo fissato dal tribunale nei procedimenti cautelari e in quello di cui all'art. 15 possono tuttavia essere compiute attività istruttorie”.

Questa ipotesi intermedia, poi non concretizzata, era concettualmente assai diversa da quella risultante nel testo approvato. Intanto perché sottolineava il riconoscimento di un ruolo non meramente formale del tribunale nella gestione dell'accordo. Infatti, esso era chiamato a esprimersi su un aspetto assai delicato, se cioè l'istanza fosse funzionale all'attuazione dell'accordo, cosa che comportava una valutazione non limitata a una mera presa d'atto della documentazione allegata, se non altro per l'importanza delle conseguenze che dalla concessione o meno della sospensione potevano scaturire.

Non c'è dubbio, d'altro canto, che la presenza di un ampio potere discrezionale del tribunale circa l'accoglimento o meno dell'istanza di protezione da parte del debitore destava più di qualche perplessità. Infatti, se il presupposto dell'accordo era individuato nel ricorrere di uno stato di crisi, la possibilità che

Nota:

(22) La dottrina appare, in realtà, divisa fra chi condivide l'orientamento che ricollega, alla riconosciuta liceità degli accordi, l'assenza di risvolti penalmente rilevanti fatta salva l'ipotesi del dolo (P. Valensise, *Sub art. 182 bis [supra, nota 2]*, a p. 1107, L. Panzani, *Il D.L. 35/2005 e la riforma della legge fallimentare*, consultabile sul sito Internet de “Il Fallimento” all'indirizzo <http://www.fallimento.ipsoa.it>; U. De Crescenzo – L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, pp. 63, 72) e chi ritiene invece che non si possano inferire, nel silenzio della legge, altri effetti oltre a quelli di esenzione da revocatoria in caso di intervenuta omologazione: S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare*, *Fallimento*, 2005, 181; M. Ferro, *L'accordo di ristrutturazione [supra, nota 12]*, a p. 596; C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, *Fallimento*, 2005, 130, a p. 139.

potessero esserci delle condizioni per cui la protezione non si rivelasse necessaria apparivano del tutto residuali, mentre, al contrario, il fatto che i creditori non aderenti avessero mano libera circa il perseguimento del loro interesse nei confronti del debitore rappresentava un elemento che poteva pregiudicare il buon esito del piano.

Altro aspetto problematico era rappresentato dalla temporaneità della protezione, sessanta giorni, senza la certezza che in questi tempi si potesse concludere l'esame da parte del tribunale. Basta pensare semplicemente alla necessità di una più compiuta attività istruttoria, per superare il termine legislativamente previsto.

A questo proposito, un'attenta dottrina ha rilevato come questa soluzione riduca il campo di azione del trust⁽²³⁾. Notazione che riconosce quello che i cultori del trust stanno dicendo ormai da molti anni, e cioè che il ricorso a questo istituto trova la sua ragion d'essere nel fatto di porsi come mezzo per apprestare valide soluzioni in quei casi in cui gli strumenti che l'ordinamento pone tradizionalmente a disposizione dei cittadini non hanno la capacità necessaria per realizzare un soddisfacente componimento del complesso di interessi (meritevoli di tutela) in gioco⁽²⁴⁾.

Oggi, invece, la protezione da azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore non è più lasciata a una valutazione discrezionale del giudice, ma è un effetto che scaturisce automaticamente dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Rimane invece inalterata la durata della "protezione" accordata: sessanta giorni dalla pubblicazione stessa.

■ L'atto istitutivo del trust

La scelta della legge regolatrice

Quanto alla scelta della legge italiana come legge regolatrice, è noto che la convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento lascia al disponente piena libertà in ordine alla scelta della legge che dovrà disciplinare il trust, e tale scelta è così ampia che può anche portare a individuare la legge di un paese che non conosca il trust (art. 6), ma in questo caso, recita la Convenzione, "la scelta non avrà valore e verrà applicata la legge di cui all'art. 7". In questo caso, come in quello in cui manchi del tutto l'indicazione della legge regolatrice, il trust sarà regolato dalla legge con la qua-

le ha più stretti legami (che sono indicati nella stessa norma). Ma in ogni caso, stabilisce l'art. 5, "la Convenzione non si applica qualora la legge specificata al capitolo 2 (artt. 6 e 7) non preveda l'istituto del trust o la categoria di trust in questione".

Dalla semplice lettura dell'articolato risulta quindi che la scelta della legge italiana come legge regolatrice determina l'inapplicabilità della Convenzione e conseguentemente non si potranno produrre quegli effetti indicati agli artt. 2, 11 e seguenti della stessa, fra i quali in particolare quello segregativo, cioè a dire l'inaggregabilità dei beni conferiti in trust da parte dei creditori del disponente e da quelli del trustee sempre che non si riesca a dimostrare che tali effetti si producano all'interno dell'ordinamento in forza di una norma che lo preveda⁽²⁵⁾. Ora tale effetto non appare realizzabile, all'interno dell'ordinamento, se non in forza di una disposizione di legge – che nel caso di specie deriva dalla ratifica della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985 sulla legge applicabile ai trust e sul loro riconoscimento, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364. Ci possiamo chiedere però, per riprendere lo spunto offerto dalla riflessione della Montinaro, se l'ordinamento consenta di realizzare, per esempio, l'effetto segregativo tipico del trust, solo a seguito della unilaterale manifestazione di volontà di un soggetto, il disponente. Tale tesi ritiene che le parti nell'esercizio della loro autonomia possano derogare al disposto dell'art. 2740 cod. civ. laddove gli interessi perseguiti siano meritevoli di tutela e l'esistenza del vincolo di destinazione sia adeguatamente pubblicizzata così da renderla opponibile ai terzi, *rectius* ai creditori. Su un piano analogo sembra

Note:

(23) L'osservazione è di L. Stanghellini, relazione (inedita) presentata al Convegno su "Il trust: profili applicativi e fiscali", organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia" svoltosi in Siena, il 3 maggio 2007. Le stesse considerazioni possono farsi a proposito dell'applicazione di un trust alla revocatoria fallimentare e alla norma introdotta con la riforma della legge fallimentare art. 113, secondo cui "devono essere altresì trattenute e depositate nei modi stabiliti dal GD le somme ricevute dalla procedura per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato". Cfr. D. Zanchi, A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento, in questa Rivista, 2007, 123.

(24) Al riguardo si rinvia alle Considerazioni conclusive sub. § 4.

(25) Cfr. R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo, Milano, 2004, p. 60: "Pertanto [...] potrebbe darsi il seguente caso: ove la dichiarazione di scelta del costituente o i suddetti criteri di collegamento individuassero un ordinamento che non conosce il trust (o il tipo di trust in questione) non essendo la Convenzione applicabile (ai sensi del citato art. 5), il singolo trust potrebbe esser disciplinato da norme facenti parte dell'ordinamento italiano".

muoversi il Tribunale di Velletri⁽²⁶⁾ in una recente sentenza, in cui, affrontando il problema del trust, affermava, per quanto attiene all'aspetto di cui ci si occupa, che l'art. 2740 è "espressione di un principio generale che impone la tutela delle ragioni dei creditori contro gli atti fraudolenti dei debitori, ma non limita l'autonomia privata, essendo a questa complementare". La tesi così com'è formulata appare a dir poco ardita proprio per il fatto di legittimare l'esistenza di un trust disciplinato da una legge, quella italiana, che non prevede questo istituto, ma con effetti analoghi a quelli che dall'applicazione di una legge straniera (di un paese "trust") si potrebbero conseguire⁽²⁷⁾. Coerentemente a quanto si osservava poc'anzi, non si può far dire alla Convenzione ciò che essa non dice. In altre parole non si può parlare di un trust disciplinato dalla legge italiana – e quindi l'atto istitutivo non appare corretto sotto questo profilo – ma si può dire che si può dar vita, nell'ambito del diritto italiano, a un negozio che produce gli stessi effetti del trust. Ma allora il negozio avrebbe dovuto essere articolato in modo diverso, e cioè semmai come contratto di affidamento fiduciario – e non come un trust che, si ricorda, è un atto unilaterale. L'argomento peraltro è particolarmente degno di attenzione ove si consideri che da parte della più attenta dottrina ci si è chiesti se sia possibile dar vita a una situazione assimilabile ai trust sulla base della legislazione positiva interna e quindi indipendentemente dall'esito di quelle iniziative legislative che in materia si sono finora succedute e rimaste, almeno fino a oggi, prive di seguito.

Tale percorso è quello che porta a riconoscere effetti simili a quelli di un trust ai c.d. negozi di affidamento fiduciario⁽²⁸⁾. Questo però, come si comprende, configura un tipo di percorso diverso che si sviluppa su un piano parallelo, non in contrasto con la previsione della Convenzione de L'Aja che nega il riconoscimento a un trust disciplinato dalla legge di un paese che non conosce il trust, ma semplicemente in un ambito diverso, quello del diritto interno e degli effetti che attraverso i suoi istituti o i suoi principi si possono legittimamente conseguire.

Quindi concludendo sul punto, l'atto di trust redatto con lo scopo di segregare certi beni al fine di dar vita così a un accordo di ristrutturazione dovrebbe "reggersi sulle sue gambe" e cioè sulla normativa italiana per realizzare quegli effetti segregativi tipici che vuol perseguire, ma allora, oltre a essere configurato secondo una diversa tecnica redazionale, non

potrebbe chiamarsi trust risultando, inoltre, pleonastici e inutili i riferimenti alla Convenzione de L'Aja, inapplicabile alla fattispecie.

Lo scopo del trust

Questo è individuato nella segregazione del patrimonio conferito in trust al fine di destinarne il ricavato della vendita al soddisfacimento dei beneficiari di seguito indicati, "quali creditori" del debitore. Il disponente, dunque, dà inizialmente vita a un trust, ma poi, apponendo la clausola risolutiva, rinuncia all'effetto segregativo, che ne è tipico, per il caso in cui l'accordo non venga omologato. Abbiamo visto quale sia l'effetto di protezione che si realizza in questo caso. Tale effetto si massimizza nell'ipotesi in cui la procedura vada a buon fine e l'accordo cioè venga omologato. In questo caso, infatti, si sterilizzano i beni conferiti fin dal momento in cui la procedura ha inizio preservandoli dalle iniziative dei creditori non aderenti – che possono anche non avere nessun interesse ad attendere quello che sarà l'esito della procedura intrapresa – ma anche da quelli aderenti che non sono per legge vincolati ad astenersi da iniziative cautelari e da azioni esecutive sui beni del debitore. Il trust, quindi, consente di realizzare, nel caso di esito favorevole della procedura, una copertura più completa colmando una vera e propria carenza della norma che appunto mantiene in una condizione di incertezza l'iniziativa fino all'ottenimento dell'omologa e quindi per un periodo non necessariamente brevissimo. Nel caso, invece, in cui l'accordo non sia omologato, non vi sarà nessun effetto segregativo in forza della condizione risolutiva consistente nella mancata omologazione alla quale il disponente ha inteso subordinare la validità dell'atto, ma non sarebbe neppure di qualche interesse che tale effetto segregativo si producesse perché il vincolo po-

Note:

(26) Trib. Velletri, 7 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 407.

(27) Vedi le osservazioni critiche di G. Fanticini, La posizione del Tribunale di Velletri: una critica, in questa Rivista, 2006, 17.

(28) Cfr. G. Palermo, Autonomia negoziale e fiducia (breve saggio sulla libertà delle forme), in *Aa. Vv.*, Studi in onore di P. Rescigno, vol. V, Responsabilità civile e tutela dei diritti, Milano, 1998, p. 39 e *Id.*, Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, *Riv. dir. comm.*, 2001, 391; *Id.*, Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche, *Riv. dir. comm.*, 2000, I, 133. Tale tesi inoltre costituisce materia di studio nell'ambito dei corsi per il Master breve "Il diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari" organizzato dall'Università degli Studi di Genova e diretto dal Prof. Lupoi.

trebbe addirittura risolversi in un peso e non in un vantaggio. Si ricorda, inoltre, che il testo dell'accordo prevedeva "l'impegno (da parte dei creditori aderenti) a non azionare i crediti fino alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese". Tale previsione, di carattere pattizio, riguardava soltanto i creditori aderenti fino alla pubblicazione dell'accordo, e quindi neppure fino all'omologa, senza poter preservare dalle aggressioni dei creditori non aderenti: esso realizzava quindi un effetto segregativo meramente obbligatorio che tuttavia, allo stato, rappresentava il risultato massimo che si poteva ottenere. Infatti, neppure un trust che fosse stato istituito tempestivamente – a prescindere per un momento dai problemi legati alla presenza dell'ipoteca e a quelli connessi alla mancata concessione dell'omologazione – avrebbe sortito effetti molto più apprezzabili considerata l'apposizione della condizione risolutiva al mancato ottenimento dell'omologazione. Peraltro, ipotizzando il trust senza questa clausola, la mancata omologazione non si sarebbe riverberata sull'esistenza del trust che però allora, per non costituire un peso e un ostacolo all'attività della società, avrebbe dovuto essere redatto diversamente, anche se un'indagine in questo senso non può essere svolta in questa sede, attesa l'assoluta mancanza di riferimento degli obiettivi e delle finalità che questo trust avrebbe dovuto avere. Ma non è solo questo il vantaggio di ricorrere al trust oltre alla segregazione.

Se è vero, infatti, che con la nuova normativa fallimentare il giudice finisce per non essere più l'arbitro della crisi essendo questo ruolo trasferito ai creditori forti dell'imprenditore(29), che l'accordo si realizzerà con il consenso del 60% dei creditori aderenti e che il tribunale esce dalla scena con l'emanazione del decreto di omologa – atteso che la legge non gli riconosce ulteriori spazi di intervento – ecco che emerge quello che è stato definito come "il pericolo maggiore insito nell'istituto", quello cioè di essere "un contratto di durata la cui esecuzione resta interamente affidata all'autonomia privata, senza che sia esercitato alcun controllo esterno per tutta la fase dell'esecuzione", il cui corretto svolgimento "è essenziale per la riuscita dell'operazione di ristrutturazione"(30). E questa è una notazione che mantiene tutta la sua validità anche nell'impero del nuovo testo di legge.

La condizione risolutiva

L'apposizione di una condizione risolutiva "alla costituzione del trust e alla destinazione a esso del bene

di cui oltre" consistente nell'ottenimento dell'omologa dell'accordo da parte del tribunale competente. La stessa clausola era contenuta anche nell'atto istitutivo del trust creato per realizzare un concordato misto(31) e, in questo senso, è perfettamente coerente con le finalità dell'operazione(32). È chiaro, infatti, che non avrebbe senso che determinati beni restassero vincolati in trust se l'operazione rispetto alla quale il trust rivestiva una funzione strumentale non avesse potuto più essere, a causa della mancata omologazione, perfezionata. La clausola in esame appare ineccepibile, perché altrimenti si produrrebbero effetti non desiderati. Basti pensare che il conferimento dei beni avviene col preciso incarico al trustee di procedere alla vendita per soddisfare determinati creditori secondo certe percentuali e che la durata del trust è legata o al decorso di un periodo (cinque anni) o appunto, all'avvenuto adempimento dell'incarico ricevuto dal trustee (vendita dei cespiti e distribuzione del loro ricavato a determinati creditori). E allora, se a seguito della mancata omologazione il disponente riuscisse comunque a evitare il fallimento, si troverebbe – non potendo disporre dei beni conferiti – o a dover assistere alla loro vendita, con prevedibili effetti sulla sua azienda trattandosi di beni strumentali, o, nella migliore delle ipotesi, a non averne la disponibilità per il periodo di durata del trust. In questo caso, oltre al danno, il disponente avrebbe avuto anche la beffa di non poter disporre dei beni conferiti in trust.

Le somme eccedenti

La previsione della restituzione al debitore – disponente delle somme eccedenti la soddisfazione del-

Note:

(29) Cfr. A. Bello, Gli accordi di ristrutturazione [*supra*, nota 2], a p. 332: "il legislatore non pone vincoli e lascia ampia libertà di azione ai privati".

(30) L. Rovelli, Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. f., in questa Rivista, 2007, 398.

(31) Il testo dell'atto è consultabile in Trust per agevolare l'esecuzione di un concordato preventivo, in questa Rivista, 2005, 302, e la sentenza che lo omologa è Trib. Parma, 3 marzo 2005 [*supra*, nota 18].

(32) In ordine all'ipotesi di un "trasferimento di proprietà il cui perdurare nel tempo sia circoscritto dalla volontà dell'alienante", vedi le puntuali osservazioni svolte da R. Montinaro, Trust e negozio di destinazione allo scopo [*supra*, nota 25], p. 208, che avanza dubbi circa "l'ammissibilità di tale specie di dominio al di fuori dei casi espressamente regolati, specialmente ove si abbia riguardo al profilo dell'opponibilità ai terzi del carattere non perpetuo del diritto".

le pretese dei creditori integra una clausola assolutamente condivisibile che, fra l'altro, evidenzia bene uno dei vantaggi che da un trust possono farsi derivare, quello cioè di dar vita a una procedura razionale ed efficace in cui i beni possono essere alienati nel modo più remunerativo, senza cioè il vincolo di aste o procedure giudiziarie ingessate, e in cui l'eccedenza rispetto a quanto necessario può esser ritrasferita al disponente senza particolari formalità.

La valutazione delle offerte

Una complessa clausola che prevede che, laddove le offerte di acquisto dei beni si rivelino insufficienti all'integrale soddisfacimento dei creditori, ma comunque garantiscano il pagamento in favore dei beneficiari nella misura del 70% in linea capitale, il trustee potrà adottare ogni decisione al riguardo. Se invece le offerte fossero inferiori a tale percentuale, il trustee è tenuto a chiedere un parere vincolante al guardiano con obbligo di uniformarsi a esso, "pena l'invalidità dell'atto medesimo". La clausola in esame desta perplessità non tanto con riferimento al trust quanto alla possibilità di rendere l'atto funzionale all'accordo *ex 182 bis* cui il trust accedeva. Non si comprende bene, infatti, atteso che il bene conferito rappresentava l'unico cespite del fondo in trust, e quindi l'unica fonte che doveva garantire ai creditori aderenti la possibilità di essere soddisfatti sulla base delle percentuali proposte e accettate, come potrebbero realizzarsi le condizioni convenute nell'accordo se dal fondo non si dovesse realizzare il corrispettivo ipotizzato.

La durata del trust

La durata del trust viene stabilita in cinque anni o prima laddove il trustee sia riuscito a vendere il fondo in trust, a liquidare le somme ricavate e abbia reso il rendiconto al disponente. Questa clausola appare tecnicamente corretta salvo per la previsione di render conto al disponente che, fra l'altro, l'atto non annovera fra i beneficiari. Com'è noto, una volta conferiti i beni, e anche se può risersarsi certi poteri, il disponente esce di scena. In ogni caso è ai beneficiari e non al disponente che il trustee dovrà render conto. La clausola inoltre non appare ben collegata con quella che precede giacché non è specificato se l'ipotesi di cui alla lettera e) debba essere intesa come residuale, qualora cioè allo scadere dei cinque an-

ni non siano emerse possibilità migliori di realizzo, oppure no.

Il diritto di revoca

È riconosciuta inoltre al disponente la possibilità di revocare il trust con il consenso del guardiano. Questa previsione, anche lasciando da parte le problematiche di ordine fiscale cui dà luogo, appare invece del tutto inaccettabile perché destabilizzante. Premesso che nell'atto non è specificato chi debba rivestire la figura del guardiano, è chiaro che la stessa possibilità di ipotizzare un trust revocabile rende assai improbabile che questo possa essere accettato poiché i creditori aderenti, che rinunciano alle rispettive posizioni creditorie, perché vanno ad acquisire la posizione di beneficiari del trust, potrebbero veder svanire anche questo loro ruolo dopo aver rinunciato anche alle loro ragioni di credito perdendo così il diritto e l'aspettativa di recupero di una qualche somma.

■ Considerazioni conclusive

Dall'esame della fattispecie e dai problemi a essa connessi emergono alcuni punti sufficientemente consolidati:

- gli accordi sono generalmente visti come istituto autonomo a sé stante e non come una forma di concordato;
- questo fa sì che ne risulti esaltata la loro natura privatistica: gli accordi sono validi anche indipendentemente dall'omologa, come contratti *inter partes*, anche se non godono dell'esenzione da revocatoria;
- la dottrina aveva rilevato in proposito come la protezione di tali accordi, predisposta dal legislatore prima del testo ora in vigore, non apparisse sufficiente sia perché non metteva al riparo dalle azioni esecutive promosse dai creditori non aderenti che avrebbero potuto materializzarsi proprio nel momento in cui il debitore si trovava in un momento di maggior debolezza, sia perché riteneva che sottrarre gli accordi alla sola revocatoria fallimentare non fosse sufficiente – auspicando con ciò il bisogno di estendere la copertura all'art. 64 L.F. anche alla revocatoria ordinaria – sia perché riteneva che la norma dovesse essere modificata sulla falsariga delle legislazioni straniere dando vita a una sorta di protezione anche nei confronti dei creditori non aderenti rispetto alle azioni esecutive o cautelari intraprese o da intraprendere;

• la novella legislativa sembra aver raccolto lo stimolo senza, però, riuscire a rimediare in modo soddisfacente a quanto lamentato, dando vita, in modo quindi imperfetto, a una soluzione che senza alterare il profilo degli accordi, e nel rispetto dell'autonomia privata, riesce a soddisfare solo una parte di quei risultati che avevamo visto venir realizzati compiutamente col trust.

Gli accordi di cui all'art. 182 *bis* L.F. rappresentano, oggi, uno strumento che sicuramente meglio di prima appare suscettibile di venir impiegato secondo quelle che probabilmente erano le intenzioni del legislatore quando pose mano ad apprestare la disciplina di questo istituto, fino allora del tutto estraneo alla nostra tradizione, ma perfettamente coerente con lo spirito, le finalità e l'impostazione della nuova legge fallimentare. Le carenze originarie derivanti dal fatto che l'imprenditore era costretto a uscire allo scoperto esponendosi alle iniziative di coloro che, temendo un'evoluzione negativa della crisi, e messi sull'avviso dalla pubblicità che le iniziative ricevono, avevano tutto l'interesse a cautelarsi per il caso di un esito non favorevole della procedura, risultano, almeno in parte superate.

D'altra parte riteniamo che il trust abbia tuttora un campo di applicazione in materia.

Con l'impiego del trust negli accordi, è possibile realizzare, come abbiamo visto, e fin dal momento in cui i beni sono conferiti, e quindi in un momento anteriore alla pubblicazione dell'accordo, un effetto segregativo che si rivela particolarmente efficace ai fini del buon esito della procedura, e una protezione anche più ampia di quella che la legge prevede (art. 182 *bis* e 67, II, lett. e, L.F.). Infatti, configurando in questo caso il conferimento di beni in trust un atto a titolo oneroso(33), questo sarebbe indenne dal fallimento laddove questo intervenisse trascorsi sei mesi dal trasferimento dei beni dal debitore al trustee. Al contrario il conferimento di un bene sarebbe revocabile ex art. 67 L.F. se la dichiarazione di fallimento intervenisse all'interno del suddetto periodo. Ma, al di là di questo aspetto, l'istituzione del trust garantisce al massimo grado la possibilità che l'accordo possa andare a effetto. Infatti, non vi sono momenti in cui i beni del debitore siano esposti all'azione dei creditori, se si esclude il caso della revocatoria. D'altra parte la previsione di una clausola risolutiva che condizioni la durata del trust all'ottenimento dell'omologa mette al riparo da eventuali conseguenze sul versante penale.

Da quanto abbiamo visto, intervenuta l'omologa, la presenza del trust offre una copertura più ampia di quella accordata dalla legge.

Ma non solo. Si consideri, infatti, che potrebbero essere conferiti in trust oltre a beni di proprietà del debitore anche quelli di terzi al fine di rendere realizzabile l'obiettivo minimo richiesto dalla legge(34). Naturalmente contro il singolo conferimento sarà esperibile l'azione revocatoria sia fallimentare che ordinaria sottoposta ai rispettivi termini decadenziali, ma non saranno esperibili azioni esecutive. Il trustee potrà ovviamente gestire i beni secondo la più ampia discrezionalità, ma avendo di mira ovviamente la realizzazione dell'accordo omologato dal tribunale. In questo compito egli potrà essere affiancato da un guardiano singolo o da un collegio, magari formato da soggetti nominati dai creditori aderenti, organo che, nel caso in cui sia indicato dal tribunale, soddisferebbe anche quell'esigenza di controllo della procedura la cui mancanza è stata opportunamente messa in luce dalla dottrina più attenta(35).

Queste rilevazioni sollecitano ulteriori domande sulla possibile derogabilità delle disposizioni in esame, su quale sia il campo di operatività, all'interno del sistema, dei contratti innominati, sullo spazio che può essere riconosciuto a un trust e più in generale cosa si debba intendere per autonomia contrattuale e se l'intento che si vuol perseguire, in questo caso, col trust, sia diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento.

Quanto alla derogabilità o meno delle disposizioni all'esame, si ritiene che la risposta debba scaturire dall'esame dei principî ispiratori della novella legislativa, che poi sono sinteticamente riassunti nella relazione illustrativa. In questa ottica sembra che debba prestarsi il dovuto rilievo al fatto mentre la disciplina sinora in vigore si ispirava "a una finalità essen-

Note:

(33) Questo della natura gratuita o onerosa dell'atto di conferimento è un problema piuttosto dibattuto, non tanto nei c.d. trust familiari, in cui l'intento liberale e quindi la gratuità non appaiono contestabili, quanto del proposito dei trust c.d. commerciali in cui occorrerà di volta in volta aver riguardo alla concatenazione degli atti nel loro insieme per optare per la natura gratuita o meno del conferimento.

(34) La lettera della legge si limita a dire infatti che il debitore deve presentare un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori, ma non sembra limitare, almeno non espressamente, ai suoi soli beni la possibilità di venire impiegati ai fini della realizzazione dell'accordo.

(35) Cfr. L. Rovelli, Il ruolo del trust [*supra*, nota 30] e P. Valensise, *Sub art. 182 bis* [*supra*, nota 2].

zialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e a una tutela accentuata dei diritti dei creditori" si è rilevato come la procedura all'esame non risulti più adeguata alle finalità che l'evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale ispirate a una maggiore sensibilità verso le componenti positive dell'impresa nell'ottica quindi di realizzare "il recupero delle capacità produttive dell'impresa nelle quali non è individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, [...] ma confluiscono interessi economici più ampi che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale".

Questi intenti hanno trovato la loro realizzazione concreta nelle modifiche che sono state introdotte e che hanno fatto parlare di "privatizzazione della procedura". Ora, pur non condividendo una lettura che favorisca la radicalizzazione semplificatrice della riforma, è indubbio che questa ha segnato un depotenziamento del ruolo del giudice a vantaggio del ceto creditorio sia sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri che a tale categoria vengono riconosciuti, sia sotto quello della ridotta incidenza che il vaglio del magistrato può esplicare per quanto attiene all'assetto dei propri interessi che al loro interno i creditori intendono realizzare.

Se questa ricostruzione è esatta, sembra che se ne possa derivare dunque una prevalenza del fine rispetto ai mezzi che possono servire per conseguirlo, o almeno che sia consentito di effettuare una lettura delle norme in un modo meno rigido e meno formale rispetto al canone ermeneutico che si adottava nei confronti della legge fallimentare ante riforma, e questo proprio per tener nel giusto conto quelle che sono le nuove istanze che la novella ha inteso soddisfare.

In un recente intervento tenuto nel corso di un convegno a Bologna su "Trust e procedure concorsuali", si è parlato appunto dell'applicazione di un trust a un'ipotesi di accordo di ristrutturazione ex 182 bis L.F.(36).

In tale occasione è stato rilevato come, partendo dal riferimento all'art. 13 della Convenzione de L'Aja quale norma che consente di negare il riconoscimento di un trust interno allorché, pur dopo aver passato indenne le barriere rappresentate dagli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione medesima, il riconoscimento del trust appaia nondimeno ripugnante per l'ordinamento, e riconosciuta quindi la necessità di valutare, in concreto, il ricorrere, nell'atto isti-

tutivo del trust, di quei requisiti di meritevolezza degli interessi tutelati, la cui presenza legittima e giustifica quindi la presenza di un trust interno, dall'esame dell'atto istitutivo del trust e dal contenuto del programma negoziale emergesse il ricorrere dei presupposti richiesti che, nel caso di specie si identificavano con la necessità di "favorire le liquidazione armonica della società prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali" che venivano in concreto perseguite con l'istituzione del trust. Finalità assolutamente speculari rispetto a quelle del trust in esame che, oltre al pagamento in misura integrale dei creditori non aderenti, aveva quella di liquidare la categoria degli aderenti nella misura dagli stessi accettata. In nessuno dei due casi quindi il trust aveva lo scopo di sottrarre liquidità ai creditori o il perseguimento di altre finalità men che limpide.

Quindi, sotto questo profilo, il trust, istituito a questo fine, supera ampiamente i controlli sulla meritevolezza dei fini, non si pone in contrasto con i principi inderogabili posti dalla Convenzione de L'Aja, né appare produrre quegli effetti ripugnanti che incorrerebbero nella censura in base all'art. 13 della stessa.

Vi sono, però, altri due argomenti che si oppongono all'accoglimento di questa soluzione. Uno è quello per cui il ricorso al trust sarebbe giustificato solo in via per così dire residuale, laddove cioè l'ordinamento non offra altre soluzioni alternative.

L'altro argomento che si adduce per negare la possibilità di far ricorso al trust nel caso degli accordi deriverebbe dal fatto che il legislatore ha autonomamente deciso di realizzare una forma di protezione del debitore, rispetto al testo originario della norma, decidendo di porlo al riparo rispetto a certe iniziative e limitatamente a un periodo determinato (non superiore a sessanta giorni).

Quanto al primo argomento, anche se la tesi non appare affatto peregrina, non ci sembra di poter concordare con essa perché riteniamo che la possibilità di ricorrere a un trust per la regolamentazione di cer-

Nota:

(36) Ci si riferisce all'intervento tenuto l'8 giugno 2007, nel corso del convegno "Trust e procedure concorsuali" organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" in Bologna, dal dott. Fanticini (G. E. presso il Tribunale di Reggio Emilia) a commento di un'ordinanza dallo stesso resa il 14 maggio 2007 (Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425), in una procedura esecutiva immobiliare nella quale si trattava di decidere in merito all'istanza di sospensione a fronte delle doglianze della creditrice opposta sulla validità di un trust costituito sui beni aggrediti col pignoramento.

ti interessi rientri nell'ambito della piena discrezionalità della parte che lo istituisce e che trova appunto solo nei limiti posti dalla Convenzione, e quindi anche nella meritevolezza degli interessi tutelati, la delimitazione del suo raggio di azione. Infatti, se si ritiene che il trust istituito in modo conforme alla Convenzione abbia pieno diritto di cittadinanza all'interno dell'ordinamento, allora non può invocarsi un'ulteriore limitazione del suo ambito di operatività che non è *aliunde* desumibile. Ci sembrano a questo riguardo assai pertinenti le suggestive considerazioni di Galgano sul fenomeno della globalizzazione in generale e sulle sue ripercussioni nel campo del diritto, che portano a rilevare la presenza di un'innegabile tendenza al superamento del diritto statale, elemento che finora aveva contribuito ad assicurare la compattezza dell'ordinamento, a vantaggio del contratto e quindi di una più intensa affermazione dell'autonomia privata. Questa tendenza si concretizza a sua volta nella creazione di una nuova *lex mercatoria* cui le parti si affidano per la disciplina dei loro rapporti e che non è più quindi la legge di nessun paese, ma raccoglie quegli istituti e quelle regole che i contraenti ritengono più rispondenti ai loro interessi dando vita a quel fenomeno che va sotto il nome di *shopping* del diritto (e di cui anche il trust, ma anche le norme sulla *governance* delle società per azioni, o quelle sull'esdebitazione e sugli stessi accordi di ristrutturazione sono solo alcuni degli esempi) e che ha come *pendant*, oltre alla scelta della legge regolatrice, la scelta del giudice che deve risolvere le controversie, che è di norma un arbitro (o un collegio) terzo rispetto ai contraenti, magari residente in un paese diverso da quello di entrambi. Ma se dunque si è affermata a livello internazionale una tendenza di questo genere, in cui cioè si riconosce alle parti questa estrema libertà pur sempre delimitata dal rispetto dell'ordine pubblico e del perseguimento di fini meritevoli di tutela, non sembrerebbe giustificarsi, dal punto di vista concettuale, la presenza di più rigorosi limiti sul piano interno⁽³⁷⁾.

D'altra parte se possiamo ripetere per il trust (pre-scindendo dal fatto che ci troviamo di fronte a un atto unilaterale e non a un contratto) le considerazioni che si possono fare in ordine ai contratti innominati, notiamo che alla base di questi c'è il riconoscimento di un vero e proprio "potere normativo" delle parti, per dar vita "non tanto a una modificazione, sia pur profonda, di uno schema tipico legale, ma alla creazione di uno schema nuovo e diverso dai già esi-

stenti e noti"⁽³⁸⁾. Ma, a condizione che ci si muova nell'ambito dei "paletti" posti dall'ordinamento e che sono genericamente rappresentati dall'ordine pubblico, dalla non contrarietà a norme imperative e in positivo, dal perseguimento di interessi meritevoli di tutela, non si vede perché le parti non potrebbero andare alla ricerca, nel rispetto dei limiti indicati, di soluzioni che siano tali da realizzare un più compiuto e soddisfacente assetto dei loro interessi. Ma in questo caso c'è anche di più, se vogliamo. Infatti, il trust consente di offrire addirittura ai creditori non aderenti garanzie anche maggiori di quelle che possono loro derivare dal sistema predisposto dal legislatore. Se si considera che i creditori non aderenti debbono essere soddisfatti in misura integrale quanto al loro credito, è proprio la possibilità di tenere indenne l'accordo da aggressioni di iniziative individuali estranee a una valutazione dell'interesse più generale e che potrebbero esser tali, come è stato ampiamente rilevato, da inficiare la realizzazione dell'accordo andando a colpire il debitore nel momento in cui è più vulnerabile, che attribuisce al trust una sorta di plusvalore rispetto alla soluzione legislativamente disciplinata. Sempre che non si voglia affermare che si vogliono tutelare anche altri (quali?) interessi oltre a quelli indicati e che la più intensa protezione accordata agli uni ridurrebbe quindi la tutela che l'ordinamento vuole sia accordata agli altri.

Quanto al secondo degli argomenti addotti, e per quanto fondato appaia il rilievo, non sembra che allo stesso possa esser riconosciuta la possibilità di impedire il ricorso al trust o, più in generale ad altri rimedi che possano meglio attuare la volontà e gli interessi delle parti laddove non si individuino, come ora dicevamo, altri interessi o situazioni soggettive che l'ordinamento voglia tutelare e che risulterebbero penalizzate dall'istituzione di un trust e dalla sua applicazione alla fattispecie.

Sempre che non si voglia sostenere che vi è interesse a limitare nel tempo, sessanta giorni e non più, il blocco delle azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore, al fine di non pregiudicare le ragioni dei creditori in modo ritenuto eccessivo. Ma, se

Note:

(37) F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005.

(38) F. Messineo, *Voce "Contratto innominato"*, *Enc. dir.*, Milano, vol. X, 1962, 95.

queste norme sono state introdotte per essere funzionali al recupero dell'impresa, è agevole rilevare che l'art. 182 *bis*, anche nella sua attuale formulazione "non evita che, a dispetto dell'Accordo, segua poi la morte (liquidazione) dell'impresa"(39). In questo senso il trust, con la maggior protezione accordata, non solo si muove nell'ottica auspicata, ma non si pone in contrasto con le legittime istanze dei creditori perché l'accordo mira proprio al loro soddisfacimento e il trustee è vincolato in tal senso.

Non sembra poi secondario far rilevare che in questo caso la norma non pone un divieto, ma stabilisce una disciplina che predispone una sorta di statuto minimo del ceto creditorio in seno agli accordi di ristrutturazione. E la novella legislativa, con la modifica apportata, sembra essersi mossa in questo senso estendendo una tutela che il precedente testo era lungi dall'accordare, come il mancato ricorso a detta procedura stava a significare. Il ricorso al trust serve quindi a ottenere, in maniera più compiuta, risultati che la norma consente di raggiungere in maniera limitata, e che non sono vietati dalla legge(40).

In ogni caso la nuova disposizione non potrebbe riferirsi a beni diversi da quelli del debitore che vengano impiegati ai fini della presentazione dell'accordo di ristrutturazione.

Dalla "Critica del programma di Gotha" in poi è considerazione comunemente condivisa quella per cui il diritto statuale si trova in ritardo sulla realtà vissuta. Quindi è il sorgere di nuovi bisogni economici che determina il nascere di nuove figure contrattuali e queste quindi andranno valutate sulla base della legittimità della loro causa, sulla non contrarietà a norme imperative e sulla meritevolezza degli interessi perseguiti. Ora, come abbiamo visto, l'istituzione di un trust a margine di un accordo di ristrutturazione è sostenuta da una causa lecita, meritevole di tutela perché mira a conseguire finalità che lo stesso legislatore ha interesse a che vengano conseguite, e non contrasta con norme imperative, ma semmai ne integra il contenuto in una direzione che è rispettosa dei diritti dei creditori perché è volta a fornire garanzie ulteriori circa il soddisfacimento delle loro posizioni sul piano individuale e li tutela maggiormente in un'ottica che è più rispettosa del contesto generale che delle singole posizioni individuali. A questo si può aggiungere un altro argomento che è quello per cui se prima della modifica di cui si discorre si riteneva compatibile con la natura degli accordi *ex art. 182 bis* la presenza di un trust, che

comunque andava a fornire una protezione maggiore rispetto a quella offerta dalla norma di legge, l'ulteriore ampliamento delle protezioni offerte dal legislatore con la sottrazione alle iniziative individuali per un periodo di sessanta giorni, non sembra porre una limitazione qualitativamente diversa rispetto alla disciplina precedente tale per cui si debba ritenere insormontabile questa prescrizione quando non si era ritenuto tale, per esempio, il fatto di estendere la copertura offerta dall'art. 67, II, lett. e) anche a una fase anteriore all'intervenuta omologazione dell'accordo.

■ Cenni di carattere fiscale

Non si può chiudere questa disamina senza neppure un cenno, pur non costituendo quest'aspetto l'oggetto primario della nostra indagine, a quello che potrebbe essere il costo di quest'operazione, in termini fiscali, alla luce della recente presa di posizione dell'Amministrazione finanziaria in ordine al trust effettuato dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, recante: "Trust. Disciplina fiscale rilevante ai fini delle imposte sui redditi e delle imposte indirette"(41).

Per quanto attiene ai trust liberali, l'agenzia ha scelto di assoggettare a imposta, come costituzione di un vincolo di destinazione, il momento del conferimento dei beni in trust e non quello del successivo trasferimento ai beneficiari, il che comporterebbe, con riferimento al caso in esame, l'assoggettamento a imposta nella misura dell'8% non essendo ovviamente ipotizzabile l'applicazione di aliquote di favore o di franchigie di sorta. Se così fosse, l'operazione non sarebbe economicamente attraente, atteso che il pagamento dell'imposta non compenserebbe probabilmente i vantaggi che l'applicazione del trust agli accordi di ristrutturazione potrebbe causare. I primi commenti in materia sostengono però che i trust c.d.

Note:

(39) R. Marinoni, Accordi sui debiti blindati, *Il Sole 24 ore*, 12 settembre 2007.

(40) Nel citato intervento tenuto al convegno di Bologna, il dott. Fantini intravedeva nella previsione della disposizione (apparentemente inderogabile) che stabilisce il blocco temporaneo delle azioni per un periodo (al momento in cui si tenne il Convegno) non superiore a 60 giorni, un serio ostacolo alla compatibilità, con una previsione di questo tipo, di un trust che riesca a creare un blocco per un lasso temporale a questo superiore.

(41) In questa Rivista, 2007, 630.

commerciali (*business trusts*), quale quello in esame, sfuggono dall'applicazione dell'imposta difettando l'arricchimento di una parte con conseguente inapplicabilità di un'aliquota proporzionale, "propria di un'attività giuridica di natura effettivamente traslativa"(42). Sempre in tema è stato rilevato come, atteso che secondo la circolare l'atto col quale il disponente vincola i beni in trust è un atto a titolo gratuito, ne deriva che i criteri applicati dalla Circolare non si possono attagliare a fattispecie "dalle quali

esulano sia la liberalità che la gratuità" con conseguente applicazione in tali ipotesi dell'imposta di registro ed eventualmente dell'IVA(43).

Note:

(42) Così A. Busani, Nessuna direttiva sul "business", *Il Sole 24 ore*, 10 agosto 2007.

(43) M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust – Commento, in questa *Rivista*, 2007, 497; *Corriere trib.*, 2007, 2786.

L'affidamento nell'esecutore testamentario. Dati per una retrospettiva

di **Ferdinando Treggiari**

L'esecutore delle ultime volontà precede la comparsa stessa del testamento, accompagnandone poi da protagonista l'evoluzione negli ordinamenti successivi dell'età medievale e moderna. Come destinatario di un affidamento patrimoniale nell'interesse altrui, ora distingue ora confonde la sua funzione con quella del successore fiduciario, costituendo un'importante cerniera tra l'ultima volontà negoziale e la sua tutela pubblica. All'affidamento nell'esecutore è strumentale la sua autonomia, esaltata in vari momenti della storia dal riconoscimento di intensi poteri dominicali e gestori.

■ La disciplina vigente

Nell'ordinamento italiano vigente⁽¹⁾ l'esecutore testamentario è il soggetto nominato dal testatore per «curare che siano esattamente eseguite» le sue disposizioni di ultima volontà (art. 703, I comma cod. civ. del 1942). La fiduciarietà, che lo contraddistingue (l'esecutore può essere esonerato se ha «commeso azione che ne menomi la fiducia»: art. 710), equivale di norma a gratuità dell'incarico (per l'art. 711, «L'ufficio dell'esecutore testamentario è gratuito. Tuttavia il testatore può stabilire una retribuzione a carico dell'eredità»). Titolare può essere un estraneo alla successione o lo stesso erede o legatario (art. 701, II comma).

L'esecutore testamentario è dunque destinatario di un affidamento privato, che l'ordinamento tutela. I profili e le implicazioni di quest'affidamento possono essere diversi nel caso che l'esecutore sia «puro», ossia privo di titolo successorio, oppure sia l'erede o il legatario.

Non pochi altri dati del vigente codice civile, oltre quelli appena segnalati, recano tracce della storia continentale dell'istituto, rendendo plausibili i confronti anche con la vicenda passata e attuale del *personal representative* e del trustee dell'ordinamento di

common law⁽²⁾: la nomina testamentaria di «uno o più esecutori», la sostituibilità di quelli che «non vogliono o non possano accettare» (art. 700, I comma); il requisito del possesso dei beni (art. 703, II comma) e della sua limitatezza temporale (art. 703, III comma); il dovere di amministrare da buon padre di famiglia e la possibilità di alienare i beni su autorizzazione del giudice (art. 703, IV comma); l'obbligo iniziale dell'inventario (art. 705, II comma) e quello finale della resa dei conti (art. 709, I comma), da cui, come stabilisce l'art. 709, ultimo comma, il testatore non può esonerare l'esecutore.

Sullo sfondo della disciplina attuale dell'esecutore è un sistema testamentario codicistico che in alcuni punti fondamentali ha deviato sensibilmente dalla matrice romanistica, portando a compimento una parabola che aveva segnato in modo evidente la disciplina dell'atto testamentario già nel corso dell'età medievale e moderna. Se pur sempre, per l'art. 588 cod. civ., le disposizioni testamentarie, «qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore», sono a titolo universale (e attribuiscono la qualità di erede) o a titolo particolare (e attribuiscono la qualità di legatario), è testamento oggi anche l'atto di ultima volontà che manchi dell'istituzione dell'erede o della nomina di legatari. Per l'art. 587, I comma, non solo può disporsi per testamento anche solo di parte delle proprie sostanze, laddove il cumulo di successione testamentaria e legittima era invece impossibile per diritto romano classico, ma è testamento anche l'atto (che del testamento abbia la forma legale) che contenga solo disposizioni non patri-

Ferdinando Treggiari - Professore associato dell'Università di Perugia.

Note:

(1) Cfr. V. Cuffaro, Gli esecutori testamentari, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, VI, Torino, 1982, p. 313 s.; A. Palazzo, Le successioni, II ed., Milano, 2000, p. 841 s.

(2) B. del Vecchio, Il trustee e l'esecutore testamentario, in G. Mariconda (cur.), Il trust interno, Napoli, 2005, p. 19 s.; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 636 s.; Id., Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario, Padova, 2008, excursus III.

moniali (art. 587, II comma), laddove in diritto romano l'istituzione d'erede, tesa alla trasmissione, prima ancora che del patrimonio, della *potestas familiaris*, costituiva elemento indefettibile (*caput et fundamentum*) del testamento.

Gli elementi tipici del testamento romano, già divenuti recessivi nel caleidoscopio dell'esperienza giuridica dell'età intermedia per l'influenza convergente del diritto germanico, del diritto canonico e della pluralità di *iura propria* a lungo coesistenti nella penisola, risultano dunque definitivamente elisi dalla disciplina codicistica.

Un effetto potenziale, fra i tanti, di questa evoluzione della nozione di testamento è che la generalizzazione dei suoi contenuti ad ogni atto di ultima volontà che sia assistito dalle forme legali tipizzate (quelle indicate nel capo IV del libro II del cod. civ. del 1942) e la caducazione dell'istituzione testamentaria dell'erede come suo elemento precipuo avrebbero dovuto portare nella prassi (nell'arco di quasi un secolo e mezzo di regime di codificazione civile nazionale, fino all'avvento dei c.d. istituti alternativi al testamento, primo fra tutti il trust, che hanno dilatato l'orizzonte delle opzioni negoziali trasmorte) ad allargare il campo d'intervento dell'esecutore testamentario.

Così, invece, non è stato e non solo per ragioni legate al sempre più diffuso ricorso all'autorità della mediazione pubblica(3), bensì per ragioni che sono più al fondo di un sistema, quale quello codificato, ispirato, come è stato scritto, al principio della sfiducia legale(4). La tendenza a premiare l'elemento formale del negozio testamentario sull'interpretazione psicologica e sulla ricerca della volontà non dichiarata (basti richiamare il tenore dell'art. 627 cod. civ.) ha prodotto l'esilio dall'orbita dell'autonomia privata di pratiche negoziali diffuse negli ordinamenti giuridici precodicistici e il depotenziamento di figure, come appunto l'esecutore testamentario, che nei secoli di vigenza del *ius commune* la prassi aveva eletto a protagonisti degli affidamenti testamentari.

■ Alle origini degli affidamenti fiduciarî trasmorte

Comune alle esperienze giuridiche più antiche di successione patrimoniale è un originario sistema devolutivo indiretto realizzato con il mezzo dell'interposto di fiducia.

L'istituto più risalente e rappresentativo di questo

sistema devolutivo indiretto è costituito dalla *mancipatio familiae*, istituto che precede, a Roma, l'"invenzione" del testamento privato quale atto di ultima volontà unilaterale e revocabile inteso all'istituzione dell'erede universale(5). *Mancipatio familiae* era la vendita simbolica che il morituro faceva dei propri beni ad un fiduciario, contestualmente investendolo (con la *nuncupatio*) della distribuzione, dopo la morte del disponente, di quei medesimi beni in favore dei soggetti beneficiari da quello designati. L'archetipo storico dell'intermediario di fiducia è il protagonista di questo antico istituto: il *familiae emptor*, il «compratore» del patrimonio del defunto, incaricato della sua distribuzione ai terzi beneficiari.

Acquisita l'idea che la volontà dell'individuo possa giuridicamente sopravvivere alla sua morte(6), il testamento *per aes et libram*, unica forma civile di testamento dell'età classica(7), erediterà dalla *mancipatio familiae* la bilateralità esteriore, ma ne modificherà sensibilmente il contenuto, riducendo a fittizia la funzione del *familiae emptor* a vantaggio della struttura sostanzialmente unilaterale della disposizione del testatore (nel testamento librato la *nuncupatio* è completata dalla designazione degli eredi), eliminando così la necessità del ricorso alla titolarità provvisoria del fiduciario.

L'*emptor familiae*, come archetipo di acquirente-intermediario di fiducia, di soggetto cioè privo di personale e diretto interesse al bene che viene sottoposto al suo controllo (sta qui la fondamentale differenza con l'investitura fiduciaria dell'erede o del legatario, che producendo una sovrapposizione di si-

Note:

(3) Dal 1835 anche lo Stato della Chiesa, con riguardo ai testamenti *ad profanas causas*, aveva sostituito il notaio al parroco, per secoli presidio e garanzia dell'esecuzione di questi testamenti: cfr. gli artt. 33-37 della Legislazione civile per gli Stati Pontifici, compresa nel Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili, in vigore dal 1° gennaio 1835. Il testamento bevanate del 1841, i cui passi salienti sono trascritti a chiusura del presente scritto, era disciplinato da queste norme.

(4) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 2], pp. 619 e 571.

(5) Cfr. P. Voci, Diritto ereditario romano, I, Milano, 1967, p. 87 s.; G. Coppola Bisazza, Brevi riflessioni sulla funzione della *mancipatio familiae*, IVRA, 1999, pp. 161-172.

(6) Entrambe le definizioni classiche di testamento, che le fonti conservano (di Ulpiano [Ep. XX, 1] e di Modestino [2 pand. = D. 28, 1, 1]), fanno perno sulla validità *post mortem* della volontà dichiarata dal *de cuius*. In tema, cfr. A. D. Manfredini, La volontà oltre la morte. Profili di diritto ereditario romano, Torino, 1991, p. 25 s.

(7) P. Voci, Diritto ereditario romano, II, Milano, 1963, p. 64 s.

tuazioni soggettive può innescare un conflitto d'interesse tale da vanificare le attese del disponente), travalica però il decisivo punto di svolta dell'esperienza giuridica romana costituito dall'avvento del testamento privato, segnando per il futuro dell'esperienza giuridica – e a largo raggio geografico – lo *standard* della successione indiretta alternativa al testamento.

L'evoluzione successiva della figura del destinatario di affidamenti *mortis causa* avrà, nei differenti contesti storici, sviluppi multilineari e configurazioni variabili, che ne accentueranno o ne deprimeranno di volta in volta le prerogative originarie, soprattutto sotto l'aspetto dell'intensità della titolarità-controllo sui beni affidati. Nell'esperienza giuridica continentale esso diventerà *heres fiduciarius*, *nuncius* dell'ultima volontà del defunto, esecutore testamentario (*minister* nell'area romanistica; *salmann* in quella germanica). In quella inglese⁽⁸⁾ diventerà *executor*, *administrator*, *personal representative*, *trustee*.

Con l'invenzione del testamento privato – che soppiantò del tutto le due primitive forme pubbliche di testamento – e il superamento della forma mancipatoria di trasmissione del patrimonio ai successori (a mezzo di negozio *inter vivos* e di interposizione fiduciaria), l'ordinamento giuridico romano classico divenne indifferente all'impiego dell'esecutore. Il sistema della delazione ereditaria imperniato sull'istituzione dell'erede universale e sulla disposizione dei legati escludeva di struttura la necessità del ricorso non solo ad un terzo intermediario della trasmissione patrimoniale, ma anche ad un soggetto, esterno alla successione, incaricato di far rispettare le volontà e/o di eseguire le disposizioni particolari del testatore. Al fedecommesso universale e alla distribuzione dei legati provvedeva l'erede; ai legatari incombeva l'onere dei fedecommessi particolari; eredi e/o legatari erano incaricati dell'esecuzione delle disposizioni non patrimoniali (funerali del defunto, fedecommessi di libertà, ecc.).

La sostanza dell'esecutore testamentario emergeva certamente nelle ipotesi (nient'affatto rare) di devoluzioni fiduciarie delle eredità e dei legati. Ma nell'esperienza giuridica romana anche queste devoluzioni venivano realizzate dai testatori onerando i rispettivi titolari, eredi o legatari. Questi eredi e legatari, pur restando inalterato il rispettivo *titulus*, venivano in questo modo investiti dell'effettiva funzione di *ministri*, *curatores*, *tutores*, *depositarii*, *dispensatores* di tutto o parte del patrimonio o dei suoi singoli beni. Un esempio ricorrente nelle fonti è quello del le-

gato assorbito per intero da un fedecommesso o da un *modus*, in cui, dunque, il *legatarius* di nome era di fatto un esecutore testamentario, essendo la sua titolarità destinata all'interesse patrimoniale altrui.

Poteva anche accadere che il testatore designasse, accanto agli eredi, *curatores* dell'eredità, soggetti cioè privi di interesse diretto alla successione, ma investiti di poteri di amministrazione o di custodia dei beni ereditari: esecutori-amministratori, chiamati a supplire all'eventuale *deficit* di affidamento gestorio degli eredi; o semplici esecutori-custodi, richiesti di preservare il patrimonio a futuro vantaggio degli eredi fedecommessari. Il caso descritto in un frammento di Scevola [D. 36, 1, 80 (78), 1] di una madre che aveva istituito eredi i suoi due figli, ordinando loro di consegnare tutta l'eredità in deposito infruttifero a due fidati esecutori incaricati del compito di trasferire in futuro tutti i beni dell'eredità ai nipoti, riceve però dal giurista romano una soluzione che frustra la nomina degli esecutori, a cui viene negata azione per ottenere il possesso dell'eredità, necessario all'assolvimento dell'incarico fiduciario⁽⁹⁾.

Norme imperiali sull'esecuzione testamentaria compariranno, sotto l'influsso della spiritualità cristiana, solo in età postclassica. Dirette a disciplinare l'esecuzione delle eredità e dei legati pii (lasciti in favore di schiavi per il loro riscatto, dei poveri e della Chiesa), queste norme⁽¹⁰⁾ affermavano il principio che gli eredi incaricati di simili devoluzioni non potessero detrarre a loro favore la quarta Falcidia, fungendo di fatto da esecutori universali *ad pias causas*. In ragione di tale loro funzione, essi erano tenuti ad assolvere gli incarichi senza alcuna ricompensa, il loro *commodum* consistendo nel fatto stesso di essere chiamati a cooperare per un fine benefico. Questi esecutori universali avevano comunque il nome di eredi e ne esercitavano i diritti, necessari alla promozione delle azioni e all'esazione dei debiti dell'eredità.

Note:

(8) Cfr. A. Miranda, *Il testamento nel diritto inglese. Fondamento e sistema*, Padova, 1995, p. 87 s.

(9) Cfr. F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis*. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario, I. Le premesse romane e l'età del diritto comune, Napoli, 2002, p. 142 s.

(10) Si vedano, almeno, C. 1, 3, 28, imperatori Leone I ed Antemio; C. 1, 3, 48 (49), imperatore Giustiniano, I. Le premesse romane e l'età del diritto comune, Napoli, 2002, p. 142 s.

■ Morfologie medievali

Il Medioevo giuridico europeo non fu solo «tradizione romanistica», intesa questa riduttivamente come sviluppo esclusivo e unilineare del diritto fatto compilare nel VI secolo da Giustiniano(11).

Tra le mille prove dell'irriducibilità del diritto intermedio (che fu sistema di diritti e di ordinamenti autonomi e fra loro interrelati) al diritto «comune» dell'Impero vi è anche questa: che il Medioevo è l'età del massimo fulgore dell'esecutore testamentario; di una figura, cioè, pressoché sconosciuta all'esperienza giuridica romana.

L'influenza delle consuetudini dei popoli germanici stanziatisi nel VI secolo nella regione italiana(12) fu sicuramente determinante nel promuovere l'apparizione e la successiva affermazione dell'esecutore nella pratica testamentaria degli *italienses*. L'antico diritto germanico non conosceva il testamento, vigendo in quelle comunità il principio dell'indisponibilità a causa di morte dei beni familiari, nella convinzione che solo dio, cioè l'ordine naturale della parentela, potesse designare l'erede. Al singolo membro della famiglia, che intendesse ovviare al divieto di disporre trasmorte dei propri beni, le consuetudini e le leggi germaniche offrivano originariamente distinti rimedi, a seconda che l'individuo volesse provvedere direttamente o indirettamente alla propria successione. Alla devoluzione diretta, e nel caso in cui volesse realizzare la propria successione universale, il privato provvedeva con l'*adoptio in hereditatem*, fatta cioè con lo scopo di attribuire ad un parente, o anche ad un estraneo, la posizione ereditaria di figlio legittimo. Nel caso volesse trasmettere beni particolari, ricorreva invece a negozi *inter vivos*, come la *donatio reservato usufructu* e la *donatio post obitum*: la prima privava il donante della titolarità del bene donato, ma gliene garantiva gli emolumenti; la seconda differiva l'efficacia dell'atto di liberalità al momento successivo alla morte del donante.

La strategia (che qui più c'interessa) della *devoluzione indiretta* delle sostanze del disponente metteva, invece, al centro la figura dell'esecutore universale. È la c.d. *Treuhand*: tutto o parte del patrimonio veniva trasferito dal disponente ad una o più persone fidate incaricate di distribuirle secondo le istruzioni ricevute. Lo schema era quello dell'intestazione fiduciaria dei beni a causa di morte già proprio, come s'è visto, della *mancipatio familiae* romana. Il *Salmann*, prototipo del *Treuhänder* germanico (a questa parola corrisponderà il mediolatino *manufidelis*), svolgeva un

ruolo affine a quello del *familiae emptor* romano. Il titolo 46 della legge Salica, che disciplinava l'*affatomia*, stabiliva che colui che volesse lasciare le proprie sostanze ad un *heres* dovesse farne prima solenne tradizione ad un fiduciario-intermediario. A questo fiduciario dichiarava, dinanzi a tre testimoni, quali erano i beni di cui disponeva e la persona che avrebbe dovuto esserne beneficiaria. In seguito, il fiduciario s'insediava temporaneamente insieme ad amici, con cui convitava dinanzi a testimoni, nella casa del disponente, per dimostrare di averne fatto proprio il patrimonio. Entro un anno dalla morte del disponente provvedeva quindi a trasferire i beni di questi, già fatti propri col rito solenne della tradizione, alla persona designata.

Quando più tardi nei territori longobardizzati della penisola italiana si diffonderà l'uso del testamento, ad affermarsi non sarà il tipo romano, ma un tipo anomalo di testamento. Con esso il disponente «investiva» del relitto non l'erede, ma gli esecutori testamentari, tenuti alla distribuzione dei legati e all'adempiimento delle altre disposizioni particolari. L'evocazione dell'istituto giuridico del popolo vinto si fermava alla superficie lessicale, all'impiego della terminologia latina e, in particolare, della fraseologia del fedecommesso. Nei documenti notarili dei territori germanici a cavallo tra primo e secondo millennio gli esecutori venivano, infatti, ricorrentemente indicati col termine di «*fidei commissarii*» o di «*fidei commissarii et testamentarii*», con un significato che è simile nella sostanza alla parola romana (si trattava pur sempre di rimettersi alla buona fede di qualcuno), ma che risulta palesemente capovolto rispetto all'accezione tecnica del termine. Il *fidei commissarius* presente in questi documenti non è, infatti (come

Note:

(11) L'opposto assunto è fonte anche di alcune attuali distorsioni della didattica giuridica, sulle quali cfr. S. Caprioli, Un'«occasione da non spre-care». Lettera a Filippo Chiomenti, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2006, 539, a pp. 539-543.

(12) Per ricordare qui solo alcuni titoli «classici», v.: R. Caillemer, Origines et développement de l'execution testamentaire (époque franque et moyen âge), Lyon, 1901; A. Schultze, Die langobardische Treuhand und ihre Umbildung zur Testamentsvollstreckung, Breslau, 1895 (rist. anast. Aalen, 1973); F. Schupfer, Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia, IV. Il diritto ereditario, Città di Castello - Roma - Torino - Firenze, 1909, pp. 163 s. e 254 s.; M. Roberti, Le origini dell'esecutore testamentario nella storia del diritto italiano, R. Università di Cagliari. Istituto economico-giuridico. Studi economico-giuridici pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza, anno V, parte II, Modena, 1913, pp. 1-254; G. Vismara, Storia dei patti successori, 1941, rist. anast. Milano, 1986.

nel diritto successorio romano), il destinatario finale della devoluzione patrimoniale indiretta, ma è il suo tramite fiduciario. Un fiduciario, però, privo di titolo successorio *mortis causa*, nel senso romano.

Un ricco campionario di queste vicende negoziali è raccolto nel Regesto dell'Abbazia di Farfa in Sabina (territorio longobardizzato)(13). Le carte conservate in questo archivio non sono testamenti, ma ciò che ne segue, ossia gli atti di trasferimento dei beni dell'eredità dalle mani degli esecutori in quelle dei beneficiari. Questi ultimi erano stati presumibilmente indicati dal defunto con disposizioni di ultima volontà orali, o comunque dettate agli esecutori senza alcuna formalità e non necessariamente alla presenza di testimoni. Con queste disposizioni il *de cuius* trasferiva i propri beni agli esecutori: fiduciarmente, poiché il trasferimento dei beni era connesso al mandato di distribuirli secondo il volere del disponente. Di fronte ai veri (o, per meglio dire, finali) destinatari del lascito gli esecutori, oltre che come intermediari, si presentavano dunque come titolari, seppure *ad interim*, dei beni dell'eredità: la *traditio*, accompagnata dall'investitura della rappresentanza dei diritti del *de cuius*, aveva infatti attribuito loro la *potestas* su quei beni, funzionale al ritrasferimento ai beneficiari effettivi. Ciò risulta inequivocabilmente anche dal tenore, persino ridondante, delle formule con le quali veniva descritta la seconda devoluzione, quella cioè compiuta dai *fidei commissarii* in favore dei beneficiari («damus donamus concedimus tradimus et inreducibiliter largimur atque offerimus [...] sicuti expetierunt et sicuti fidei commiserunt»)(14), nonché dalla presenza, in tutte queste carte, della clausola di garanzia che i *fidei commissarii* solennemente prestavano rispetto alle molestie che, relativamente al godimento dei beni loro trasferiti, i “donatari” o i loro eredi avrebbero potuto subire in futuro.

Questi *fidei commissarii* si presentavano dunque come *commissarii*-proprietari, o meglio – parafrasando la terminologia che nel XIII secolo impiegherà la Glossa – come *ministri* muniti di *titulus*, ma privi di *commodum* (quando non fossero essi stessi gratificati con lasciti diretti). Questo tratto, indubbiamente, li accostava agli eredi e ai legatari di fiducia di diritto romano, come pure, risalendo nel tempo, al *familiae emptor* della *mancipatio familiae*. L'affinità, infatti, oltre che nella funzione, era nel titolo, seppure diversamente conseguito: a mezzo di un negozio traslativo *inter vivos*, l'*emptor familiae*; a mezzo di un negozio tra-

slativo *mortis causa*, i successori fiduciari del testamento romano di età classica (e oltre) e i *commissarii* medievali, quanto meno in determinate aree della regione italiana.

Altrove le stesse denominazioni contrassegnavano prassi successorie che escludevano, d'ordinario, potestà dominicali dell'esecutore, ancorché vincolate a scopi predeterminati dal testatore. Ma è sintomatico che anche il notaio che nel 1336 redasse a Murano, a termini del diritto veneziano, l'ultimo testamento di Enrico Scrovegni(15) – dopo aver designato come *heredes* le figlie del testatore, ancorché queste fossero solo beneficiarie di legati di dote; e dopo aver accollato lo stesso titolo di *fideicommissarii* sia agli esecutori testamentari, sia, più propriamente, ai beneficiari di sostituzioni ereditarie – abbia inserito la disposizione, in forza della quale nell'ipotesi di estinzione della linea di discendenza maschile l'asse immobiliare dell'eredità sarebbe passato *in manus, dominium et potestatem* degli esecutori, affinché le rendite fossero devolute in elemosina ai poveri.

Quello di fungere da titolare di diritti ereditari nell'interesse altrui era dunque un tratto oramai di tradizione dell'esecutore testamentario medievale.

■ I “ministri” dell'ultima volontà

Il testamento medievale è lo specchio di un diritto successorio variegato, frutto dell'intersezione di fonti e consuetudini giuridiche eterogenee, segno ora di persistenze ora di reviviscenze di costumi preesistenti. Il lessico latino dei documenti veste di nomi solo apparentemente identici fenomeni negoziali e regimi giuridici disparati.

Nell'originario impianto romano (caratterizzato dall'elevato formalismo dell'atto testamentario e dal principio della delazione ereditaria universale) si era-

Note:

(13) Cfr. F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* [supra, nota 9], p. 206 s.

(14) Così una *carta donationis* del 1006 a beneficio del monastero di sant'Adriano sottoscritta da quattro cittadini di Tivoli, donanti in qualità di *fidei commissarii* dei defunti coniugi testatori Leone e Costanza: cfr. Regesto di Farfa, IV, Roma, 1888, p. 107 s. (doc. 706).

(15) Editto da Attilio Bartoli Langeli in appendice al libro di Chiara Frugoni sulla Cappella degli Scrovegni, di prossima pubblicazione (Torino, 2008). Una sintesi può leggersi in A. Bartoli Langeli, *Tra Padova e Venezia: il testamento di Enrico Scrovegni (1336)*, in G. Diurni – P. Mari – F. Treggiari (curr.), *Per saturam*. Studi per Severino Caprioli, Spoleto, 2008, pp. 35-60.

no innestati nei secoli gli apporti di altre tradizioni, che temperando sensibilmente gli aspetti formali del testamento giustiniano, avevano arricchito l'atto di ultima volontà di nuove e stabili presenze: il parroco, il confessore, il notaio e, appunto, l'esecutore testamentario. La premura dell'ordinamento canonico per le finalità non patrimoniali (*salus animae*) della successione *mortis causa* e l'importanza del *favor* riconosciuto alle *piae causae* dei lasciti contribuirono a collocare gli esecutori al centro del testamento.

Ad essi vengono accollate nel Medioevo le più varie denominazioni: *Executores (testamentarii)*, se nominati nel testamento; *legitimi*, se il *munus* era attribuito dalla legge, come, ad esempio, al vescovo o all'economista della città; *dativi*, se nominati dal giudice su richiesta degli eredi); *Commissarii, Administratores, Procuratores, Divisores, Distributores, Dispensatores, Fideicommissarii, Gardiatores, Provisores, Ministri*.

Questa ricca nomenclatura, correlata alle molteplici funzioni di cui di volta in volta veniva investito l'esecutore, rifletteva l'ampiezza del suo successo sociale. L'esecutore coacervava in sé e soddisfaceva tutte le esigenze della "volontà oltre la morte": era il curatore dell'anima del testatore, l'interprete fedele di ogni sua anche oscura o segreta volontà, il liquidatore ed il rappresentante del suo patrimonio. Agli aspetti "temporali" dell'ufficio sommava le tradizionali incombenze "spirituali" (funerale e sepoltura del defunto, messe e devoluzioni per la sua anima, beneficenze alla chiesa ed altre opere di carità, lasciti *pro exoneratione conscientiae*, restituzione dei *male ablata*, ecc.), immancabili in ogni testamento, costituendo l'aldilà l'unica certezza dell'uomo medievale.

Anche quando non fosse impersonato dal notaio o dal sacerdote, l'esecutore era inoltre ritenuto più degno di fede dell'erede, non avendo interesse personale e diretto ai beni dell'eredità e godendo dell'affidamento del testatore. A potenziare il quale soccorreva anche l'uso medievale di nominare non uno, ma più esecutori, sia per ridurre le probabilità di malafede degli incaricati, sia per supplire all'eventuale negligenza di un esecutore con la sollecitudine dell'altro (questo della pluralità e della collegialità della funzione è un tratto che caratterizzerà tutti gli sviluppi successivi dell'istituto).

L'immagine dell'esecutore come incarnazione della volontà del defunto ne metteva però fatalmente in risalto, più che i poteri, i doveri, puntigliosamente descritti nella trattatistica di settore che affolla so-

prattutto la letteratura giuridica dei secoli XIII e XIV(16).

Questi doveri denunciano visibilmente anche il fondamento pubblicistico oramai assunto dall'ufficio di esecutore. Se l'incarico concerneva la distribuzione di legati *ad pios usos*, l'esecutore era obbligato ad accettarlo. In ogni caso, fossero i lasciti pii o profani, una volta accettato l'incarico, se non voleva poi eseguirlo, l'esecutore poteva esservi costretto «*officio iudicis [...] vel pontificali auctoritate*», a meno che non allegasse una giusta causa di esenzione. Se la renitenza dell'esecutore persisteva pur dopo essere stato ammonito, ad arbitrio del giudice secolare o del vescovo potevano essere irrogate a suo danno sanzioni pecuniarie o detentive. Assunto l'incarico, l'esecutore, alla pari del tutore e del curatore, era tenuto a redigere l'inventario dei beni da distribuire e a giurare di eseguire in buona fede le disposizioni ricevute; non era invece tenuto a dare cauzione, «*cum fides eius sit a testatore approbata*». Nell'adempiere, doveva amministrare e liquidare il relitto, ma entro un termine, che era annuale per i legati pii, come richiedevano sia il diritto giustiniano (C. 1, 3, 28, 2; e ancora oggi il nostro art. 703 cod. civ.) sia il diritto canonico (c. 3, X. III, 26), e che altrimenti era determinato dalla qualità del mandato ricevuto. Essendo titolare di un affidamento, l'esecutore doveva svolgere l'incarico personalmente, potendo delegare ad un terzo da lui scelto solo l'esecuzione di disposizioni certe. Il vescovo poteva sempre intervenire per risolvere d'autorità il disaccordo tra due esecutori della stessa disposizione, nominandone in aggiunta un terzo o sostituendosi a loro; poteva altresì rimuovere dall'incarico l'esecutore negligente o che egli stesso o l'erede o i legatari giudicassero sospetto. Terminata la distribuzione, l'esecutore – come il tutore, il curatore e il *negotiorum gestor* – era tenuto a rendere il conto del suo operato al vescovo, all'erede, ai legatari e all'acquirente del bene ereditario venduto.

Al dovere del rendiconto faceva eccezione, almeno quando il testatore l'avesse espressamente contemplata nel testamento, l'ipotesi delle disposizioni fiduciarie segrete demandate all'esecutore. Una deroga, questa, che ubbidiva al principio di *ius commune*

Nota:

(16) Per le fonti rinvio a F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* [supra, nota 9], p. 217 s.

della prevalenza del rispetto della volontà, anche informale, del defunto sugli interessi patrimoniali dei beneficiari “dichiarati”(17).

Più a monte, era il problema (teorico, per la deviazione dall'osservanza dei principi successori romani; pratico, per le sensibili implicazioni di ordine patrimoniale) determinato dalla compresenza, nel testamento, dell'erede e dell'esecutore, il cui raggio d'azione in questo caso era limitato all'esecuzione dei legati e delle altre disposizioni particolari. La concomitante nomina di questi due soggetti nella pratica testamentaria bassomedievale (nell'età della rinascita del diritto romano l'erede aveva recuperato il suo ruolo di protagonista della successione volontaria, anche se era costretto a dividerlo con gli esecutori testamentari) imponeva la ricerca di un equilibrio di poteri che, in ossequio alle regole civilistiche, di norma avvantaggiava l'*heres* sul *commissarius*, attorno a cui anzi, col tempo, sempre di più si era stretto il controllo episcopale.

Secondo la Glossa accursiana – a cui toccò il difficile compito esegetico di conciliare le regole del diritto successorio romano (che, come detto, riservava a eredi e legatari il compito della trasmissione dei beni appartenuti al *de cuius*, non considerando se non marginalmente e tardi la figura dell'esecutore testamentario) con la diffusa prassi medievale della successione ereditaria effettuata a mezzo degli esecutori testamentari –, nel caso che il testamento contenesse, come doveva secondo il diritto giustiniano, l'istituzione dell'erede, i *ministri* o *commissarii* o *executores testamentorum* contestualmente nominati non avrebbero avuto azione contro di lui per ottenere i beni necessari all'esecuzione, salvo che: 1) i lasciti da eseguire fossero per l'anima o *ad pias causas* (in favore della Chiesa, dei poveri, ecc.); 2) avessero per oggetto alimenti; 3) l'esecutore non fosse “puro”, ma avesse ricevuto un lucro (*commodum*) dall'eredità (in tal caso, infatti, l'esecutore, che veniva per questo detto *non nudus* o *mixtus executor*, sommava alla qualità di esecutore il titolo di legatario). A queste tre ipotesi ne venivano consuetamente aggiunte altre due: 4) che il testatore avesse espressamente autorizzato l'esecutore ad agire contro l'erede; e, naturalmente, 5) la mancanza stessa, nel testamento, dell'istituzione dell'erede, circostanza che automaticamente promuoveva gli esecutori (universali) al rango di *heredes*, come già le costituzioni degli imperatori bizantini e ora anche gli statuti cittadini e le norme del diritto della Chiesa autorizzavano a chiamarli.

■ I titolari di patrimoni destinati

Le diverse configurazioni dell'esecutore testamentario emerse nel corso di questa rapida retrospettiva hanno messo in luce anche i gradi diversi della sua autonomia, che dall'assoggettamento alla potestà dell'erede e al controllo dell'autorità pubblica (è questo il destino ultimo dell'esecutore, a cui si conforma anche l'attuale nostra disciplina codicistica) giungono fino al riconoscimento di poteri proprietari e gestori anche molto ampi, correlati all'originaria concezione privatistica della cura delle volontà del defunto.

In questa seconda e più importante dimensione dell'affidamento, caratterizzata dalla *titolarità funzionale* del patrimonio ereditario, le posizioni soggettive del successore fiduciario e dell'esecutore testamentario tendono ovviamente a sovrapporsi e a confondersi. L'esperienza ci offre esempi di successori declassati dai tribunali a *nudi ministri*, perché il loro titolo proprietario risultava strettamente strumentale all'esecuzione dell'incarico ricevuto; come pure esempi di esecutori elevati dai testatori in via esclusiva a compiti di amministrazione di tutte le proprietà devolute all'erede, ma indisponibili per quest'ultimo, perché destinate al raggiungimento di scopi terzi.

Due casi (rispettivamente, una sentenza di età moderna e un testamento di età contemporanea: di entrambi trascrivo di seguito i più significativi stralci) aiutano a rappresentarci in concreto queste metamorfosi.

La sentenza

Dal 1595 al 1612 si era trascinata dinanzi al Tribunale della Sacra Rota Romana una complicata causa ereditaria che opponeva gli eredi ad un legatario *cum onere*. Al «legatario», come tale designato nel testamento, la testatrice aveva affidato il compito di impiegare annualmente a determinati scopi pii le rendite dell'intero suo patrimonio immobiliare, lasciato agli eredi. Risultando però tali rendite di gran lunga esuberanti rispetto alla somma necessaria all'assolvimento dell'incarico, gli eredi avevano rivendicato la proprietà di quel sovrappiù, contro la prete-

Nota:

(17) Cfr. F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* [supra, nota 9], p. 231 s., p. 265 s. Il nostro codice civile (art. 709, ultimo comma) assolutizza, invece, l'obbligo dell'esecutore al rendiconto finale, in armonia con l'inibizione delle disposizioni fiduciarie (art. 627).

sa del legatario di farlo suo, appunto in quanto legatario. Dopo una prima pronuncia favorevole a quest'ultimo, la Rota (*ponens* il cardinal Ludovisi, futuro papa Gregorio XV) aveva deciso infine in favore degli eredi, qualificando il legatario "di nome" come effettivo *nudus minister*, o a dir meglio (secondo la dottrina di Baldo degli Ubaldi)(18), come *nudus minister* «respectu commodi, non respectu tituli», l'incarico esecutivo assorbendo interamente, secondo la *mens* della testatrice, la liberalità connessa al titolo successorio(19).

“Sacra Rota Romana *coram* Alexandro Ludovisio, 24 febbraio 1612(20).

Marchionissa Guardiae, institutis in suo ultimo testamento haeredibus Archihospitalibus Sancti Spiritus et Sancti Iacobi Incurabilium, in quibusdam codicillis postea editis statuit quod ex omnibus suis censibus, qui tempore mortis reperirentur, praestaretur certa annua quantitas cerae et portio obsonii fratribus de Ara Coeli, unum paramentum pro capella ab ipsa testatrice fundata, vestes lugubres ancillis, et famulis, nec non quaedam alia, de quibus prius disposuerat; ad quem effectum reliquit dictos census Domino Antonio Gallo [...]. Quia autem fructus censuum excedebant in notabili quantitate onera iniuncta, orta fuit controuersia inter D. Horatium [*succeduto ad Antonio*] et praefata Archihospitalia super eo, quod supererat ex fructibus censuum post praestationem onerum [...]. [*La questione era*] an Marchionissa elegerit personam D. Antonii ut esset legatarius dictorum censuum, quo casu ad ipsum uti eorum dominum [...] sine dubio fructus superextantes pertinuisent, vel potuerit eum esse executorem dictarum praestationum et nudum ministrum, apud quem nihil remanere debet [...], ea ratione quia nudus minister non se repraesentat, sed alium [...]. Visum fuit Dominis Marchionissam de eo statuisset uti nudo ministro. Probat ipsa series dispositionis, ex qua patet Marchionissam solum inspexisse, quod dicta onera praestarentur ex fructibus censuum, non autem quod ex eis commodum aliquod sentiret Antonius, cui fuerat abunde aliis legatis prouisum. Multum autem interest, cui testator voluerit prospectum esse, cuiusque contemplatione fecerit [...]. Et quod fuerit tantum considerata praestatio onerum, denotat illud verbum «accioche» quod importat causam, a qua tota dispositio regulatur [...] [*nell'attribuire il legato gravato di onere, la testatrice aveva usato la seguente espressione: «accidè detto legatario possa eseguire e adempi-*

re detta sua volontà, lascia al detto legatario...»]; *espressioni analoghe aveva usato per i legati profani lasciati al medesimo Antonio: «[accioche] Tarquinio e miser Francesco suo servitore possino vivere e sostentarsi comodamente, lascia a detto miser Antonio tutti li suoi mobili, grani, vini, biade ecc.»*. Ex dispositione subsequenti apparet, quod omnibus tenebatur distribuere, nihilque pro se retinere poterat et sic erat electus nudus minister, ex usu autem loquendi testatoris bene declaratur eius voluntas. [...] Non obstat, quod testatrix nominauerit Antonium legatarium, quia [...] magis inspicienda est substantia dispositionis, quam denominatio [...] et verba illa «accidè detto legatario, il quale nomina e vuole che sia ecc.» non constituunt eum legatarium, sed designant, quis ex legatariis fuerit ad talem ministerium electus [...]. Ex quibus constat, quod relictum fuit factum pro executione et ipsorum fuisse nominatum gratia executionis et ministerii. Non oportet enim quaerere, cum quo testator loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur [...]. Nudus enim minister potest dici dupliciter: uno modo respectu tituli et commodi, ut quia non sunt verba dispositiva relata ad eum, nec etiam habet commodum; alio modo potest dici nudus minister respectu commodi, non respectu tituli [...]; etiam cum verbis iuris et cum verbo «lego» potest constitui nudus minister [...]”.

Il testamento

Nel 1841 un facoltoso proprietario di Bevagna aveva istituito erede del suo patrimonio il suo Comune, ma disponendo che esso restasse separato da quello comunale e fosse dato in possesso a due fidati esecutori perché lo destinassero, «senza nessuna detrazione», all'erezione e al sostentamento di un orfanotrofio cittadino. Qui dunque l'erede non solo era stato investito di una titolarità priva di contenuto economico(21), incidendo su un patrimonio “segregato”

Note:

(18) Cfr. F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* [*supra*, nota 9], p. 417 s.

(19) Decisio 16 ottobre 1595, in S. Rotae Romanae decisiones recentiores, III, Venetiis, 1716, p. 142 s.; decisio 24 febbraio 1612, in Aureae decisiones S. Rotae Romanae coram Alexandro Ludovisio, Venetiis, 1667, p. 459 s. Cfr. F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* [*supra*, nota 9], p. 633 s.

(20) V. *supra*, nota 19.

(21) Almeno finché è durato l'originario scopo benefico. Soppresso l'orfanotrofio per mancanza di orfani, lo stabile è attualmente adibito a sede di un asilo e di un albergo.

e vincolato a scopo di beneficenza, ma era stato pure privato del possesso di quel patrimonio, affidato invece agli esecutori, incaricati in via esclusiva della sua amministrazione e gestione.

“Testamento di Francesco Torti (Bevagna, 22 settembre 1841)(22).

[...] Per dare non equivoci segni del più deciso patrio mio attaccamento, e segnatamente alla classe più bisognosa dei miei concittadini amatissimi, per tale riconoscendo l'umanità derelitta e languente negli orfani assolutamente miserabili e bisognosi di tutto, quali non hanno sin ora avuta una mano benefica che li soccorresse e li sollevasse dalla penosa situazione in cui veggonsi questi infelici, ho risoluto pensare ad uno stabile provvedimento, e perciò spontaneamente ed in altro modo migliore istituisco, e colla propria mia bocca nomino e voglio dei miei beni sì stabili che mobili, semoventi, crediti, ragioni ed azioni presenti e future mia erede proprietaria generale ed universale la mia stessa Patria rappresentata dall'ill.ma magistratura pro-tempore di questa mia città di Bevagna, non già per formar parte della comunale amministrazione, dalla quale voglio sia sempre separata, distinta ed indipendente del tutto, ma perché [...] l'infrascritti esecutori testamentari ed amministratori, allorquando l'altissimo Iddio si degnerà accogliere l'anima mia nelle sue divine braccia, prendano possesso dell'intera mia eredità e precisamente degli stabili, mobili, crediti, ragioni, azioni, semoventi senza decreto di giudice ma con un esatto e regolare inventario notarile, e quindi senza nessuna detrazione sotto titolo qualunque sia eretto, come erigo e dotato coi capitali stessi un orfanotrofio in questa città di Bevagna e potendo nella mia casa stessa, quale orfanotrofio da erigersi ad ospizio di orfani bevenati rappresentato adesso per allora nei miei diritti e ragioni tutte, lo istituisco mediante gl'individui della magistratura proprietaria della mia eredità anche col titolo di erede generale. [...] Per il possesso dei miei beni da seguire immediatamente dopo l'ultimo mio respiro, che imploro dall'Altissimo Dio di fare nelle braccia di San Giuseppe Sposo di Maria Santissima Sempre Vergine prego e con tutta la fiducia ne supplico i Signori Giacomo Angeli Nieri ed Angelo Crescimbeni Giancaleoni miei amatissimi concittadini rinvestendoli della qualità di miei Esecutori testamentari ed Amministratori dei miei beni loro vita naturale durante confidando nella loro bontà per me e nell'amore sempre da loro dimostrato a pro de-

gli'infelici mendicanti bevenati che saranno per accettare con tutto zelo questo incarico assumendo possesso mediante inventario notarile in forza di questa mia ultima volontà e senza verun mandato di giudice e quindi colla maggiore possibile sollecitudine organizzare ed attivare l'orfanotrofio non senza dare ispontanea esecuzione alli legati e tutt'altro nel presente testamento disposto, la di cui religiosa osservanza affido al patrio loro zelo. [...] E questo affermo essere il mio ultimo nuncupativo testamento chiamato dalle leggi senza scritti ed ultima volontà mia, che voglio che valga come tale, e se per detta ragione non valesse voglio che valga come donazione *causa mortis* a pie cause in suffragio dell'anima mia ed in ogni altro miglior modo, che di ragione può valere e tenere anche come codicillo e con tutte le clausole codicillari, cassando ed annullando ogni altra mia disposizione testamentaria ancorché vi si contenessero clausole derogatorie delle derogatorie degne di menzione specialissima, specialmente quello consegnato al notaio di Spello, di cui non rammento il nome, circa ventidue anni fa [...] mentre questo solo voglio che valga e sia preferito ad ogni altro [...].”

Nota:

(22) Copia conservata nell'Archivio del Comune di Bevagna (Perugia).

Fiducia e giurisdizione (dispacci da Guernsey)

di Michele Angelo Lupoi

L'autore, dopo avere passato in rassegna le norme comuni europee sulla giurisdizione in materia di trust, ripercorre le principali previsioni del diritto inglese in materia di esercizio discrezionale della giurisdizione («forum non conveniens»). È a questa tradizione, infatti, che la Royal Court di Guernsey si richiama nel decidere le questioni giurisdizionali insorte nel caso qui commentato. In tale decisione, i principi generali vengono filtrati attraverso le peculiarità di una controversia in materia di trust, in cui la legge locale applicabile al trust stesso e la presenza di una clausola a favore del foro di Guernsey condizionano, anche implicitamente, il risultato dell'analisi della Corte, con risultati non soddisfacenti rispetto all'efficiente aggiudicazione di una fattispecie complessa.

■ La fattispecie

Una recente decisione della Royal Court di Guernsey⁽¹⁾ mi fornisce l'occasione per parlare (ancora) delle dottrine di *common law* sull'esercizio discrezionale della giurisdizione: questa volta nel contesto di una controversia transnazionale in materia di trust insorta in un ordinamento giuridico invero peculiare⁽²⁾.

La fattispecie sottoposta alla decisione della Royal Court presentava alcuni elementi di complessità, ma, per quanto ci interessa qui, essa può essere ridotta, per così dire, ai suoi termini minimi.

Essa si riferisce alla controversia insorta tra alcuni degli eredi del capostipite di un importante gruppo industriale italiano. In particolare (e riassumendo), i due figli superstiti Maria Cristina ed Angelo, nel dare attuazione alle ultime volontà del padre Giacomo, in un primo momento, avevano, nel 2000, liquidato la quota ereditaria della seconda moglie di lui, con quello che, nel provvedimento qui esaminato, viene chiamato lo "Stepmother agreement".

In seguito, con quello che viene definito "l'Accordo del 2001", Angelo e Maria Cristina avevano acquistato da un fiduciario di due nipoti di Giacomo una certa quota di azioni della società di famiglia. Successivamente, sempre nel 2001, Angelo aveva istituito un trust, sottoposto al diritto di Guernsey e contenente una clausola attributiva di giurisdizione esclusiva alla Royal Court dell'isola normanna (salva una competenza residuale riservata al Tribunale di Genova per certe controversie qui non rilevanti). Tale trust era divenuto il titolare di quasi tutte le azioni sociali. Un paio di anni dopo, peraltro, con il c.d. "Strumento del 2003", Angelo aveva nominato la sorella Maria Cristina quale beneficiaria del 17% delle azioni della società nonché di un credito nei confronti di altre due società del gruppo.

In questo contesto, nel marzo 2006, Maria Cristina agisce avanti alla Royal Court contro la società trustee del trust istituito dal fratello Angelo nel 2001, facendo valere un'articolata serie di pretese patrimoniali a suo avviso derivanti sia dal trust stesso (ed in particolare dallo "Strumento del 2003") che dai negozi che ne avevano preceduto la formazione, ed in particolare lo "Stepmother Agreement" e l'Accordo del 2001.

Nel costituirsi in giudizio, il trustee chiede alla corte di estendere il contraddittorio nei confronti di Angelo: tale richiesta viene accolta, con la concessione di un permesso di notificare a quest'ultimo la "notice of the proceedings" fuori dalla giurisdizione.

Angelo, dal canto suo, non rimane inerte e, poche settimane dopo, nel giugno 2006, cita in giudizio

Michele Angelo Lupoi - Professore associato nell'Università di Bologna.

Note:

(1) Si tratta di *X. v Investec Trust (Guernsey) Limited and Y.*, in questa Rivista, 2008, 61.

(2) Per una prima introduzione al diritto di Guernsey, v. G. Dawes, *A Brief History of Guernsey Law* [2006] JLR 4. Istruttiva anche una "navigazione" sul sito Internet di Guernsey all'indirizzo <http://www.guernsey-bar.com>.

la sorella Maria Cristina avanti al Tribunale di Perugia, in sostanza per chiedere il rimborso di certe somme pagate per conto di lei nell'attuazione dello "Stepmother agreement" nonché l'annullamento parziale dello Strumento del 2003, qualificato come una donazione e da ritenersi nullo, in base al diritto italiano, per difetto di forma.

A questo punto, a fronte di tale situazione di *parallel proceedings* tra Guernsey ed Italia, Angelo solleva, davanti alla Royal Court, alcune "exceptions déclinatoires" per ottenere, in relazione ad alcune delle domande proposte contro di lui, l'annullamento del *leave to serve out of the jurisdiction* concesso nei suoi confronti e, con riferimento alle altre, la sospensione del processo.

Dal canto suo, il trustee si schiera su una linea di neutralità, insistendo però per una pronta definizione della controversia, in modo da potere svolgere in modo efficace il proprio compito.

■ (Una breve digressione). Le norme europee sulla giurisdizione in materia di trust

Prima di entrare nel merito della fattispecie, occorre esaminare a grandi linee l'approccio del giudice di Guernsey alla questione giurisdizionale, con particolare attenzione alle controversie in materia di trust.

La prima osservazione da compiere è che Guernsey non applica le normative processuali comunitarie, ed in particolare il Regolamento n. 44 del 2001, sulla giurisdizione in materia civile e commerciale nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione, in forza delle esenzioni all'uopo previste in sede europea(3).

Per quanto si tratti di norme che, ad oggi, non hanno sostanzialmente trovato applicazione, è opportuno dare rapidamente conto di quanto da esse previsto.

Sul piano della giurisdizione speciale, come è noto, l'art. 5, n. 6 del Regolamento n. 44 prevede, quale criterio di collegamento nei confronti del soggetto fondatore, del trustee o del beneficiario di un trust istituito in applicazione di una legge o per iscritto o con clausola orale confermata per iscritto, il luogo (situato in uno Stato membro) in cui il trust ha il suo domicilio.

È pure prevista una disposizione *ad hoc* sui requisiti formali di validità e sull'efficacia di una clausola

di proroga inserita in un trust. In particolare, l'art. 23, § 4 del Regolamento n. 44 dispone che il giudice di uno Stato membro al quale l'atto costitutivo di un trust ha attribuito competenza a giudicare, ha competenza esclusiva per le azioni contro un fondatore, un trustee o un beneficiario di un trust, ove si tratti di relazioni tra tali persone o di loro diritti od obblighi nell'ambito del trust. Il paragrafo 5 della stessa disposizione, peraltro, vincola la validità di tali clausole al rispetto delle norme del regolamento sulla c.d. giurisdizione "protettiva" e sui criteri esclusivi di collegamento dell'art. 22.

L'art. 60, § 3, infine, afferma che, per stabilire se un trust ha domicilio nel territorio dello Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice deve applicare le proprie norme di diritto internazionale privato.

■ Giurisdizione e discrezionalità: l'approccio inglese

L'approccio del diritto di Guernsey al problema della giurisdizione internazionale appare notevolmente influenzato da quello inglese.

In primo luogo, come in Inghilterra, anche a Guernsey si distingue tra una giurisdizione esercitata di diritto, nei confronti del convenuto cui l'atto introduttivo del giudizio sia stato notificato "within the jurisdiction" e quella fondata su una notifica "out of the jurisdiction", previo "leave" della Corte. Nella prima ipotesi, la giurisdizione è automatica ("as of right"), mentre nella seconda è condizionata alla verifica di alcuni presupposti.

Inoltre, anche nell'isola normanna la questione giurisdizionale è, in ultima analisi, rimessa alla valutazione discrezionale della corte, in applicazione della dottrina sul *forum non conveniens*.

I lineamenti fondamentali di tale dottrina, davvero fondamentale per risolvere i *conflicts of jurisdictions* negli ordinamenti di *common law*, sono oggi abbastanza noti pure nei paesi continentali, anche alla luce delle controversie sollevate dall'interazione tra l'approccio britannico all'esercizio discrezionale alla

Nota:

(3) Vedi, in particolare, l'art. 299 del Trattato di Amsterdam. Dal punto di vista meramente speculativo, vi è da lamentare che tale esenzione riduce notevolmente le occasioni di utilizzo delle norme comunitarie sulla giurisdizione nelle controversie in materia di trust: in effetti, almeno in ambito europeo, è proprio alle isole normanne come Guernsey che fanno principalmente riferimento gli atti istitutivi di trust.

giurisdizione e quello più rigido e “meccanicistico” della normativa processuale europea(4).

Non è questa la sede per esaminare esaustivamente gli sviluppi della dottrina inglese sul *forum non conveniens*(5). È, peraltro, necessario almeno riepilogarne brevemente i passaggi fondamentali.

In Inghilterra, la notifica dell’atto introduttivo del giudizio al convenuto che si trovi fuori dalla giurisdizione locale è attualmente disciplinata dalle Civil Procedure Rules (“CPR”): in particolare il “service without court permission” è governato dalla CPR 6.19 mentre del “service out of the jurisdiction” subordinato al previo permesso della corte si occupa la CPR 6.20. Con riferimento a quest’ultimo caso, la CPR 6.21, inoltre, specifica le verifiche che i giudici inglesi devono compiere ai fini della concessione del “leave to serve out”(6).

Quest’ultima disposizione prescrive che l’istanza per il “leave” debba fornire alla corte tutte le informazioni necessarie alla decisione, con l’esatta indicazione dei criteri di collegamento sui quali l’istanza stessa è fondata. Essa, inoltre, deve essere corroborata da prove scritte (deposizioni testimoniali od *affidavit*) che supportino l’esistenza di tali criteri. Le dichiarazioni in questione non possono essere generiche, ma devono provenire da persone con un’adeguata conoscenza dei fatti rilevanti. Per evitare di autorizzare la notifica di domande “frivolous or groundless”, il richiedente deve dichiarare di essere convinto che le sue pretese abbiano una ragionevole prospettiva di accoglimento, dimostrando che tali pretese pongano “a serious issue to be tried”.

Poiché l’“application for permission” viene esaminata *inaudita altera parte*, l’istante deve fornire una piena e leale “disclosure” dei fatti rilevanti per la decisione, senza onere, però, di anticipare tutte le possibili contestazioni dell’opponente. Il mancato rispetto di questo obbligo può portare all’annullamento (“setting aside”) del permesso di effettuare la notifica.

In caso sia di giurisdizione “automatica” sia di notifica fuori dalla giurisdizione, peraltro, come è noto, le corti inglesi (come, in generale, quelle di *common law*) hanno il potere discrezionale (su eccezione del convenuto nei tempi e con le forme della CPR 11) di non esercitare il proprio potere decisorio nei confronti del convenuto, qualora si convincano che l’Inghilterra non sia il foro chiaramente più appropriato per la decisione della controversia.

Per quanto attiene il vaglio discrezionale del giudi-

ce inglese sull’esercizio della propria giurisdizione, mi limiterò a ricordare che il *leading case* in materia è attualmente la decisione *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* del 1986(7), ove la House of Lords stabilì che un convenuto citato “as of right” all’interno della giurisdizione, sollevando l’eccezione di *forum non conveniens*, può dimostrare che le corti di un altro Stato hanno “a more real and substantial connection with the issue in dispute” e che pertanto esse sono “clearly a more appropriate forum for the trial of the action”. Qualora venga pure dimostrato che quel foro sia “available” all’attore per la proposizione della propria domanda, quest’ultimo può comunque evitare lo *stay* del procedimento inglese dimostrando che tale sospensione non deve essere disposta “in the interest of justice”. Nei casi di “service out of the jurisdiction”, invece, i ruoli probatori tra le parti sostanzialmente si invertono, toccando all’attore dimostrare che l’Inghilterra è il foro chiaramente più appropriato per la decisione della controversia, nell’interesse di tutte le parti e della giustizia, sulla base di una connessione “real and substantial” tra la lite e la corte locale.

I criteri per stabilire quale sia il foro chiaramente più appropriato per la decisione della controversia non sono riducibili ad un elenco tassativo. Da questo punto di vista, la *case law* inglese dà conto della disponibilità delle corti a considerare e valutare una molteplicità di elementi oggettivi e soggettivi, sempre filtrati attraverso le peculiarità del caso concreto.

Tra i fattori che appaiono assumere, in pratica, un

Note:

(4) Al riguardo, mi permetto, per brevità, di rinviare ai seguenti miei scritti, ed ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati: M. A. Lupoi, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, pp. 324-352; Id., *Antisuit injunctions* e arbitrato: l’esperienza inglese, Riv. arb., 2006, 441; Id., *Convenzione di Bruxelles del 1968 e conflitti di giurisdizioni tra Stati membri e Stati terzi*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 965; Id., *Del caso Owusu: l’ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, Int’l lis, 2006, 15; Id., *Convenzione di Bruxelles ed esercizio discrezionale della giurisdizione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1995, 997.

(5) Per un approccio più approfondito, mi permetto di rinviare a M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4], parte II, cap. 1.*

(6) Per alcune decisioni inglesi recenti in materia di *forum (non) conveniens*, v. *Islamic Republic of Pakistan v Zardari* [2006] EWCH 2411 (Comm), in cui il Justice Collins compie un’approfondita disamina del “real prospect of success on the merits” per l’attore; *Walanpatrias Stiftung v Lehman Brothers International (Europe)* [2006] EWCH 3034 (Comm); *Fonu v Demirel* [2006] EWHC 3354 (Ch); *Demirel v Fonu*, [2007] EWCA 799 (Civ). In materia di “claim for negligence against a trustee”, sempre di recente, *Lamglads v SG Hambros Trust Company (Jersey) Ltd.*, [2007] EWCH 627 (Ch).

(7) [1987] 1 AC 460.

ruolo prevalente, vanno menzionati la legge sostanziale applicabile al rapporto controverso(8), la possibilità di concentrare in un unico foro una controversia “complessa” sul piano oggettivo o soggettivo(9), l’oggetto del contratto(10) e, nelle *tort actions*, il luogo in cui è sorta l’obbligazione risarcitoria(11), nonché le questioni territoriali e linguistiche relative agli strumenti di prova(12).

■ (Segue) e quello di Guernsey

Rispetto alla situazione inglese, di cui ho dato rapidamente conto nel paragrafo precedente, la normativa di Guernsey in materia di giurisdizione appare meno sofisticata.

L’art. 1 delle Royal Court Civil Rules del 1989 prevede, infatti, la possibilità di effettuare la notifica “within the jurisdiction”, tra l’altro, “à persone” o “à domicile”, ovvero nel luogo in cui il convenuto ha eletto il proprio domicilio.

Ai sensi dell’art. 7, § 1, inoltre, la Corte “può” concedere il permesso di effettuare la notifica “out of the jurisdiction” se (ai sensi del § 2 della norma) la controversia cui il documento si riferisce è “properly justiciable before the Court” nonché “a proper one for service out of the jurisdiction”.

Sul modello inglese, dunque, anche qui l’esercizio della giurisdizione nei confronti di un convenuto non presente nell’ordinamento non è automatica, ma presuppone un vaglio discrezionale circa l’adeguatezza dell’esercizio del potere decisorio della corte locale.

In questa sede, si deve anche segnalare che la *Trusts (Guernsey) Law* del 1989 (come modificata nel 1990), all’art. 4, attribuisce giurisdizione alle corti locali nei confronti di un trust di Guernsey(13), o di un trust straniero(14) di cui uno dei trustee sia residente a Guernsey ovvero qualora uno dei beni sia localizzato o amministrato a Guernsey o contenga una clausola di proroga a favore del foro locale(15). Si tratta di disposizioni di portata notevolmente più ampia rispetto a quelle di cui all’art. 5, § 6 del Regolamento n. 44 del 2001 (*supra*), ciò che documenta l’interesse di Guernsey verso la risoluzione delle controversie relative ad attività fiduciarie in qualche modo collegate al proprio territorio.

Per quanto attiene, più in particolare, l’esercizio discrezionale della giurisdizione, come si è anticipato, anche a Guernsey si fa applicazione della dottrina del *forum non conveniens*, con un completo richiamo

ai *leading cases* inglesi ed in particolare alla decisione *Spiliada (supra)*(16).

Tra i casi recenti, appare di un certo interesse quello deciso nel giugno 2004 da Sir de Vic Carey(17), in una controversia in materia di concorrenza sleale che contrapponeva due società con sede a Guernsey, in relazione ad attività commerciali svolte in Inghilterra.

In tale decisione, il giudice cita con approvazione un passaggio di una precedente pronuncia(18), in cui si afferma che il principio fondamentale in questo ambito è che la corte deve individuare il foro “in which the case can be tried most suitably in the interests of all the parties and the ends of Justice”, con una diversa distribuzione dell’onere probatorio in caso di richiesta di “stay” da parte del convenuto citato all’interno della giurisdizione ovvero di annullamento del permesso di citare il convenuto “out of the jurisdiction”.

Note:

(8) In questa sede, mi limito a menzionare alcuni casi recenti: *International Credit and Investment Company (Overseas) Limited v Shaikh Kamal Adham*, Int. lit. proc., 1999, 302; *E. I. Du Pont de Nemours & c. v I. C. Agnew and others (no. 2)*, Lloyd’s law rep., 1988, 2, 240; *New Hampshire Insurance Company v Phillips Electronics North America Corp.*, Int. lit. proc., 1998, 256. Per una casistica più completa, rinvio a M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4]*, p. 172.

(9) V. Fawcett, *Multy-party litigation in private international law*, Int. comp. law quar., 1995, 759.

(10) V., ad esempio, *Zivlin v Baal Taxa*, Int. lit. proc., 1998, 106.

(11) V., tra le altre, *Caltex v BP*, Lloyd’s law rep., 1996, 1, 286; *The Herceg Novi and ing Galaxy*, Lloyd’s law rep., 1998, 1, 167; *Schapira v Ahronson*, Int. lit. proc., 1998, 587; *Berezovsky v Forbes Inc.*, Int. lit. proc., 1999, 358; *Chadha & Osicom Technologies Inc. v Dow Jones*, Int. lit. proc., 1999, 829.

(12) V., ad esempio, *The Bergen*, Lloyd’s law rep., 1997, 2, 710.

(13) Da intendersi come un trust disciplinato dalla legge di Guernsey.

(14) Da intendersi come un trust disciplinato da una legge straniera.

(15) È interessante osservare che, in materia di trust, la CPR 6.20 inglese prevede la necessità di un previo permesso della corte per notificare l’atto introduttivo di una controversia relativa ad “any remedy which might be obtained in proceedings to execute the trusts of a written instrument where (a) the trusts ought to be executed according to English law; and (b) the person on whom the claim form is to be served is a trustee of the trusts”, ovvero ad “a remedy against the defendant as constructive trustee where the defendant’s alleged liability arises out of acts committed within the jurisdiction”.

(16) Su cui v., in generale, M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4]*, pp. 167-171.

(17) *Healthspan Limited v Healthy Direct Limited*, Civil Action File, 827.

(18) *Vardinoyannis v Ansol Limited*, inedita.

Rispetto ai fattori da valutare e soppesare in questo contesto, nella decisione *Healthspan* si fa riferimento al fatto che l'attore dimostri di non potere ottenere giustizia in un'altra giurisdizione o di poterla ottenere altrove solo con costi, ritardi e sconvenienza eccessivi; si menzionano altresì la natura della controversia e le questioni giuridiche e pratiche in essa sollevate, come la conoscenza locale e la disponibilità dei testimoni e delle prove in generale, a prescindere dalle differenze processuali tra i diversi ordinamenti concorrenti.

In particolare, la sentenza *Healthspan*, collocandosi in significativa assonanza con la giurisprudenza di altri ordinamenti che conoscono dottrine sull'esercizio discrezionale della giurisdizione, conferma che il criterio della localizzazione dei testimoni, nel villaggio globale contemporaneo, perde progressivamente di rilevanza, anche alla luce dei sempre più sofisticati strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale e di comunicazione a lunga distanza⁽¹⁹⁾. Dalle parole del Bailiff, inoltre, trapela la tradizionale "antipatia" degli ambienti processuali britannici nei confronti delle azioni per *negative declarations*⁽²⁰⁾, pur ormai ritenute ammissibili in Inghilterra, anche per le influenze delle norme processuali comunitarie in materia di litispendenza internazionale⁽²¹⁾.

Infine, nella sentenza in esame, si mette in rilievo la "convenienza" collegata alla possibilità di eseguire all'interno della giurisdizione la sentenza emessa nei confronti di un convenuto domiciliato a Guernsey.

■ La decisione della Royal Court: il ruolo della clausola di scelta del foro

Rispetto alla decisione *Healthspan* esaminata nel paragrafo precedente, quella emessa dal Deputy-Bailiff Collas nel caso *X. v Investec Trust (Guernsey) Limited and Y.* appare senz'altro meno sofisticata, almeno per quanto attiene l'approccio sistematico alla questione giurisdizionale ivi decisa.

In effetti, il giudice si limita qui a richiamare il caso *Spiliada*, senza poi sviluppare in modo analitico e dettagliato gli *steps* enucleati dalla House of Lords. È chiaro peraltro che la Royal Court si pone il problema di individuare l'"appropriate forum" per la decisione.

Sul piano del metodo, il giudice affronta la questione giurisdizionale separando le domande relative al trust del 2003 (i c.d. *Trust Claims*) da quelle collegate ai negozi che ne avevano preceduto l'istituzione (i c.d. *Share Claims*).

Rispetto alle prime, alla luce della clausola di proroga contenuta nell'atto istitutivo del trust e comunque delle disposizioni della Trust Law del 1989, è evidente che esse fossero state legittimamente portate avanti alla Royal Court.

Di per sé, peraltro, ciò avrebbe potuto non essere vincolante, poiché l'essenza intrinseca del *forum non conveniens* è proprio consentire al giudice di dismettere una giurisdizione esistente, sulla base della valutazione di tutte le circostanze rilevanti.

Forse in modo un po' sorprendente, la sentenza qui in esame non si sofferma particolarmente sulla clausola attributiva di giurisdizione esclusiva alle corti dello Stato la cui legge governava il trust (e, dunque, Guernsey). Il giudice, infatti, si preoccupa solo di precisare che le domande formulate dall'attrice non rientravano tra quelle per le quali la clausola stessa prevedeva la giurisdizione residuale del Tribunale di Genova, senza soffermarsi (e forse dando per scontata) l'efficacia della *choice of court clause* inserita nell'atto istitutivo del trust.

Vale, comunque, la pena ricordare che, per quanto attiene l'efficacia "vincolante" di una clausola di scelta della giurisdizione, sussiste una notevole diversità di approccio tra la normativa processuale europea (fortemente ispirata dalla tradizione continentale) e quella di *common law*. Se, ai sensi dell'attuale art. 23 del Regolamento n. 44 del 2001, tali clausole hanno un'efficacia esclusiva insuperabile, salvo che le parti non abbiano previsto per loro una portata meramente "facoltativa", nei paesi di *common law* e soprattutto, per quanto ci riguarda qui, in Inghilterra, anche in questo contesto viene in rilievo il potere discrezionale del giudice di dismettere la giurisdizione pure in presenza di una *choice of court clause* a proprio favore, ovvero di esercitarla nonostante le parti si fossero impegnate ad agire avanti ad un giudice straniero⁽²²⁾.

Come si è visto, l'approccio "rigido" della norma-

Note:

(19) Sulla posizione della giurisprudenza statunitense in materia, rinvio a M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4]*, pp. 217-219.

(20) Per maggiori dettagli, v. M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4]*, pp. 656-659. Per una recente monografia in materia, v. A. A. Romano, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.

(21) Per una recente decisione inglese, v. *Messier-Dowty Ltd. v Sabena S. A.*, *Int. lit. proc.*, 2001, 49.

(22) Anche su questo punto rinvio, per concisione, a M. A. Lupoi, *Conflitti [supra, nota 4]*, pp. 557-567.

tiva europea è stato trasferito anche rispetto ad una clausola contenuta in un trust (*supra*).

Appare invece molto significativo il diverso orientamento espresso da una recente decisione di Jersey, un'isola del Canale come Guernsey(23). In breve, la controversia era stata instaurata dall'attuale trustee di un trust governato dalla legge di Guernsey, nei confronti di una società incorporata a Jersey che, in precedenza, era stata trustee del medesimo trust, in relazione ad una pluralità di *claims*, alcuni dei quali relativi ad una pretesa *breach of trust* dell'(ex) trustee.

L'atto istitutivo del trust in questione conteneva una clausola attributiva di giurisdizione esclusiva alla Royal Court di Guernsey e proprio in attuazione della stessa il convenuto aveva chiesto al giudice di Jersey di sospendere la causa rispetto ai "breach of trust claims". In particolare, il convenuto invocava la giurisprudenza inglese, che tende a rispettare le clausole contrattuali di deroga alla propria giurisdizione, argomentando: "an exclusive jurisdiction clause in a trust deed should be given the same weight as in a contract".

Con un'argomentazione forse non insuperabile, peraltro, la Royal Court di Jersey si è pronunciata in senso contrario, affermando: "[t]he policy considerations which lead to a party to a contract being held to his choice of exclusive jurisdiction cannot apply to a beneficiary who played no part in the choice of exclusive jurisdiction made in the trust deed".

E, nella fattispecie, la corte non esita ad estendere tale conclusione alla posizione di un "successor trustee".

In altre parole, la *ratio decidendi* del c.d. *Capricorn Trustees Limited* è che, rispetto ad una clausola esclusiva di scelta del foro straniero contenuta in un trust, si deve adottare lo stesso approccio utilizzato per le *choice of forum clauses* inserite in un contratto, ma sull'attore si può porre un onere probatorio più "leggero" per quanto riguarda la "good reason" per non rispettare la clausola stessa(24). E nella fattispecie, forse non sorprendentemente, la Corte si ritiene soddisfatta circa l'opportunità di respingere la richiesta di un "general stay" della causa a favore del giudice di Guernsey.

■ (Segue) il bilanciamento dei fattori rilevanti

L'analisi della Royal Court nel caso *X. v Investec Trust (Guernsey) Limited and Y.* si concentra, in sostanza, sulla situazione di *concurrent proceedings* creatasi tra Guernsey ed Italia.

In effetti, non ci si trovava di fronte ad una litigiosità in senso tecnico, attesa l'identità solo parziale (sul piano sia soggettivo che oggettivo) tra i due procedimenti: vi era, però, sicuramente una stretta connessione tra le domande proposte nelle sedi processuali concorrenti.

In particolare, la difesa di Angelo, attore nel processo di Perugia, aveva messo in evidenza che le domande ivi proposte in relazione all'Accordo del 2001 ed all'"Accordo con la matrigna" (non collegate in alcun modo a Guernsey) avevano natura pregiudiziale rispetto a quelle derivanti dallo Strumento del 2003, per concludere che, ove il processo avanti alla Royal Court non fosse stato sospeso, vi sarebbe stato il rischio di accertamenti e decisioni confliggenti.

Di tale rischio, la Royal Court appare ben consapevole(25), ma come si vedrà, ad esso, in ultima analisi, non attribuirà particolare rilevanza.

Altri, infatti, sono i fattori su cui si concentra l'attenzione della corte e che appaiono averne principalmente influenzato la decisione.

In primo luogo, la Royal Court compara la prevedibile durata di ciascuno dei procedimenti concorrenti, giungendo a ritenere che quello avanti al Tribunale di Perugia possa durare per molti anni: conclusione questa, in realtà, non sorprendente, dal momento che la triste situazione dei nostri uffici giudiziari, per quanto attiene l'intollerabile durata dei processi, è ormai nota a livello internazionale.

Nella fattispecie che ci riguarda, peraltro, assume rilevanza anche la posizione del trustee, coinvolto nel contenzioso tra i due fratelli, il quale chiede alla Royal Court, in sostanza, di risolvere in fretta la controversia relativa ai *trust claims*, per potere amministrare in modo corretto il trust. A questa richiesta, il giudice appare molto sensibile, anche per comprensibili valutazioni di *policy*(26).

Note:

(23) Si tratta di *E.M.M. Capricorn Trustees v Compass Trustees Ltd.* [2001] JLR 205.

(24) La Royal Court di Jersey si preoccupa anche di indicare cinque criteri principali da esaminare discrezionalmente in questo contesto.

(25) Al punto 33, il giudice conclude: "there is a risk that if both proceedings continue, the parties may adopt conflicting arguments in each of the two courts and there is also a risk of conflicting decisions".

(26) Sulla questione, v., in particolare il punto 43: "[...] the issue is likely to be resolved more quickly in Guernsey than in Perugia. That is important to all parties, especially the Trustee which [...] would like the disputes concerning the 2003 Instrument [...] to be resolved as soon as possible" (corsivo mio).

L'altro fattore "dominante" ai fini della decisione riguarda la legge applicabile ai *trust claims*.

Una delle clausole del *trust deed* sottoponeva il trust stesso alla legge di Guernsey, determinando, dunque, l'operare dell'art. 3, lett. a) della Trust (Guernsey) Law 1989, alla cui stregua, la *proper law* di un trust, tra l'altro, è quella scelta del disponente, con un'indicazione "expressed or implied in the terms of the trust".

Angelo, però, avanti al Tribunale di Perugia aveva contestato la validità dell'indicazione della sorella quale beneficiaria del 17% del capitale e delle rendite del credito nei confronti di due società del gruppo, definendola una donazione, nulla per difetto dei requisiti formali previsti dal diritto italiano.

In questa fase preliminare, la Royal Court non prende alcuna decisione definitiva in merito alla legge applicabile né compie un'analisi di diritto internazionale privato rispetto alla legge che il Tribunale di Perugia avrebbe applicato in merito alla validità dell'attribuzione a Maria Cristina del 17% del credito(27), limitandosi ad osservare che eventuali questioni interpretative del diritto italiano (se applicabile) avrebbero potuto essere risolte, nel procedimento di Guernsey, attraverso "expert evidence". D'altro canto, la Corte non sembra avere alcun dubbio circa il fatto che, poiché la nomina del 2003 riguardava beni già istituiti nell'A & M C Trust, lo Strumento del 2003 fosse a sua volta governato dalla legge di Guernsey, ad esclusione di quella italiana.

Su questa premessa, la Royal Court non ha esitazioni a fare prevalere il fattore della legge applicabile su quello del rischio di decisioni confliggenti(28), affermando così l'esistenza della propria giurisdizione sui *trust claims*.

Si tratta di una decisione tutto sommato prevedibile: come i precedenti inglesi dimostrano ampiamente, infatti, la *lex causae* è probabilmente, oggi, il fattore più importante tra i molteplici che possono venire in rilievo in questo contesto, con un approccio connotato da un forte interesse dello Stato a risolvere le controversie assoggettate alla propria legge nazionale.

Nella fattispecie qui esaminata, peraltro, questo approccio pubblicistico appare rafforzato dalla particolare natura del rapporto controverso, alla luce di un certo protezionismo che i piccoli paradisi fiscali come Guernsey sembrano riservare ai trust governati dalla propria legge. È evidente che un simile approccio, perlomeno a livello "subliminale", sia condizio-

nato da una certa diffidenza rispetto alla capacità (o alla volontà) di un giudice straniero di riconoscere ad un "proprio" trust la stessa validità e gli stessi effetti riconosciuti dall'ordinamento locale. Da questo punto di vista, tollerare "invasioni di campo", come quelle che si prospettavano nella nostra fattispecie da parte del Tribunale di Perugia, avrebbe avuto sull'intera economia di Guernsey implicazioni e ricadute indirette ben oltre la semplice decisione del caso concreto.

D'altro canto, rispetto ai *trust claims*, la decisione in esame appare ragionevole e coerente con i principi generali applicabili.

In ultima analisi, infatti, l'individuazione del foro chiaramente più appropriato deve comunque tenere conto dell'interesse di tutte le parti e, nella fattispecie, ciò imponeva alla Royal Court di dare adeguata tutela alla posizione del trustee, escluso dal processo italiano e messo nella non invidiabile posizione di dovere svolgere il proprio incarico nel mezzo di un lacerante conflitto tra i due fratelli(29).

Che la Royal Court fosse manifestamente più interessata ad esercitare il suo potere decisorio sui *trust claims* appare evidente dall'approccio assai più disinvolto riservato agli *share claims*. Tali domande, come si ricorderà, derivavano dall'Accordo del 2001 e dell'"Accordo con la matrigna", ovvero da negozi (come la difesa di Angelo mette in evidenza) disciplinati dal diritto italiano, conclusi in Italia, tra cittadini italiani residenti in Italia. In particolare, si trattava di negozi che (all'epoca della loro conclusione) non avevano coinvolto né beni del trust né il trustee.

Sulla base di questi elementi, è agevole per il giudice affermare: "[...] I can find no connection with Guernsey".

Note:

(27) Sugli aspetti internazionale-privatistici di un trust in Italia, mi limito a rinviare, tra gli altri a G. Broggin, *Trust e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. priv.*, 1998, 399; S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella convenzione dell'Aja del 1985*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 773; G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001; R. Luzzatto, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trust secondo la convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, 5.

(28) In particolare, v. il punto 44: "[...] I do not regard that risk as significant enough to justify a stay of the Guernsey proceedings".

(29) Ancora, v. il punto 44: "The Trustee is a Guernsey company, administering a Guernsey law trust and it is entitled to seek direction from the Guernsey court".

E da qui a dichiarare: “the Guernsey court has no jurisdiction over the [2001] Agreement”, poi, il passo è breve.

Su tale premessa, quindi, la Royal Court rigetta la richiesta della difesa di Maria Cristina di sospendere il procedimento sino all’esito del processo di Perugia (per l’ipotesi in cui “the Perugia action does not resolve all the issues”), affermando: “I do not see how it can be proper for me to stay a claim over which the Royal Court has no jurisdiction” e disponendo l’annullamento dell’autorizzazione alla notifica fuori dalla giurisdizione rispetto agli *share claims*, che vengono così separati dai *trust claims*.

Come si è anticipato, l’impressione è che, sugli *share claims*, la decisione in esame sia un po’ affrettata: non tanto nel merito della questione giurisdizionale isolatamente considerata (in effetti, la mancanza di ogni connessione tra tali *claims* e Guernsey era evidente) quanto sul piano della valutazione della controversia nel suo complesso.

La Royal Court, in particolare, nell’affrontare la *jurisdiction issue*, non si sofferma in alcun modo sulle implicazioni processuali derivanti dai notevoli elementi di connessione sostanziale tra *share claims* e *trust claims*.

Ciò, in effetti, lascia un poco perplessi: è ben chiaro, infatti, che, alle dovute condizioni, la connessione oggettiva possa costituire di per sé un criterio di collegamento sufficiente a giustificare l’esercizio o la dismissione della giurisdizione sul piano internazionale.

Di questo, però, la decisione qui in esame non si preoccupa affatto: forse perché, a voler fare della “dietrologia”, altrimenti ragionando, non avrebbe potuto evitare di apprezzare il carattere pregiudiziale degli *share claims* rispetto ai *trust claims*, ciò che avrebbe messo in crisi la decisione precedentemente assunta di esercitare il proprio potere decisorio su questi ultimi.

■ Conclusioni

Quella qui esaminata appare una decisione affidata più al buon senso che non all’approfondita analisi dei principi applicabili. Essa, in qualche modo, assume caratteri “salomonici” nel riservare ad ognuno degli ordinamenti coinvolti la decisione sui rapporti ad esso più chiaramente riferibili. Come dire, a ciascuno il suo...

Peccato, però, che, in una controversia transna-

zionale così complessa sul piano oggettivo e soggettivo, un approccio di questo tipo rischia, all’esito dei due procedimenti concorrenti, di giungere a risultati incompatibili e a notevoli problemi sul piano sia della circolazione delle decisioni che della gestione dell’A & M C Trust.

L’applicazione della normativa comunitaria sulla giurisdizione in materia civile e commerciale avrebbe probabilmente potuto portare ad un migliore coordinamento tra i due processi concorrenti. Insomma, l’impressione è che l’anomalia giuridica delle isole del Canale, in casi come quello qui esaminati, non si riduca a connotazioni folkloristiche, ma introduca forti elementi di *forum shopping* nel contenzioso transnazionale, in particolare in materia di trust.

Cayman Islands – Grand Court

Potere di nomina del guardiano e obbligazioni fiduciarie

Beneficiari – potere di nomina del guardiano – esercizio a maggioranza – beneficiari “sui juris” – potere fiduciario – potere personale – esercizio – sindacabilità da parte del giudice

Il potere di nomina del guardiano da parte dei beneficiari ha natura di potere fiduciario e perciò implica che esso debba essere esercitato in buona fede, nell'interesse del trust complessivamente inteso, e che possa essere sindacato e giudicato nullo da parte del giudice.

■ **Grand Court, Henderson, J., 28 luglio 2006 [Re the Circle Trust, HSBC International Trustee Limited v Wong and others]**

NOTE

F istituisce un trust (tramite un fiduciario) e ne nomina beneficiari i quattro figli; trustee è nominata una società che professionalmente svolge l'ufficio di trustee.

Dopo qualche tempo alcuni fra i figli beneficiari contestano al disponente di essersi appropriato di alcuni beni in trust.

L'atto istitutivo prevedeva la nomina di un guardiano, ma nessun guardiano era stato nominato. La moglie e altri fra i figli beneficiari, a questo punto, nominano F guardiano del trust. Il giorno successivo F revoca il trustee e nomina trustee uno dei figli che era dalla sua parte.

Agisce in giudizio il trustee, che contesta l'atto con il quale il guardiano lo ha revocato dall'ufficio.

Il giudice si pone tre questioni preliminari:

1. se la maggioranza di beneficiari avesse il potere di nominare il guardiano;
2. in caso di risposta affermativa, se l'esercizio di tale potere fosse da considerarsi nullo in quanto contaminato da irrazionalità, assenza di buona fede, o improprietà dello scopo perseguito dalla maggioranza; e
3. in caso di risposta negativa, se la nomina del guardiano fosse valida ed effettiva.

Per quanto riguarda la prima questione, il giudice afferma che la presenza di un potere di nomina del guardiano del trust in capo alla maggioranza dei beneficiari che siano *sui juris* è problematica di natura

prettamente interpretativa legata ai termini dell'atto di trust e alla probabile volontà del disponente al momento dell'istituzione del trust. La presenza, come nel caso di specie, di una clausola non priva di ambiguità può giustificare comunque il riconoscimento di un tale potere, qualora dal complesso dell'atto istitutivo emerga un'intenzione del disponente in tal senso, e anche se un guardiano non sia mai stato precedentemente nominato.

Avendo risolto positivamente il primo quesito, il giudice passa ad analizzare il secondo.

Sebbene lo *status* di beneficiario, di per sé, non comporti alcuna obbligazione avente natura fiduciaria, nulla vieta che ad un beneficiario possa essere attribuito un potere al quale siano connesse obbligazioni fiduciarie, come ad esempio quello di nominare il guardiano del trust.

L'intenzione del disponente è sempre di primaria rilevanza nella determinazione della natura – personale o fiduciaria – di un potere: nel caso di specie emerge dalla documentazione che era desiderio del disponente che il guardiano agisse fiduciarmente. D'altronde, la nomina (e la revoca) del trustee, anche da parte dei beneficiari, deve avvenire sempre in buona fede e nell'interesse del trust complessivamente inteso: ne consegue che a questi criteri si deve conformare anche il guardiano quando il potere in

Riproduciamo il testo della sentenza da 9 ITEL 616.

questione sia a lui stato attribuito. Il complesso discorso del giudice conduce, in effetti, ad affermare che anche il potere di nomina del guardiano che sia stato attribuito ai beneficiari ha natura fiduciaria e, pertanto, che è sindacabile dal giudice (il quale ne può dichiarare la nullità).

Non è quindi necessario che il giudice tratti della terza questione, rimanendo essa assorbita nella seconda.

(V. A.)

TESTO DELLA SENTENZA

Henderson J.

[1] The parties have submitted seven questions to the court for preliminary determination. They have now agreed that no response is required to Questions 4, 5 and 6 and that the resolution of Question 7 should be adjourned generally with liberty to all parties to restore.

Questions 1-3 are:

‘1. Whether a majority of the *sui juris* beneficiaries had the power to appoint a protector, in light of the fact that no protector had been appointed at the date of the execution of the Circle Trust Deed;

2. If a majority of the *sui juris* beneficiaries did have the power to appoint a protector, whether the exercise of the power would be invalid if tainted by (i) irrationality, (ii) absence of good faith, or (iii) impropriety of the majority’s purpose;

3. If the answer to Question 2 is “No”, whether the appointment of the sixth defendant on 11th June, 2004 was valid and effective.’

The parties are also agreed that the answer to Question 3 will, for present purposes, be determined by my answer to Question 2.

[2] The Circle Trust was created by settlement on December 8th, 2000. The nominal settlor was Cheung Wai Man, but all are agreed that the real settlor was the sixth defendant, Fung Kwong Fat (Mr Fung). The first defendant is Mr Fung’s wife; defendants 2-5 are his children, all of full age. These five defendants are the beneficiaries of the trust. Mr Fung is named as a member of the excluded class. The trust assets are derived from a family business established by Mr Fung and in which two of his children worked for many years.

[3] In recent years, an unfortunate dispute has pitted the second and fifth defendants against the other members of the family. Those two defendants say that Mr Fung has

withdrawn trust assets without authority and has sought to intermeddle in the trust by demanding information to which he is not entitled. On June 11th, 2004, the first, third and fourth defendants appointed Mr Fung as protector in an effort to assert control in the partisan war then developing. The fourth defendant then executed a deed disclaiming his beneficial interest in the Circle Trust. The deed purported to be revocable. The following day, Mr Fung as protector purported to remove the plaintiff as trustee and appointed the fourth defendant instead.

[4] The second and fifth defendants now assert that Mr Fung’s appointment as protector was invalid because it is tainted by irrationality, absence of good faith, and impropriety of motive on the part of those voting for his appointment. They say that his subsequent attempt to remove HSBC and appoint the fourth defendant as trustee is invalid as a consequence.

DID THE BENEFICIARIES HAVE THE POWER TO APPOINT A PROTECTOR IN LIGHT OF THE FACT THAT NO PROTECTOR HAD BEEN APPOINTED AT THE DATE OF EXECUTION OF THE TRUST DEED?

[5] This is a point of pure construction. It requires a consideration of the terms of the deed itself to determine the probable intent of the settlor at the date of execution. His intent must be assessed in light of those elements of the factual matrix known to him at the time. The relevant portions of the trust deed are as follows:

‘1(j) “Protector” means the person named in the fourth schedule hereto (if any) or other protector, for the time being, being such person as appointed to the office of the protector in accordance with cl. 16 hereof [...].

16(a) the power to appoint any person not being a person named in the sixth schedule hereof as an additional protector or in substitution for a protector shall be exercisable by a notice in writing delivered to the trustee and signed by a majority of the *sui juris* beneficiaries [...].

16(f) In the event that there is no protector named or appointed pursuant to the provisions hereinbefore, all terms conditions and provisions of this deed shall be read and construed as if all references to the protector were omitted until such time that a new protector is appointed.’

[6] These provisions are not free of ambiguity. The second and fifth defendants say that the language of cl 16(a) contains the power of appointment but is limited to the appointment of a protector ‘as an additional protector or in substitution for a protector.’ Appointment of a protector where none has yet been appointed cannot sensibly be held to be an appointment ‘in substitution for’ anyone.

The phrase 'an additional protector' necessarily means that the appointment must be additional to an already appointed protector. These defendants say that the language of this clause must be given its plain and ordinary meaning and therefore can have no application at all where no protector has been appointed in the first instance.

[7] The language of the fourth schedule ('no protector has been appointed *as at the date of this deed*') militates against this inference. If the settlor's intention was to appoint no protector and thus preclude the possibility of any subsequent appointment, he would not have included the emphasized words. Clause 16(f) provides for the operation of the deed in the event that no protector has been named at the outset (as is the case here). It requires the provisions of the deed to be read 'as if all references to the protector were omitted until such time that [sic] a new protector is appointed.' Again, if the failure to make an appointment initially was intended to prevent any subsequent appointment, the settlor would not have included the italicized words.

[8] The appointment of a protector is intended to provide an additional layer of control over the trust and enhanced security for its beneficiaries. It is a common feature of trusts originating in this jurisdiction. It is not uncommon to leave the position vacant initially but provide a mechanism for the later appointment of a protector if circumstances warrant that. It is in such circumstances that these beneficiaries now find themselves—feuding with each other over fundamental aspects of the administration of the trust. This settlor included provisions in his deed defining the powers of a protector (in cl 17), describing the way in which a protector may resign (cl 16(b)), limiting the liability of the protector (cl 16(g)), and providing for indemnification of the protector (cl 16(h)), amongst others. Why would he have troubled to do so if his intention was as the second and fifth defendants have argued?

[9] The deed as a whole demonstrates an intention on the part of the settlor to provide for the appointment of a protector in the future, even though he felt that none was needed at the time of execution. To give effect to this intent, the phrase 'additional protector' in cl 16(a) must be read as meaning 'additional to the trust structure itself' and not confined to its more literal meaning of 'additional to an already appointed protector.' My answer to Question 1 is that a majority of the beneficiaries do have the power to appoint a protector, even though no protector was appointed at the time of execution of the deed.

WOULD THE EXERCISE OF THE POWER TO

APPOINT A PROTECTOR BY A MAJORITY OF THE BENEFICIARIES BE INVALID IF TAINTED BY (I) IRRATIONALITY, (II) ABSENCE OF GOOD FAITH, OR (III) IMPROPRIETY OF THE MAJORITY'S PURPOSE?

[10] A power of appointment, properly so called, is a distributive (as opposed to administrative) power which grants authority to deal with or dispose of property (see *Underhill & Hayton Law Relating to Trusts & Trustees* (16th edn, 2003) at 25-28). *Farwell on Powers* (3rd edn, 1916) at 11 states that the 'power to appoint' someone to an office (such as that of protector), though it may be spoken of as a power of appointment, is better termed a right of nomination; it is an administrative power.

[11] Many judgments and texts draw a clear distinction between personal powers and fiduciary powers, leaving the implicit suggestion that there is no third category. In this analysis, a personal power may be one of three types:

(i) a power in the donee to act as selfishly as he wishes and purely for his own benefit in discharging his legal or moral obligations (*Underhill & Hayton* say this case is 'rare') (see *Re Wills' Trust Deeds, Wills v Godfrey* [1964] Ch 219, [1963] 1 All ER 390);

(ii) a power in the donee which may be exercised without any accountability to the court so long as there is no fraud upon the power, i.e., so long as the power is not exercised for a purpose, or with an intention beyond the scope of, or not justified by, the instrument creating it;

(iii) a power in the donee which imposes a fiduciary duty from time to time to consider whether or not it is appropriate to exercise the power but the actual decision to exercise it (or not) cannot be challenged in the court unless it amounts to a fraud on the power. See generally as to classification: *Underhill & Hayton*; *Thomas on Powers* (1998) paras 1-09 to 1-23 at pp 4-12; and *Lewin on Trusts* (17th edn, 2000) paras 14-30 to 14-32, at p 362.

[12] In contrast to a personal power, a true fiduciary power is held for the sole benefit of the beneficiaries. The holder must independently and consciously consider from time to time whether or not to exercise the power and must exercise it responsibly in accordance with the purpose for which it was granted. It may not be exercised capriciously, arbitrarily, or in bad faith, and cannot be released unless the trust instrument specifically authorizes that: *Underhill & Hayton* (at pp 29-30).

[13] Trustees, of course, acquire fiduciary powers and obligations by virtue of their office. A trustee's 'power to appoint' (which is really, as suggested above, an administrative power consisting of a right of nomination) a new trustee is a fiduciary power: *Webb v Earl of Shaftesbury, Earl*

of *Shaftesbury v Arrowsmith* (1802) 7 Ves 481, 32 ER 194. Because of the nature and extent of the authority often conferred upon a protector, there is a trend in the authorities to attach fiduciary obligations to the exercise of his authority as well. *Underhill & Hayton* (at pp 30-32) say the role of a protector is 'usually' a fiduciary one. Examples of that are found in *Rawcliffe v Steele* 1993-95 MLR 426 and *Von Knieriem v Bermuda Trust Co Ltd* (13 July 1994, unreported). It is open to a settlor to provide expressly that the powers of the protector are exclusively and merely personal: *Underhill & Hayton* (at p 32).

[14] For obvious reasons, the status of beneficiary in and of itself imposes no obligations of a fiduciary nature. The first, third, fourth and sixth defendants argue that, as mere beneficiaries, their right to nominate (i.e. vote for the election of) a protector must be a personal power. They say they may exercise it in any way they wish, with a view to protecting their own and only their own interests, as long as they do not commit a fraud upon the power. They say this right of nomination is a personal power which falls in category (ii) or (iii) above (it does not matter which, as the power was in fact exercised). Since the second and fifth defendants have not argued that the election of Mr Fung as protector amounts to a fraud on the power, that (say the other defendants) is the end of the matter. The result of the election is not reviewable in the court.

[15] Not all powers or exercises of authority can be classified as readily as these defendants suggest. A question likely to be of fundamental importance is the intention of the settlor, to be inferred largely from the terms of the settlement itself together with some consideration of the surrounding circumstances existing at the time of settlement and apparent to him then (without, however, the admission of any evidence of the settlor's subjective intent - a point likely to be of importance in the present case). As Smellie CJ said in *Re Z Trust* (1997) CILR 248 at 275:

'[...] [T]he facts and circumstances of settlements vary infinitely and the intentions of a settlor are not to be readily discerned by reference only to a doctrinaire application of the decided principles. It must be a question of construction in each particular case whether the power is given personally or whether it is given by virtue of office, as being fiduciary [...].'

[16] Passages lifted from cases involving construction of powers of appointment, i.e. dispositive powers, must be treated with caution in any analysis of an administrative power, whose *raison d'être*, nature and effects may be quite different. While the status of the holder of the power is undeniably significant, it is not determinative. Even a beneficiary may be clothed with a power to which some

fiduciary obligation is attached: examples may be found in *Cardigan v Curzon-Howe*, sub nom *Re Earl Cardigan's Settled Estates* (1885) 30 Ch D 521, 55 LJ Ch 71 and *Re Papadimitriou* 2001-03 MLR 287, [2004] WTLR 1141; also see *Re Z Trust*.

[17] Decisions involving the right to nominate a trustee are instructive. In *Re Skeats' Settlement, Skeats v Evans* (1889) 42 Ch D 522, 58 LJ Ch 656, a husband and wife were given a power to appoint trustees in place of the retiring trustees. They purported to appoint the husband himself. That decision was challenged. Kay J had no difficulty concluding that the appointment of the husband was invalid. He said (42 Ch D 522 at 526):

'The ordinary power of appointing new trustees, under a settlement such as this is, of course imposes upon the person who has the power of appointment the duty of selecting honest and good persons who can be trusted with the very difficult, onerous, and often delicate duties which trustees have to perform. He is bound to select to the best of his ability the best people he can find for the purpose. Is that power of selection a fiduciary power or not? I will try it in this way, which I offered as a test in the course of the argument. Suppose, as happens not unfrequently, that trustees, under the terms of the deed of trust, are entitled to remuneration by way of annual salary or payment. Could the person who has the power of appointment put the office of trustee up for sale, and sell it to the best bidder? It is clear that would be entirely improper. Could he take any remuneration for making the appointment? In my opinion, certainly not. Why not? The answer is that he cannot exercise the power for his own benefit. Why not again? The answer is inevitable. Because it is a power which involves a duty of a fiduciary nature; and I therefore come to the conclusion, independently of any authority, that the power is a fiduciary power.'

In *Re Shortridge* [1895] 1 Ch 278, 64 LJ Ch 191, the donee of a power of appointing new trustees of a settlement was a lunatic. The Court of Appeal, applying *Re Skeats' Settlement*, held that the power was a fiduciary power, was vested in the lunatic 'in the character of trustee,' and could therefore be transferred by the court to a more suitable recipient.

[18] In *IRC v Schroder* [1983] STC 480, 57 TC 94, a taxpayer settled his interest in certain assets on discretionary trusts. A committee of protectors was appointed with power to remove and appoint trustees. A member of the committee of protectors could be removed by a majority of the committee, in which case the taxpayer (settlor) himself had the power to fill the vacancy. He also had the power to appoint additional members of the committee of

protectors. The committee itself had power to remove a trustee, while the taxpayer (settlor) retained the power to appoint a substitute or additional trustee. For the purpose of resolving a tax question, the court had to determine whether, as the Crown contended, the taxpayer was able to control the application of the trust income because he had power under the settlements to appoint additional trustees and to fill a vacancy in the committee of protectors (increasing the number of members as he might think fit). The Crown's contention was rejected because of the fiduciary nature of the right of nomination reserved by the settlor to himself. The court said ([1983] STC 480 at 500):

'I do not think the settlor has in fact power even indirectly to make and unmake trustees. The power to remove trustees is vested in the committee, and although the settlor can fill vacancies or possibly appoint additional members of the committee even when there is no vacancy, that power, like the power to appoint new trustees, must I think be a fiduciary power. It could not properly be used to "pack" the committee to ensure that the settlor has a majority which will follow his directions. Similarly, the committee's power to remove and his power to appoint new trustees are fiduciary powers. Even though these powers are unusual it cannot in my judgment be said that the settlor has put himself in a position where he can secure the appointment of trustees who would follow his wishes and who would not exercise any discretion of their own. The terms of the settlements, therefore, do not, in my judgment found or support the inference which counsel for the Crown seeks to draw.'

[19] In *Re Burton, Wily, v Burton* (1994) 126 ALR 557, a trustee in bankruptcy sought to restrain the bankrupt from exercising his power to appoint trustees. The court held that the power was fiduciary in nature and not 'property' which vests in the trustee in bankruptcy, 'nor was it a power as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.' The bankrupt was a beneficiary of the trust. In *Re Osiris Trustees and Goodways* (1999) 2 ITEL 404, 1999-01 MLR 206, the settlor reserved to himself the power to appoint additional trustees. His exercise of that power was challenged. The court held that a power to appoint additional trustees involved a duty of a fiduciary nature which must be exercised in the interests of the beneficiaries and in good faith. Any improper exercise of this power to appoint additional trustees is not void but voidable at the instance of the beneficiaries.

[20] *Von Knieriem v Bermuda Trust Co Ltd* (13 July 1994, unreported) was a case in which the power of appointing and removing trustees was given to a protector. After the protector removed the existing trustees and

appointed new ones, his exercise of the power was challenged. The court held that the protector's power of appointing and removing trustees was fiduciary in nature and could not be exercised for the protector's own benefit. *Re Newen, Newen v Barnes* [1894] 2 Ch 297, 63 LJ Ch 863 was another case in which the administrators of an estate, having the power to appoint trustees, appointed one of their number. Kekewich J applied *Re Skeats' Settlement*, but also said 'quite apart from that, I have not myself the slightest doubt that it is wrong in principle.'

[21] In all of these cases, the power at issue was a right to nominate or appoint trustees. In *Cardigan v Curzon-Howe, Re Papadimitriou and Re Burton*, the person holding the right of nomination was a beneficiary. Collectively, these authorities establish that the right to nominate a trustee, even when it resides with a beneficiary, is likely to impose fiduciary obligations. That will not always be the case. Everything depends upon the intentions of the settlor and the surrounding circumstances. *Rawson Trust Co Ltd v Perlman* (1990, unreported) is an example of a case where protectors, who were given a power of veto over trust distributions and who were also beneficiaries, were found not to have fiduciary obligations. They had been appointed protectors for the purpose of safeguarding their own personal interests as beneficiaries.

[22] I return to the question of the settlor's intent. The settlor of the Circle Trust has provided that the office of protector shall be 'immediately determined and vacated' if the protector is found to be of unsound mind or a bankrupt: cl 16(c). The protector is given the right to renounce any power conferred upon him: cl 16(e). The protector is exempted from liability for any loss to the trust fund arising from any act or omission of his except those due to wilful neglect or default, fraud or dishonesty on his part: cl 16(g). There is a right of indemnification: cl 16(h). The protector may charge for his time and services: cl 16(i). He is entitled to receive accounts from the trustee: cl 16(j)(ii). The protector may remove any trustee at any time: cl 17(a). He may appoint new trustees: cl 17(b). He may also appoint a sole trustee for a part of the trust fund located in a particular geographical area 'to the exclusion of the trustee in regard to such part': cl 17(c). The protector may not appoint himself as trustee: cl 19(d)(ii). He is forbidden to appoint as trustee any person who is under his own control or influence, or any company in which he owns shares: cl 19(d)(v) and (vi). Beyond this, there are no express limitations upon the protector's power to remove and appoint trustees. Much of the language used to describe the powers and obligations of the protector mirrors the language describing the role of the trustees.

[23] I am satisfied that the settlor's intent was that the protector (if any) is to assume a fiduciary role. He is intended to exercise his powers for the good of, and only for the good of, the beneficiaries as a whole. He is a fiduciary in the classic sense. I am also satisfied that this court has an inherent jurisdiction to remove the protector upon good cause being shown, and to appoint another in his stead. Both of these conclusions are supported by the decisions in *Rawcliffe v Steele* 1993-95 MLR 426 and *Re Freiburg Trust, Mourant & Co Trustees Ltd v Magnus* (2004) 6 ITELR e 1078, 2004 JLR N [13]. As I indicated earlier, a deed of settlement may be so constructed as to show clearly that a protector is not to have fiduciary obligations and may act purely for his own benefit. The deed under consideration here contains no hint of this. The nature and extent of the authority conferred upon the protector, together with the provisions exempting him from liability for negligence and providing for indemnification and remuneration for his time, demonstrate that this settlor intended the protector to act in a fiduciary capacity.

[24] What, then, can be said of the beneficiaries' right to nominate a protector? The trustee is a fiduciary. If the beneficiaries (or some of them) had been given the right to remove the trustee and appoint another instead (which they were not), their exercise of that right of nomination would be subject to the control of the court. The Circle Trust Deed instead gives this critical authority to the protector. The protector himself is a fiduciary; his decisions regarding removal and appointment of trustees are therefore reviewable in this court. However, if the argument advanced by the first, third, fourth and sixth defendants is accepted, the exercise by the beneficiaries of their right to nominate a protector is not reviewable. Any decision they might have taken (hypothetically) to remove a trustee and substitute another one would be reviewable, but a decision to remove or appoint a protector (who can himself remove and appoint trustees) is not. Why should the beneficiaries be less accountable to each other and to the court in the latter case than in the former? There is some irony in the fact that, by inserting a protector into the trust's structure and giving to him, rather than to the beneficiaries, the power to remove and appoint trustees, the settlor (on one view of the issue) has transformed the right of nomination from an accountable to an unaccountable exercise of power.

[25] The trustee of the Circle Trust administers and executes its terms. The protector selects the trustee. The law recognizes that the selection of a trustee by beneficiaries must be done in good faith. The selected trustee cannot be manifestly unsuitable for the task—in other words, the selec-

tion decision cannot be clearly irrational. Can it then be conceded that a majority of the beneficiaries may act in bad faith with impunity, or may make a decision which is clearly irrational, when selecting the person with the power to select the trustee? I think the answer must be 'No.'

[26] The settlor is taken to have known and understood the applicable law at the date of execution of his deed. He would have known that, if he had given to the beneficiaries the right to remove and appoint trustees, their decisions in that regard would be amenable to court review. The addition of a protector to the trust's structure was intended to enhance and supplement the other protections enjoyed by the beneficiaries. Would the settlor, then, have intended by the same act to remove the accountability to each other and to the trust which the beneficiaries would have had if they could remove and appoint trustees directly? The law requires the power to remove and appoint trustees, even when exercised by beneficiaries, to be exercised in good faith for the benefit of the trust as a whole. In my view, where a protector is given the right to do that, the right of nomination of the protector must equally be exercised in good faith for the benefit of the trust and all of the beneficiaries. I am satisfied that the right of nomination accorded to these beneficiaries in the Circle Trust deed imposes upon them a fiduciary obligation which is reviewable in this court upon an allegation of irrationality, absence of good faith or impropriety of purpose.

[27] The sixth defendant, in particular, concedes and emphasizes that the decision and actions of the protector are reviewable because he is a fiduciary. This, he argues, is enough; there is no reason to add an additional layer of supervision by allowing a review of the process by which he was elected to office. I confess that I find unappealing this assertion that *ex post facto* control is all that is needed. For example, let us consider a hypothetical case in which a majority of the beneficiaries choose to elect as protector a person whom they are certain will do nothing whatsoever to fulfil his mandate. Such a decision, in my view, is irrational. However, if *ex post facto* control of the protector is the only sort available, the minority beneficiaries are without a remedy until some considerable time has passed. Assuming the protector makes no announcement of his intended inactivity, no step could be taken to remove him until the minority are able to demonstrate that circumstances have arisen requiring his attention but he has refused to act. By that time, the trust assets may have been diminished in circumstances where an effective protector could have prevented that. It is eminently more sensible, in my view, to permit a review of the appoint-

ment process itself on the relatively narrow grounds of irrationality, absence of good faith, and improper purpose.

[28] My answer to question two is 'yes'; the exercise of the power to appoint a protector by a majority of the beneficiaries would be invalid if tainted by (i) irrationality, (ii) absence of good faith, or (iii) impropriety of the majority's purpose.

IF THE ANSWER TO QUESTION 2 IS 'NO', WHETHER THE APPOINTMENT OF THE SIXTH DEFENDANT ON JUNE 11TH, 2004 WAS VALID AND EFFECTIVE?

[29] Because of my answer to Question 2, this question requires no answer.

Ruling accordingly.

© Law Reports International and Government of the Cayman Islands

TRADUZIONE

a cura di Valentina Aversa

(omissis)

L'esercizio, da parte della maggioranza dei beneficiari, del potere di nomina del guardiano è nullo se contaminato da (i) irrazionalità, (ii) assenza di buona fede, o (iii) improprietà dello scopo perseguito dalla maggioranza?

[10] Un potere di attribuzione ("power of appointment"), propriamente detto, è (in contrapposizione ai poteri gestionali) un potere distributivo che accorda autorità di compiere atti relativi a beni [in trust] o dispositivi di essi (ved. Underhill & Hayton Law relating to Trusts and Trustee (16 ed., 2003) a pp. 25-28). Il precedente Farwell on Powers (3 ed, 1916) a p. 11 afferma che il "il potere di attribuzione" di un ufficio a qualcuno (come al guardiano), sebbene possa essere definito come un potere di attribuzione, è meglio definito come un diritto di nomina; un potere di attribuzione è un potere gestionale.

[11] Molte decisioni giudiziali e molti testi tracciano una chiara distinzione tra i poteri personali ed i poteri fiduciari, lasciando implicito il suggerimento che non esista una terza categoria. In questa analisi, un potere personale può essere di tre tipi: il potere del *donee* [ossia di colui che ha ricevuto il potere]

1. di agire egoisticamente come egli desidera e puramente a proprio beneficio in adempimento dei suoi obblighi legali o morali (Underhill & Hayton afferma che que-

sto caso è "raro") (ved. *Re Wills' Trusts Deeds, Wills v Godfrey* [1964] Ch 219, [1963] 1 All ER 390);

2. che può essere esercitato senza alcuna responsabilità nei confronti della Corte finché non ci sia frode nell'esercizio del potere stesso ["*fraud upon the power*"], ossia finché il potere non sia esercitato per un scopo o con un'intenzione che vada oltre lo scopo per cui è stato attribuito, o non sia giustificato dallo strumento che lo ha istituito;

3. che impone un dovere fiduciario di considerare, di quando in quando, se non sia opportuno esercitarlo, ma la concreta decisione di esercitarlo (o non) non può essere impugnata dinanzi la Corte a meno che si tratti di frode nell'esercizio del potere ["*fraud upon the power*"]. Ved. in generale la classificazione in Underhill & Hayton; Thomas on Powers (1998) par. 1-09 a 1-23 a pp. 4-12; e Lewin on Trusts (17 ed., 2000) par. 14-30 a 14-32, a p 362.

[12] Al contrario di un potere personale, un vero potere fiduciario è posto solo per il beneficio dei beneficiari. Il titolare, indipendentemente e consapevolmente, deve considerare, di tanto in tanto, se esercitare o non esercitare il potere e deve esercitarlo in maniera responsabile in conformità allo scopo per cui gli è stato accordato. Il potere non può essere esercitato capricciosamente, arbitrariamente, o in mala fede, ed il titolare non vi può rinunciare a meno che l'atto di trust lo autorizzi specificamente: Underhill & Hayton (a pp. 29-30).

[13] I trustee, naturalmente, acquisiscono poteri fiduciari ed obblighi in virtù del loro ufficio. Un "potere di attribuzione" ("power of appointment") del trustee (quale potere gestionale, come sopra suggerito), che consiste nel diritto di nominare un nuovo trustee, è un potere fiduciario: *Webb v Earl of Shaftesbury, Earl of Shaftesbury v Arrowsmith* (1802) 7 Ves 481, 32 ER 194. A causa della natura e della estensione dell'autorità spesso conferita ad un guardiano, c'è una tendenza nelle fonti a collegare obbligazioni fiduciarie anche all'esercizio del suo ufficio. Underhill & Hayton (a pp. 30-32) afferma che il ruolo del guardiano è "di solito" fiduciario. Esempi di ciò si trovano nelle cause *Rawcliffe v Steele* 1993-95 MLR 426 e *Von Knieriem v Bermuda Trust Co Ltd* (13 luglio 1994, inedito). Il disponente è libero di prevedere espressamente che i poteri del guardiano siano esclusivamente e soltanto personali: Underhill & Hayton (a p. 32).

[14] Per ovvie ragioni, lo *status* di beneficiario in sé non impone nessuna obbligazione di una natura fiduciaria. Il primo, il terzo, il quarto ed il sesto convenuto [il disponente, la moglie e alcuni fra i figli beneficiari] argomentano che, come meri beneficiari, il loro diritto di nominare un guardiano deve essere ritenuto un potere personale. Essi affermano che possono esercitarlo in ogni modo che de-

siderano, con l'obiettivo di proteggere loro stessi e solamente i propri interessi, finché non commettono una frode nell'esercizio del potere ("fraud upon the power"). Essi affermano che questo diritto di nomina è un potere personale che rientra nella categoria (2) o (3) di cui sopra (non interessa come questo potere sia di fatto esercitato). Dal momento che il secondo ed il quinto convenuto non hanno sostenuto che la nomina di Mr Fung, quale guardiano, equivalga ad una frode nell'esercizio del potere, questo comporta (secondo gli altri convenuti) la fine della questione. La nomina non è sindacabile dalla Corte.

[15] Non tutti i poteri o gli esercizi di autorità si possono classificare prontamente come suggeriscono questi convenuti. Probabilmente di fondamentale importanza è l'intenzione del disponente, dedotta in gran parte dai termini dello stesso atto istitutivo, dando importanza anche agli eventi di contorno esistenti al momento dell'atto istitutivo e da lui conosciuti (senza, comunque, l'ammissione di alcuna prova sull'intenzione soggettiva del disponente - un punto probabilmente importante nel presente caso). Come il Giudice Smellie affermò nella sentenza *Re Z Trust* (1997 CILR 248 a 275):

"[...] I fatti e le circostanze dell'atto istitutivo variano infinitamente e le intenzioni di un disponente non sono percepite prontamente dal riferimento solo ad un'applicazione dottrina dei principi emergenti dai precedenti giudiziari. Deve essere una questione di interpretazione in ogni caso particolare se il potere è dato personalmente o se è dato in funzione dell'ufficio, in quanto di natura fiduciaria [...]".

[16] I brani tratti dai casi che comportano l'interpretazione dei poteri di attribuzione ("powers of appointment"), ossia dei poteri dispositivi, devono essere trattati con cautela nelle analisi di un potere gestionale, la cui *raison d'être*, natura ed effetti possono essere molto diversi. Anche se lo *status* [la posizione nell'ambito dello specifico trust] del titolare del potere è innegabilmente significativo, non è determinante. Anche un beneficiario può essere investito di un potere al quale è collegata un'obbligazione fiduciaria: esempi possono essere trovati nei precedenti *Cardigan v Curzon-Howe*, sub nom *Earl Cardigan's Settled Estates* (1885) 30 Ch D 521, 55 LJ Ch 71 e *Re Papadimitriou* 2001-03 MLR 287, [2004] WTLR 1141; ved. anche *Re Z Trust*.

[17] Le decisioni che riguardano il diritto di nominare un trustee sono istruttive. Nella causa *Re Skeats Settlement, Skeats v Evans* (1889) 42 Ch D 522, 58 LJ Ch 656, ad un marito e ad una moglie è attribuito il potere di nominare i trustee al posto dei trustee uscenti. Essi concordano di nominare il marito stesso. Quella decisione è in contestazio-

ne. Il Giudice Kay non ha nessuna difficoltà a concludere che la nomina del marito sia nulla. Egli afferma (42 Ch D 522 a 526):

"L'ordinario potere di nomina di nuovi trustee, in base ad un atto istitutivo, impone chiaramente alla persona che ha il potere di nomina il dovere di scegliere persone oneste e di buon nome, delle quali ci si possa fidare per l'adempimento dei compiti molto difficili, onerosi, e spesso delicati che gravano sui trustee. Chi ha il potere di nomina è obbligato a scegliere al meglio della sua abilità le persone migliori che può trovare per lo scopo. Il potere di scelta è un potere fiduciario o no? Valuterò il modo per rispondere alla domanda secondo le modalità che ho offerto come criterio nel corso della discussione orale della causa. Si supponga, come succede di frequente, che i trustee, in base ai termini dell'atto di trust, abbiano diritto ad una remunerazione, a mezzo di compenso annuale. Può la persona che ha il potere di nomina mettere in vendita l'ufficio di trustee, e venderlo al migliore offerente? È chiaro che sarebbe completamente improprio. Potrebbe richiedere una remunerazione per avere fatto la nomina? Nella mia opinione, certamente no. Perché no? La risposta è che egli non può esercitare il potere per il proprio beneficio. E ancora, perché no? La risposta è inevitabile. Perché questo è un potere che implica obbligazioni di natura fiduciaria; e, pertanto, giungo alla conclusione, a prescindere da alcun precedente, che il potere in questione è un potere fiduciario".

Nella sentenza *Re Shortridge* [1895] 1 Ch 278, 64 LJ Ch 191, il titolare del potere di nominare nuovi trustee di un trust era una persona mentalmente inferma. La Corte di Appello, applicando la sentenza *Re Skeats' Settlement*, ha ritenuto che il potere fosse un potere, attribuito alla persona mentalmente inferma, fiduciario e con i caratteri delle obbligazioni gravanti sui trustee e, perciò, il giudice ha potuto attribuirlo ad una persona più appropriata.

[18] Nella causa *IRC v Schroder* [1983] STC 480, 57 TC 94 un contribuente ha trasferito la proprietà di alcuni suoi beni in un trust discrezionale, nominando un comitato di guardiani con potere di nomina e di revoca dei trustee. Ciascun membro del comitato di guardiani poteva essere rimosso dalla maggioranza del comitato e in tal caso il contribuente (il disponente) aveva il potere di colmare il posto vacante. Egli aveva anche il potere di nominare membri aggiuntivi del comitato dei guardiani. Il comitato stesso aveva il potere di revoca del trustee, mentre il contribuente (il disponente) aveva trattenuto il potere di nominare un sostituto o un trustee aggiuntivo. Per risolvere una questione fiscale, la corte ha dovuto determinare se, come contesta la Corona, il contribuente fosse in posizio-

ne di controllare l'impiego del reddito del trust perché egli aveva il potere in base all'atto istitutivo di nominare trustee aggiuntivi e di colmare un posto vacante nel comitato dei guardiani (aumentando il numero di membri come ritenesse appropriato). L'istanza della Corona è rigettata a causa della natura fiduciaria del diritto di nomina riservata al disponente stesso. La corte ha affermato ([1983] STC 480 a 500):

“Non ritengo che il disponente abbia di fatto poteri volti indirettamente a nominare e revocare i trustee. Il potere di revoca dei trustee è attribuito al comitato, e anche se il disponente può colmare i posti vacanti e possibilmente nominare anche membri aggiuntivi del comitato quando non c'è posto vacante, ritengo che tale potere, come il potere di nomina di nuovi trustee, debba essere considerato un potere fiduciario. Non lo si potrebbe usare propriamente per “riempire” il comitato allo scopo di assicurare che il disponente abbia una maggioranza che seguirà le sue indicazioni. In maniera simile, il potere del comitato di revoca e nomina dei nuovi trustee è un potere fiduciario. Anche se questi poteri non sono usuali non può a mio giudizio esser detto che il disponente si sia messo in una posizione in cui egli possa assicurare la nomina di trustee che seguirebbero i suoi desideri e che non eserciterebbero nessuna loro propria discrezionalità. I termini dell'atto istitutivo, perciò, non conducono, a mio giudizio, ad accertare o a sostenere le conseguenze che l'avvocato della Corona cerca di delineare”.

[19] Nella causa *Re Burton, Wily, v Burton* (1994) 126 ALR 557, un curatore fallimentare ha cercato di limitare il potere del fallito di nominare trustee. La corte ha ritenuto che il potere fosse di natura fiduciaria e non un bene patrimoniale sotto il controllo del curatore fallimentare e che non fosse un potere che il fallito potesse esercitare a proprio vantaggio. Il fallito era un beneficiario del trust. Nella causa *Re Osiris Trustees and Goodways* (1999) 2 ITEL 404, 1999-01 MLR 206 il disponente si era riservato il potere di nominare trustee aggiuntivi. L'esercizio del potere da parte sua è stato contestato. La corte ha ritenuto che un potere di nomina di trustee aggiuntivi comporti obbligazioni di natura fiduciaria che debbono essere adempiute nell'interesse dei beneficiari ed in buona fede. Un esercizio improprio di questo potere di nomina dei trustee aggiuntivi non è nullo, ma annullabile su istanza dei beneficiari.

[20] La causa *Von Knieriem v Bermuda Trust Co Ltd* (13 luglio 1994, inedita) è un caso in cui il potere di attribuzione (“power of appointment”) e di rimozione del trustee è stato affidato al guardiano. Successivamente, il guardiano ha rimosso i trustee esistenti e ne ha nominato alcuni nuovi e l'esercizio del suo potere è stato impugnato. La

corte ha considerato che il potere del guardiano di nominare e di revoca dei trustee ha natura fiduciaria e non potrebbe essere esercitato dal guardiano a suo beneficio. La causa *Re Newen, Newen v Barnes* [1894] 2 Ch 297,63 LJ Ch 863 è un altro caso in cui gli esecutori di una successione, avendo il potere di nominare i trustee, nominano uno di essi. Il Giudice J applica il precedente *Re Skeats' Settlement*, ma afferma che “a prescindere da questo precedente, non ho il minimo dubbio che quella nomina sia errata in punto di principio”.

[21] In tutti questi casi, il potere in questione è un diritto di nominare i trustee. Nel caso *Cardigan v Curzon-Howe, Re Papadimitriou e Re Burton*, la persona titolare del diritto di nomina è un beneficiario. Presi insieme, questi precedenti stabiliscono che il diritto di nomina del trustee, anche quando ne è titolare un beneficiario, tendenzialmente fa sorgere obbligazioni fiduciarie. Non è sempre così. Tutto dipende dalle intenzioni del disponente e dagli eventi di contorno. Il precedente *Rawson Trust Co Ltd v Perlman* (1990, inedito) è l'esempio di un caso in cui si è ritenuto che i guardiani a cui era attribuito un potere di veto sulle distribuzioni del trust e che erano anche beneficiari, non avevano obbligazioni fiduciarie. Essi erano stati nominati guardiani per lo scopo di salvaguardare i propri interessi personali come beneficiari.

[22] Riprendo, ora, il tema dell'intenzione del disponente. Il disponente del Circle Trust ha previsto che l'ufficio di guardiano sarà “immediatamente posto nel nulla e rimosso” se il guardiano diventi incapace o fallisca: cl 16(c). Il guardiano ha il diritto di rinunciare ad alcuni dei poteri conferitigli: cl 16(e). Il guardiano è esente da responsabilità per le perdite del fondo in trust derivanti da un suo atto od omissione eccetto quelle conseguenti la sua negligenza o omissione volontaria, frode (“fraud”) o disonestà: cl 16(g). C'è un diritto di indennizzo: cl 16(h). Il guardiano può esser remunerato per il suo tempo e servizi: cl 16(i). Egli ha diritto di ricevere rendiconti dal trustee: cl 16(j)(ii). Il guardiano può rimuovere un trustee in ogni tempo: cl 17(a). Egli può nominare nuovi trustee: cl 17(b). Può nominare anche un solo trustee per una parte del fondo in trust localizzata in una particolare area geografica “liberando gli altri trustee per tale parte”: cl 17(c). Il guardiano non può nominarsi trustee: cl b 19(d)(ii). Egli non può nominare trustee una persona che è sotto il suo controllo o influenza, o una società della quale egli possiede azioni: cl 19(d)(v) e (vi). Oltre a ciò, non vi sono limitazioni espresse al potere del guardiano di revoca e nomina dei trustee. Molti dei termini usati per descrivere i poteri e gli obblighi del guardiano riflettono i termini che descrivono il ruolo dei trustee.

[23] Sono convinto che l'intenzione del disponente fosse che il guardiano (se presente) debba assumere un ruolo fiduciario. Si dà per scontato che egli eserciti i propri poteri per il bene, e solamente per il bene, dei beneficiari nel loro insieme. Egli è un fiduciario nel senso classico del termine. Sono anche convinto che questa corte abbia un potere giurisdizionale di rimuovere un guardiano, quando dimostri l'esistenza di un giusto motivo, e di nominarne un altro al suo posto. Entrambe queste conclusioni sono sostenute dalle decisioni nelle cause *Rawcliffe v Steele* 1993-95 MLR 426 e *Re Freiburg Fiducia, Mourant & Co Trustees Ltd v Magnus* (2004) 6 ITEL 1078, 2004 JLR N [13]. Come detto prima, un atto istitutivo di trust può essere espresso in modo tale da mostrare chiaramente che un guardiano non ha obbligazioni fiduciarie e può agire puramente per proprio beneficio. L'atto istitutivo in questione non contiene nessuna indicazione in questo senso. La natura e l'estensione dell'autorità conferita al guardiano, insieme con le disposizioni che lo esentano dalla responsabilità per negligenza e che prevedono l'indennizzo e la remunerazione per il suo tempo, dimostra che questo disponente ha inteso che il guardiano agisse in una capacità fiduciaria.

[24] Che cosa, poi, può essere detto del diritto dei beneficiari di nominare un guardiano? Il trustee è un fiduciario. Se i beneficiari (o alcuni di essi) hanno il diritto di rimuovere il trustee e di nominare invece un altro (un potere che non hanno), l'esercizio del diritto di nomina è sindacabile della corte. L'Atto istitutivo del Circle Trust dà invece questa autorità critica al guardiano. Il guardiano stesso è un fiduciario; le sue decisioni riguardo la revoca o la nomina dei trustee sono, perciò, sindacabili da questa corte. Comunque, se le tesi sostenute dal primo, terzo, quarto e sesto convenuto fossero accolte, l'esercizio del diritto dei beneficiari di nominare un guardiano non sarebbe sindacabile. Ogni decisione che essi avessero preso, come la decisione di rimuovere un trustee e nominare un altro sarebbe sindacabile, ma la decisione di rimuovere e nominare un guardiano (considerando che il Guardiano può rimuovere il trustee e nominarne un altro) non lo sarebbe. Perché i beneficiari dovrebbero essere meno responsabili l'uno verso l'altro e verso la corte nel secondo caso rispetto al primo? C'è dell'ironia nel fatto che, inserendo un guardiano nella struttura del trust e dando a costui, piuttosto che ai beneficiari, il potere di rimuovere e nominare trustee, il disponente (secondo questo punto di vista) avrebbe trasformato il diritto di nomina da un esercizio del potere responsabile ad uno irresponsabile.

[25] Il Trustee del Circle Trust amministra ed esegue i suoi termini. Il guardiano sceglie il trustee. La legge rico-

nosce che la scelta del trustee da parte dei beneficiari debba essere fatta in buona fede. Il trustee scelto non può essere manifestamente disadatto per il compito - in altre parole, il criterio di scelta non può essere chiaramente irrazionale. Può allora ammettersi che la maggioranza dei beneficiari possa agire in mala fede con impunità o prendere delle decisioni che sono chiaramente irrazionali, scegliendo la persona che ha il potere di scegliere il trustee? Io penso che la risposta sicuramente sia "no".

[26] Dobbiamo presumere che il Disponente conosca e comprenda il diritto applicabile alla data di sottoscrizione dell'atto istitutivo. Egli sapeva che, se avesse dato ai beneficiari il diritto di revoca e nomina dei trustee, le loro decisioni a quel riguardo sarebbero state sindacabili dalla Corte. L'aggiunta di un guardiano alla struttura del trust è volta a migliorare e completare le altre protezioni godute dai beneficiari. Il disponente potrebbe aver voluto, poi, con lo stesso atto, rimuovere l'obbligo di rendiconto reciproco e nei confronti del trust, che i beneficiari avrebbero avuto se avessero potuto rimuovere e nominare direttamente i trustee? La legge richiede che il potere di rimuovere e nominare trustee, anche quando esercitato da beneficiari, sia esercitato in buona fede per il beneficio dell'intero trust. A mio giudizio, quando un guardiano ha il diritto di fare ciò, il diritto di nomina del guardiano deve essere esercitato ugualmente in buona fede per il beneficio del trust e di tutti i beneficiari. Sono convinto che il diritto di nomina concesso a questi beneficiari nell'atto istitutivo del Circle Trust imponga loro un'obbligazione fiduciaria che è sindacabile da questa corte sull'accusa di irrazionalità, assenza di buona fede o improprietà di scopo.

[27] Il sesto convenuto, in particolare, riconosce e sottolinea che la decisione e le azioni del guardiano sono sindacabili perché egli è un fiduciario. Questo, egli argomenta, è abbastanza; non vi sarebbe alcuna ragione per aggiungere uno strato supplementare di potere di controllo, consentendo il sindacato del procedimento di nomina del Guardiano. Confesso che non trovo attraente l'affermazione secondo cui tutto ciò che occorre è il controllo successivo [sull'attività del Guardiano]. Per esempio, ci si permetta di considerare un caso ipotetico nel quale una maggioranza dei beneficiari scelga di eleggere come guardiano una persona che loro sono sicuri non farà niente per adempiere il suo mandato. Tale decisione, a mio parere, è irrazionale. Tuttavia, se *ex post facto* il controllo del guardiano è l'unico disponibile, i beneficiari di minoranza sono senza un rimedio finché non sia passato un tempo considerevole. Qualora il guardiano non dia alcuna comunicazione del suo intento di restare inattivo, nessun passo potrebbe essere preso per rimuoverlo finché la minoranza dimostri che al-

cune circostanze avrebbero richiesto la sua attenzione, e egli si era rifiutato di agire. A quel punto, i beni in trust potrebbero esser diminuiti in circostanze in cui, se il guardiano fosse stato attivo, tutto ciò si sarebbe evitato. È molto più assennato, a mio parere, permettere un sindacato del processo di nomina su basi, per altro assai ristrette, quali la irrazionalità, l'assenza di buona fede e lo scopo improprio.

[28] La mia risposta al quesito due è "sì"; l'esercizio del potere di nomina di un guardiano da parte della maggio-

ranza dei beneficiari sarebbe invalido se contaminato da (i) irrazionalità, (ii) assenza di buona fede, o (iii) improprietà dello scopo perseguito dalla maggioranza.

Se la Risposta al quesito 2 è "no", se la nomina del se-sto convenuto in data 11 giugno 2004 era valida ed efficace?

[29] A causa della mia risposta al quesito 2, questa domanda non richiede risposta.

Inghilterra e Galles

Fraud Act 2006

■ Legge 8 novembre 2006, 2006 Chapter 35

Fraud

1. Fraud
2. Fraud by false representation
3. Fraud by failing to disclose information
4. Fraud by abuse of position
5. "Gain" and "loss"
6. Possession etc. of articles for use in frauds
7. Making or supplying articles for use in frauds
8. "Article"
9. Participating in fraudulent business carried on by sole trader etc.
10. Participating in fraudulent business carried on by company etc.: penalty
- Obtaining services dishonestly
11. Obtaining services dishonestly
- Supplementary
12. Liability of company officers for offences by company
13. Evidence
14. Minor and consequential amendments etc.
15. Commencement and extent
16. Short title

Schedule 1

Minor and consequential amendments

Schedule 2

Transitional provisions and savings

Schedule 3

Repeals and revocations

An Act to make provision for, and in connection with, criminal liability for fraud and obtaining services dishonestly.

BE IT ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

FRAUD

1 Fraud

(1) A person is guilty of fraud if he is in breach of any

of the sections listed in subsection (2) (which provide for different ways of committing the offence).

(2) The sections are—

(a) section 2 (fraud by false representation),

(b) section 3 (fraud by failing to disclose information), and

(c) section 4 (fraud by abuse of position).

(3) A person who is guilty of fraud is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).

(4) Subsection (3)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

2 Fraud by false representation

(1) A person is in breach of this section if he—

(a) dishonestly makes a false representation, and

(b) intends, by making the representation—

(i) to make a gain for himself or another, or

(ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A representation is false if—

(a) it is untrue or misleading, and

(b) the person making it knows that it is, or might be, untrue or misleading.

(3) "Representation" means any representation as to fact or law, including a representation as to the state of mind of—

(a) the person making the representation, or

(b) any other person.

(4) A representation may be express or implied.

(5) For the purposes of this section a representation may be regarded as made if it (or anything implying it) is submitted in any form to any system or device designed to receive, convey or respond to communications (with or without human intervention).

3 Fraud by failing to disclose information

A person is in breach of this section if he—

(a) dishonestly fails to disclose to another person information which he is under a legal duty to disclose, and

(b) intends, by failing to disclose the information—
 (i) to make a gain for himself or another, or
 (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

4 Fraud by abuse of position

(1) A person is in breach of this section if he—
 (a) occupies a position in which he is expected to safeguard, or not to act against, the financial interests of another person,
 (b) dishonestly abuses that position, and
 (c) intends, by means of the abuse of that position—
 (i) to make a gain for himself or another, or
 (ii) to cause loss to another or to expose another to a risk of loss.

(2) A person may be regarded as having abused his position even though his conduct consisted of an omission rather than an act.

5 “Gain” and “loss”

(1) The references to gain and loss in sections 2 to 4 are to be read in accordance with this section.

(2) “Gain” and “loss”—

(a) extend only to gain or loss in money or other property;

(b) include any such gain or loss whether temporary or permanent;

and “property” means any property whether real or personal (including things in action and other intangible property).

(3) “Gain” includes a gain by keeping what one has, as well as a gain by getting what one does not have.

(4) “Loss” includes a loss by not getting what one might get, as well as a loss by parting with what one has.

6 Possession etc. of articles for use in frauds

(1) A person is guilty of an offence if he has in his possession or under his control any article for use in the course of or in connection with any fraud.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to a fine (or to both).

(3) Subsection (2)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

7 Making or supplying articles for use in frauds

(1) A person is guilty of an offence if he makes, adapts, supplies or offers to supply any article—

(a) knowing that it is designed or adapted for use in the course of or in connection with fraud, or

(b) intending it to be used to commit, or assist in the commission of, fraud.

(2) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).

(3) Subsection (2)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

8 “Article”

(1) For the purposes of—

(a) sections 6 and 7, and

(b) the provisions listed in subsection (2), so far as they relate to articles for use in the course of or in connection with fraud,

“article” includes any program or data held in electronic form.

(2) The provisions are—

(a) section 1(7)(b) of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (c. 60),

(b) section 2(8)(b) of the Armed Forces Act 2001 (c. 19), and

(c) Article 3(7)(b) of the Police and Criminal Evidence (Northern Ireland) Order 1989 (S.I. 1989/1341 (N.I. 12));

(meaning of “prohibited articles” for the purposes of stop and search powers).

9 Participating in fraudulent business carried on by sole trader etc.

(1) A person is guilty of an offence if he is knowingly a party to the carrying on of a business to which this section applies.

(2) This section applies to a business which is carried on—

(a) by a person who is outside the reach of section 458 of the Companies Act 1985 (c. 6) or Article 451 of the Companies (Northern Ireland) Order 1986 (S.I. 1986/1032) (N.I. 6) (offence of fraudulent trading), and

(b) with intent to defraud creditors of any person or for any other fraudulent purpose.

(3) The following are within the reach of section 458 of the 1985 Act—

(a) a company (within the meaning of that Act);

(b) a person to whom that section applies (with or without adaptations or modifications) as if the person were a company;

(c) a person exempted from the application of that section.

(4) The following are within the reach of Article 451 of the 1986 Order—

(a) a company (within the meaning of that Order);

(b) a person to whom that Article applies (with or without adaptations or modifications) as if the person were a company;

(c) a person exempted from the application of that Article.

(5) "Fraudulent purpose" has the same meaning as in section 458 of the 1985 Act or Article 451 of the 1986 Order.

(6) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 10 years or to a fine (or to both).

(7) Subsection (6)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

10 Participating in fraudulent business carried on by company etc.: penalty

(1) In Schedule 24 to the Companies Act 1985 (punishment of offences), in column 4 of the entry relating to section 458 of that Act, for "7 years" substitute "10 years".

(2) In Schedule 23 to the Companies (Northern Ireland) Order 1986 (punishment of offences), in column 4 of the entry relating to Article 451 of that Order, for "7 years" substitute "10 years".

OBTAINING SERVICES DISHONESTLY

11 Obtaining services dishonestly

(1) A person is guilty of an offence under this section if he obtains services for himself or another—

(a) by a dishonest act, and

(b) in breach of subsection (2).

(2) A person obtains services in breach of this subsection if—

(a) they are made available on the basis that payment has been, is being or will be made for or in respect of them,

(b) he obtains them without any payment having been made for or in respect of them or without payment having been made in full, and

(c) when he obtains them, he knows—

(i) that they are being made available on the basis described in paragraph (a), or

(ii) that they might be,

but intends that payment will not be made, or will not be made in full.

(3) A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 12 months or to a fine not exceeding the statutory maximum (or to both);

(b) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years or to a fine (or to both).

(4) Subsection (3)(a) applies in relation to Northern Ireland as if the reference to 12 months were a reference to 6 months.

SUPPLEMENTARY

12 Liability of company officers for offences by company

(1) Subsection (2) applies if an offence under this Act is committed by a body corporate.

(2) If the offence is proved to have been committed with the consent or connivance of—

(a) a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate, or

(b) a person who was purporting to act in any such capacity,

he (as well as the body corporate) is guilty of the offence and liable to be proceeded against and punished accordingly.

(3) If the affairs of a body corporate are managed by its members, subsection (2) applies in relation to the acts and defaults of a member in connection with his functions of management as if he were a director of the body corporate.

13 Evidence

(1) A person is not to be excused from—

(a) answering any question put to him in proceedings relating to property, or

(b) complying with any order made in proceedings relating to property,

on the ground that doing so may incriminate him or his spouse or civil partner of an offence under this Act or a related offence.

(2) But, in proceedings for an offence under this Act or a related offence, a statement or admission made by the person in—

(a) answering such a question, or

(b) complying with such an order,

is not admissible in evidence against him or (unless they married or became civil partners after the making of the statement or admission) his spouse or civil partner.

(3) "Proceedings relating to property" means any proceedings for—

(a) the recovery or administration of any property,

(b) the execution of a trust, or

(c) an account of any property or dealings with property,

and “property” means money or other property whether real or personal (including things in action and other intangible property).

(4) “Related offence” means—

(a) conspiracy to defraud;

(b) any other offence involving any form of fraudulent conduct or purpose.

14 Minor and consequential amendments etc.

(1) Schedule 1 contains minor and consequential amendments.

(2) Schedule 2 contains transitional provisions and savings.

(3) Schedule 3 contains repeals and revocations.

15 Commencement and extent

(1) This Act (except this section and section 16) comes into force on such day as the Secretary of State may

appoint by an order made by statutory instrument; and different days may be appointed for different purposes.

(2) Subject to subsection (3), sections 1 to 9 and 11 to 13 extend to England and Wales and Northern Ireland only.

(3) Section 8, so far as it relates to the Armed Forces Act 2001 (c. 19), extends to any place to which that Act extends.

(4) Any amendment in section 10 or Schedule 1, and any related provision in section 14 or Schedule 2 or 3, extends to any place to which the provision which is the subject of the amendment extends.

16 Short title

This Act may be cited as the Fraud Act 2006.

SCHEDULES

(*omissis*)

Pennsylvania

Uniform Fiduciaries Act

INDEX

Definitions

§ 6351. Definition of terms.

Payments To Fiduciaries

§ 6361. Application of payments made to fiduciaries.

Transfer of Securities and Notes

§ 6371. Registration or transfer of securities to or by fiduciaries or their nominees.

§ 6372. Transfer of negotiable instruments by fiduciary.

Checks

§ 6381. Check drawn by fiduciary payable to third person.

§ 6382. Check drawn by and payable to fiduciary.

Deposits

§ 6391. Deposit in name of fiduciary as such.

§ 6392. Deposit in name of principal.

§ 6393. Deposit in fiduciary's personal account.

§ 6394. Deposit in names of two or more trustees.

Construction and Title of Act

§ 6401. Act not retroactive.

§ 6402. Cases not provided for in act.

§ 6403. Uniformity of interpretation.

§ 6404. Short title.

DEFINITIONS

§ 6351. Definition of terms

(1) In this act, unless the context or subject matter otherwise requires,

“Bank” includes any person or association of persons, whether incorporated or not, carrying on the business of banking.

“Fiduciary” includes a trustee, under any trust expressed, implied, resulting, or constructive, executor, administrator, guardian, conservator, curator, receiver, trustee in bankruptcy, assignee for the benefit of creditors, partner, agent, officer of a corporation, public or private, public officer, or any other person acting in a fiduciary capacity for any person, trust, or estate.

“Person” includes a corporation, partnership, or other association or two or more persons having a joint or common interest.

“Principal” includes any person to whom a fiduciary, as such, owes an obligation.

(2) A thing is done “in good faith,” within the mean-

ing of this act, when it is in fact done honestly, whether it be done negligently or not.

PAYMENTS TO FIDUCIARIES

§ 6361. Application of payments made to fiduciaries

A person who, in good faith, pays or transfers to a fiduciary any money or other property, which the fiduciary as such is authorized to receive, is not responsible for the proper application thereof by the fiduciary, and any right or title acquired from the fiduciary in consideration of such payment or transfer is not invalid in consequence of a misapplication by the fiduciary.

TRANSFER OF SECURITIES AND NOTES

§ 6371. Registration or transfer of securities to or by fiduciaries or their nominees

If a fiduciary or the nominee of a fiduciary, in whose name are registered or to be registered any shares of stock, bonds, or other securities of any corporation, public or private, or company or other association, or of any trust, applies for the registration or transfer of the same, such corporation or company or other association, or any of the managers of the trust, or its or their transfer agent, is not bound (except as required by section 8-403 of the act, approved the sixth day of April, one thousand nine hundred fifty-three (Act No. 1), known as the Uniform Commercial Code) to inquire whether the fiduciary or nominee is committing a breach of his obligation as fiduciary or nominee in making such registration or transfer or to see to the performance of the fiduciary obligation, and is liable for such registration or transfer only where such registration or transfer is made with actual knowledge that such fiduciary or nominee is committing a breach of trust in requesting such registration or transfer or with knowledge of such facts that its or their participation in such registration or transfer [amounts] to bad faith.

Nota:

Pubblichiamo da Pennsylvania Statutes, Title 7, ch. 58.

§ 6372. Transfer of negotiable instruments by fiduciary

If any negotiable instrument, payable or indorsed to a fiduciary as such, is indorsed by the fiduciary, or if any negotiable instrument, payable or indorsed to his principal, is indorsed by a fiduciary empowered to indorse such instrument on behalf of his principal, the indorsee is not bound to inquire whether the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in indorsing or delivering the instrument, and is not chargeable with notice that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary unless he takes the instrument with actual knowledge of such breach or with knowledge of such facts that his action in taking the instrument amounts to bad faith. If, however, such instrument is transferred in any transaction known by the transferee to be for the personal benefit of the fiduciary, the creditor or other transferee is liable to the principal if the fiduciary in fact commits a breach of his obligation as fiduciary in transferring the instrument.

CHECKS

§ 6381. Check drawn by fiduciary payable to third person

If a check or other bill of exchange is drawn by a fiduciary as such, or in the name of his principal by a fiduciary empowered to draw such instrument in the name of his principal, the payee is not bound to inquire whether the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in drawing or delivering the instrument, and is not chargeable with notice that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary unless he takes the instrument with actual knowledge of such breach or with knowledge of such facts that his action in taking the instrument amounts to bad faith. If, however, such instrument is payable to a personal creditor of the fiduciary and delivered to the creditor in payment of, or as security for, a personal debt of the fiduciary to the actual knowledge of the creditor, or is drawn and delivered in any transaction known by the payee to be for the personal benefit of the fiduciary, the creditor or other payee is liable to the principal if the fiduciary in fact commits a breach of his obligation as fiduciary in drawing or delivering the instrument.

§ 6382. Check drawn by and payable to fiduciary

If a check or other bill of exchange is drawn by a fiduciary as such, or in the name of his principal by a fiduciary empowered to draw such instrument in the name of his

principal, payable to the fiduciary personally or payable to a third person and by him transferred to the fiduciary, and is thereafter transferred by the fiduciary whether in payment of a personal debt of the fiduciary, or otherwise, the transferee is not bound to inquire whether the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in transferring the instrument, and is not chargeable with notice that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary unless he takes the instrument with actual knowledge of such breach or with knowledge of such facts that his action in taking the instrument amounts to bad faith.

DEPOSITS

§ 6391. Deposit in name of fiduciary as such

If a deposit is made in a bank to the credit of a fiduciary as such, the bank is authorized to pay the amount of the deposit, or any part thereof, upon the check of the fiduciary signed with the name in which such deposit is entered, without being liable to the principal, unless the bank pays the check with actual knowledge that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in drawing the check or with knowledge of such facts that its action in drawing the check amounts to bad faith. If, however, such a check is payable to the drawee bank and is delivered to it in payment of, or as security for, a personal debt of the fiduciary to it, the bank is liable to the principal if the fiduciary in fact commits a breach of his obligation as fiduciary in drawing or delivering the check.

§ 6392. Deposit in name of principal

If a check is drawn upon the account of his principal, in a bank, by a fiduciary who is empowered to draw checks upon his principal's account, the bank is authorized to pay such check, without being liable to the principal, unless the bank pays the check with actual knowledge that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in drawing such check or with knowledge of such facts that its action in paying the check amounts to bad faith. If, however, such a check is payable to the drawee bank and is delivered to it in payment of, or as security for, a personal debt of the fiduciary to it, the bank is liable to the principal if the fiduciary in fact commits a breach of his obligation as fiduciary in drawing or delivering the check.

§ 6393. Deposit in fiduciary's personal account

If a fiduciary makes a deposit in a bank to his personal credit of checks drawn by him upon an account in his own

name as fiduciary; or of checks payable to him as fiduciary; or of checks drawn by him upon an account in the name of his principal, if he is empowered to draw checks thereon; or of checks payable to his principal and indorsed by him, if he is empowered to indorse such checks; or if he otherwise makes a deposit of funds held by him as fiduciary, -the bank receiving such deposit is not bound to inquire whether the fiduciary is committing thereby a breach of his obligation as fiduciary, and the bank is authorized to pay the amount of the deposit, or any part thereof, upon the personal check of the fiduciary, without being liable to the principal, unless the bank receives the deposit or pays the check with actual knowledge that the fiduciary is committing a breach of his obligation as fiduciary in making such deposit or in drawing such check or with knowledge of such facts that its action in receiving the deposit or paying the check amounts to bad faith.

§ 6394. Deposit in names of two or more trustees

When a deposit is made in a bank in the name of two or more persons as trustees, and a check is drawn upon the trust account by any trustee or trustees authorized by the other trustee or trustees to draw checks upon the trust account, neither the payee nor other holder nor the bank is bound to inquire whether it is a breach of trust to authorize such trustee or trustees to draw checks upon the trust account, and is not liable unless the circumstances be

such that the action of the payee or other holder or the bank amounts to bad faith.

CONSTRUCTION AND TITLE OF ACT

§ 6401. Act not retroactive

The provisions of this act shall not apply to transactions taking place prior to the time when it takes effect.

§ 6402. Cases not provided for in act

In any case not provided for in this act the rules of law and equity, including the law merchant, and those rules of law and equity relating to trusts, agency, negotiable instruments, and banking shall continue to apply.

§ 6403. Uniformity of interpretation

This act shall be so interpreted and construed as to effectuate its general purpose to make uniform the law of those States which enact it.

§ 6404. Short title

This act may be cited as the "Uniform Fiduciaries Act."

Bahamas

Purpose Trusts Act 2004

■ Purpose Trusts Act 2004 e successive modificazioni

Pubblichiamo qui di seguito il testo del Purpose Trusts Act 2004 come risultante a seguito delle modifiche apportate dal legislatore nel 2005 e nel 2007.

ARRANGEMENT OF SECTIONS

1. Short title and commencement.
2. Interpretation.
3. Authorized purpose trusts.
4. Allocations among purpose.
5. Uncertainty.
6. Authorized applicants.
7. Trustees.
8. Reformation of cy-près.
9. Termination.
10. General law regarding trusts to apply.
11. Saving for ordinary trusts.

Short title and commencement

1.(1) This Act may be cited as the Purpose Trusts Act, 2004.

(2) This Act shall come into operation on such day as the Minister may, by notice published in the Gazette, appoint.

Interpretation

2.(1) In this Act -

“authorised applicant” means a person who is for the time being an authorised applicant for the purposes of section 6;

“authorised purpose trust”, “authorised purpose” and “authorised purposes” have the meanings assigned by subsection (2) of section 3;

“charitable purpose” means an exclusively charitable purpose and “non-charitable purpose” means a purpose that is not charitable or is not exclusively charitable;

“Court” means the Supreme Court or a Judge thereof;

“Minister” means the Minister responsible for the administration of this Act;

“ordinary trust” means a trust that is not an authorised purpose trust;

“property” means property of any kind, real or person-

al, movable or immovable, and includes any thing in action and any interest (including an undivided share) in any kind of property;

“trust instrument” means the written testamentary or other instrument by or on the terms of which a trust is settled or declared.

(2) For the purposes of this Act, “trust instrument” includes such an instrument executed before or after the commencement of this Act which has been amended pursuant to the provisions of the instrument after the commencement of this Act.

Authorised purpose trusts

3.(1) A trust may be declared by trust instrument for a non-charitable purpose, including, exclusively or otherwise, the purpose of holding, or investing in shares in a company or any other assets constituting the trust property if -

(a) the purpose is possible and sufficiently certain to allow the trust to be carried out;

(b) the purpose is not contrary to public policy or unlawful under the laws of The Bahamas;

(c) the trust instrument specifies the event upon the happening of which the trust terminates and provides for the disposition of surplus assets of the trust upon its termination.

(2) In this Act, a trust satisfying the conditions in subsection (1) is referred to as “an authorised purpose trust”, the purpose of an authorised purpose trust is referred to as “an authorised purpose” and “authorised purposes” is to be construed accordingly.

(3) The trust instrument may create an authorized purpose trust of capital or income of any property which may have -

a fixed interest;

a discretionary interest; or

any combination of a fixed or discretionary interest as mentioned in (a) and (b).

[Comma così modificato dal Purpose Trusts (Amendment) Act 2007].

(3A) The capital or income of the authorized purpose trust referred to in subsection (3) may be disposed of in the following manner -

to persons who may be of any number; or

for purposes which may be of any number or kind, charitable or non-charitable; or

to any combination of persons or purposes as mentioned in (a) and (b).

[Comma introdotto dal Purpose Trusts (Amendment) Act 2007].

(4) The rule against perpetuities (also known as the rule against remoteness of vesting) shall not apply to an authorised purpose trust.

(5) A trust may not be regarded as a charitable trust, or an ordinary trust if it complies with this Act and is specified in the trust instrument to be an authorised purpose trust.

(6) No land nor any interest in land in The Bahamas shall be subject, directly or indirectly, to an authorised purpose trust, but an authorised purpose trust may lease office premises for the purposes of its business.

(7) Nothing in this Act affects the creation, termination or validity of any trust created under any other law, but save as aforesaid, purpose trusts which do not comply with this Act are invalid.

Allocation among purpose

4.(1) If the trust instrument of an authorised purpose trust has more than one purpose, and if and so far as a contrary intention not expressed in the trust instrument, and subject to the terms of that instrument, the trustees of an authorised purpose trust shall have power in their absolute discretion -

(a) to allocate capital and income among the different purposes of the trust; and

(b) to devise and determine the methods to be used to pursue the purposes of the trust.

(2) If the trust instrument of an authorised purpose trust has more than one purpose and if the trust instrument does not allocate capital or income among the different purposes of the trust and the trustees do not do so, the Court may make such allocations as in its opinion best fulfill the intent of the trust instrument.

Uncertainty

5.(1) Subject to subsection (3), an authorised purpose trust is not rendered void by uncertainty as to the administration of trust.

(2) The trust instrument of an authorised purpose trust may empower the trustee or any other person to resolve an uncertainty as to the administration of the trust.

(3) If an uncertainty as to the administration of an authorised purpose trust arises and either the trust instrument does not empower the trustee or any other person to resolve it, or the trust instrument does, but the trustee or other person (as the case may be) fails to resolve it, the Court may -

(a) resolve the uncertainty by reforming the trust, by settling a plan for its administration or in any other way which the Court deems appropriate, in each case which, in its opinion, best fulfill the intent of the trust instrument in relation to that purpose, as can be ascertained from admissible evidence; or

(b) if and to the extent of the trust instrument in relation to that purpose cannot be found from admissible evidence, declare the trust void for that purpose.

Authorised applicants

6.(1) The authorised applicants specified in subsection (2) shall have in relation to an authorised purpose trust -

(a) standing to make application by originating summons to the Court under subsection (2) of section 4, subsection (3) of section 5 and subsection (2) of section 8;

(b) the same rights as beneficiaries of an ordinary trust to bring and prosecute for the benefit of the trust -

(i) administration proceedings,

(ii) proceedings for breach of trust,

(iii) proceedings for the recovery of trust property, and

(iv) other proceedings, against the trustees and other persons;

(c) the right in any proceedings under this section to such accounts and inquiries and such other personal and proprietary remedies and relief, in each case for the benefit of the trust, as could be obtained by a beneficiary of an ordinary trust;

(d) standing to make any application to the Court for an opinion, advice or direction or otherwise in connection with the trust;

(e) in connection with any application or proceedings authorised by this section, the same rights as a trustee of an ordinary trust to protection and indemnity and to make application to the Court for relief from personal liability;

(f) in addition to any documents, information or other rights specifically provided for in the trust instrument, the right, whether or not any litigation is contemplated or in progress, to inspect and make copies of -

(i) the instruments, registers and documents of the trust kept by the trustees pursuant to subsection (2) of section 7;

(ii) all other records and documents of the trust; and

(iii) opinions and legal advice of counsel and attorneys received by the trustees in the general administration of the trust, save those opinions or advice received by the trustee in his personal capacity in contemplation of a lawsuit;

(g) all such other rights except those, if any, that may be expressly excluded by the settlor in the trust instrument in respect of a named beneficiary, to information and access to documents as the authorised applicant would have under section 83 of the Trustee Act, if the authorised

applicant were a beneficiary with a vested interest under the trust; and

(h) an indemnity against all costs and expenses properly incurred as an authorised applicant.

[Comma così modificato dal Purpose Trusts (Amendment) Act 2007].

(2) Subject to subsection (3), the following are authorised applicants in relation to an authorised purpose trust for the purpose of subsection (1) -

(a) any person appointed by or under the trust instrument of the trust or under paragraph (b) of subsection (4) to be an authorised applicant for the purposes of this section;

(b) the settlor of the trust, unless the trust instrument provides otherwise;

(c) any other person whom the Court declares (on an application being made for such a declaration) to have a pecuniary or non-pecuniary interest in advancing the purpose or purposes of the trust such as to make it appropriate in the opinion of the Court for that person to make applications and take proceedings under subsection (1) regarding the trust.

(3) A trustee of an authorised purpose trust and any person or class of persons specified in the trust instrument to be prohibited from acting as an authorised applicant shall not be eligible to be declared an authorised applicant of that authorised purpose trust under paragraph (c) of subsection (2) or appointed an authorised person of that authorised purpose trust under paragraph (b) of subsection (4).

(4) If the Attorney-General certifies in writing that an application or proceedings under subsection (1) is requisite in respect of an authorised purpose trust and that the Attorney-General is not aware of any person within subsection (2) who is able and willing to pursue such an application or proceedings then the Attorney-General -

(a) shall be empowered to make an application or take proceedings for the purposes of subsection (1); and

(b) may also apply to the Court for the appointment of an authorised applicant in relation to the trust and the Court may by order appoint a person who is able and willing to act as an authorised applicant for the purposes of this section in relation to the trust and authorise such newly authorised applicant to charge such remuneration payable from the trust property or its income as the Court may think fit.

(5) If the Court is satisfied that there is no such person as is specified under subsection (2) who is able and willing to make an application under that section and it is impossible or impracticable to appoint a new authorised applicant, who is willing and able to do so, then the Court shall declare that the trust has terminated and dispose of the surplus assets, if any, as it deems fit unless provided otherwise in the trust instrument. An application for such a declaration may be made by the Attorney General or a trustee of the authorised purpose trust or an authorised applicant of the authorised purpose trust.

(6) The Court may make such orders as it considers just for the payment out of the capital or income of the trust property of all or any costs (including but not limited to fees, charges, disbursements and remuneration) of or incidental to any application or proceedings authorised by this section that may be paid or incurred by -

(a) the Attorney-General;

(b) a trustee;

(c) any authorised applicant; or

(d) any applicant for a declaration under paragraph (c) of subsection (2).

Trustees

7.(1) A person who carries out trust business in or from within The Bahamas shall not act as trustee of an authorized purpose trust unless that person is -

(a) a bank or trust company licensed under the Banks and Trust Companies Regulation Act; or

(b) an individual who is licensed as a service provider under the Financial and Corporate Service Providers Act.

[Comma così modificato dal Purpose Trusts (Amendment) Act 2005].

(2) The trustees that administer an authorised purpose trust shall keep in The Bahamas -

(a) a copy of the trust instrument which created or evidenced each authorised purpose trust of which he is a trustee, copies of amending and supplemental instruments and all other written instruments executed pursuant to any of them;

(b) a register of each such trust specifying in respect of each trust, the name of the person who created the trust, a summary of the purpose or purposes of the trust and the name and address of any authorised applicants named as such in the trust instrument; and

(c) such documents as are sufficient to show the true financial position of each such trust at the end of the trust's financial year together with details of all applications of principal and income during that financial year.

(3) A trustee that administers an authorised purpose trust shall permit the Attorney General in the exercise of his powers under subsection (4) or (5) of section 6 of this Act to make copies of the instruments, registers and documents referred to in subsection (2).

(4) Subsections (2) and (3) do not create an obligation to make the instruments, registers and documents referred to in subsection (2) available for public inspection.

(5) A person who, in The Bahamas or elsewhere, knowingly administers an authorised purpose trust while there is a breach of subsection (1) (apart from actions intended to bring the trust in compliance with subsection (1) as soon as possible and actions intended to preserve the trust property pending compliance with subsection

(1)) is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000.

(6) Where a trustee -

(a) fails to comply with any of the provisions of subsection (2), he is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000;

(b) makes or authorizes the making of an untrue statement in an instrument, register or document referred to in subsection (2), he is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000;

(c) refuses to permit a person mentioned in subsection (3) to inspect and take copies of an instrument, register or document referred to in subsection (2), the trustee is guilty of an offence and is liable on summary conviction to a fine not exceeding \$5,000 and to a further fine of \$100.00 for every day on which the refusal continues.

(7) In proceedings against a trustee for an offence under paragraphs (a) and (b) of subsection (6) it shall be a defence for him to satisfy the Court that he took all reasonable steps and exercised all due diligence to avoid committing the offence. A person shall not be entitled to rely on this defence by reason of his reliance on information given by another person unless he shows that it was reasonable in all the circumstances for him to have relied on the information, having regard in particular to the steps which he took and which might reasonably have been taken, for the purpose of verifying the information, and to whether he had any reason to disbelieve the information.

(8) Where an offence under subsections (5) and (6) committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent and connivance of, or to be attributable to willful default or gross negligence on the part of, a director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or a person purporting to act in such a capacity, he, as well as it.

(9) The body corporate, is guilty of the offence and liable to be prosecuted and punished accordingly. Where the affairs of the body corporate are managed by its members, this subsection will also apply in relation to the acts and default of a member in connection with his functions of management as if he were a director of the body corporate.

(10) The trustees that administer an authorised purpose trust shall have in relation to that trust -

(a) standing to make application by originating summons to the Court under subsection (2) of section 4, subsection (3) of section 5, subsection (5) of section 6 and subsection (2) of section 8;

(b) standing to make any application to the Court for an opinion, advice or direction or otherwise in connection with the trust; and

(c) in connection with any application authorised by this section, the same rights as a trustee of an ordinary trust to protection and indemnity and to make application to the Court for relief from personal liability.

Reformation cy-près

8.(1) The trust instrument of an authorised purpose trust may empower the trustees or any other person to reform the trust in the event that it becomes in whole or in part -

(a) impossible or impracticable;

(b) unlawful or contrary to public policy; or

(c) obsolete in that, by reason of changed circumstances it fails to achieve the general intent of the trust.

(2) If the execution of an authorised purpose trust in accordance with its terms is or becomes (otherwise than by the fulfillment of any purpose) in whole or in part -

(a) impossible or impracticable;

(b) unlawful or contrary to public policy; or

(c) obsolete in that, by reason of changed circumstances it fails to achieve the general intent of the trust, the trustees of the trust shall, and any authorised applicant may, unless the trust is reformed pursuant to its own terms; apply to the Court to reform the trust cy-près.

(3) On such an application the Court may reform the trust in accordance with the general intent of its trust instrument or insofar as the Court finds that the trust cannot be so reformed then the Court shall declare that the trust has terminated and dispose of the surplus assets, if any, as it deems fit unless provided otherwise in the trust instrument.

Termination

9. Upon the Court declaring under subsection (5) of section 6 or subsection (3) of section 8 that an authorised purpose trust has terminated -

(a) if the trust instrument provides for further trusts to take effect subject to, or on the termination of, the authorised purpose trust then such further trusts shall take effect accordingly; or

(b) otherwise the trust property and its income shall be dealt with in accordance with the provisions of the trust instrument regarding surplus assets.

General law regarding trusts to apply

10. Save as otherwise provided by this Act, the law relating to authorised purpose trusts is the same in every respect as the law relating to ordinary trusts from time to time and for this purpose the law relating to ordinary trusts includes (without limitation) the Trustee Act.

Saving for ordinary trusts

11. Nothing in this Act shall prejudice (whether directly or by implication) the validity of any ordinary trust.

Italia

Tassazione del reddito di un trust istituito per agevolare un concordato preventivo

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Risoluzione 4 gennaio 2008, n. 4/E

Oggetto:

Istanza di interpello - ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212 - TRUST ALFA - Articoli 67, 68 e 73 del D.P.R. n. 917 del 1986

Testo:

QUESITO

Il quesito proposto dal Trust ALFA riguarda la tassazione del reddito di un trust impiegato in una procedura di concordato preventivo.

La BETA s.p.a. in liquidazione volontaria ha proposto ai creditori un concordato preventivo, successivamente omologato dal Tribunale.

Al fine di consentire il raggiungimento di una percentuale di soddisfazione di creditori superiore alla misura minima prevista dalla legge, i componenti del Consiglio di Amministrazione e il coniuge del liquidatore si sono dichiarati disposti alla devoluzione di patrimonio immobiliare di loro esclusiva pertinenza a garanzia del buon esito della procedura.

Il concordato preventivo della "BETA" è da ricondursi al concordato cosiddetto "misto" con il quale, alla cessione dei beni ai creditori, si aggiunge l'impegno di un terzo al pagamento di una percentuale aggiuntiva, che rafforza sussidiariamente la garanzia principale qualora il realizzo dei beni dell'impresa non risulti sufficiente.

L'impiego del trust assicura alla procedura del concordato margini di certezza maggiori rispetto alla mera offerta di beni da parte di terzi, poiché i beni sono vincolati a quello scopo specifico.

Il "Trust ALFA" è stato costituito allo scopo di segregare il patrimonio immobiliare personale dei membri del C.d.A. e del coniuge del liquidatore, al fine di destinare il ricavato della vendita alla soddisfazione della massa dei creditori della procedura del concordato preventivo.

Nel corso del 2005 e del 2006 le due unità immobiliari segregate nel Trust sono state aggiudicate e vendute.

Tutto ciò premesso, il Trust ALFA chiede di conoscere il corretto trattamento tributario dei redditi del trust e, in particolare:

1. se il trust possa correttamente qualificarsi quale trust non commerciale
2. se la vendita degli immobili da parte del trust determini una plusvalenza
3. se il reddito debba essere tassato in capo al trust.

SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'istante ritiene che il Trust ALFA non abbia per oggetto l'esercizio di attività commerciale né tale sia l'attività effettivamente esercitata.

Conseguentemente, il reddito complessivo del Trust sarebbe determinato secondo le disposizioni dell'articolo 143 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), quale reddito complessivo degli enti non commerciali residenti.

Le eventuali plusvalenze realizzate dal Trust a seguito della vendita degli immobili devono essere considerate "redditi diversi" ai sensi dell'articolo 67 del TUIR.

In particolare, l'istante ritiene che nel caso concreto non si realizzi alcuna plusvalenza poiché la cessione ha avuto ad oggetto immobili acquistati o costruiti da più di cinque anni, dovendosi fare riferimento ai valori e al periodo di possesso riconosciuti in capo al disponente.

Infine, il Trust ritiene che i redditi siano imputabili allo stesso e non alla massa dei creditori.

PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

La soluzione prospettata dal contribuente appare corretta.

Quanto al primo punto, circa la qualificazione di trust non commerciale, si osserva quanto segue.

L'articolo 73, comma 1 del TUIR individua quali soggetti all'imposta sul reddito delle società:

i trust residenti nel territorio dello Stato che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (enti commerciali);

i trust residenti nel territorio dello Stato che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali (enti non commerciali);

i trust non residenti, per i redditi prodotti nel territorio dello Stato (enti non residenti).

Il Trust ALFA, come già detto, ha come scopo il soddisfacimento della massa dei creditori della procedura del concordato, come risulta dall'atto istitutivo. Inoltre, l'attività effettivamente esercitata, la vendita del patrimonio immobiliare del trust, non configura, nel caso specifico, attività d'impresa.

Il reddito complessivo del Trust ALFA, quale soggetto IRES che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'attività commerciale sarà determinato, quindi, in base ai criteri dettati dall'articolo 143 del TUIR "Reddito complessivo" degli enti non commerciali residenti.

Relativamente al secondo quesito, circa l'eventuale realizzazione di una plusvalenza derivante dalla cessione degli immobili, si ritiene che, nel caso concreto, dalla cessione da parte del Trust non emerga un reddito imponibile.

La cessione di un immobile da parte di un trust non commerciale potrà realizzare, ricorrendone i presupposti, un reddito diverso disciplinato dall'articolo 67 del TUIR. In particolare, come chiarito nella circolare 48 (paragrafo 3.4) "per la determinazione delle plusvalenze dovrà farsi riferimento ai valori fiscalmente riconosciuti in capo al disponente, fermo restando che il trasferimento dei beni da quest'ultimo al trustee non interrompe il decorso del quinquennio di cui all'articolo 67 del TUIR"(1).

Nel caso specifico, poiché gli immobili erano di proprietà dei disponenti da oltre cinque anni, le eventuali plusvalenze conseguite non concorreranno alla formazione del reddito imponibile del trust, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, lettera b).

Quanto all'ultimo quesito, come prospettato dall'istante, l'imputazione dei redditi avverrà correttamente in capo al Trust.

La circolare n. 48 del 6 agosto 2007, al paragrafo 3, ha chiarito che "l'articolo 73 individua, ai fini della tassazione, due principali tipologie di trust:

- trust con beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono imputati per trasparenza ai beneficiari (trust trasparenti)

- trust senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi vengono direttamente attribuiti al trust medesimo (trust opachi).

... (par. 4) Premesso che il presupposto di applicazione dell'imposta è il possesso di redditi, per "beneficiario individuato" è da intendersi il beneficiario di "reddito individuato", vale a dire il soggetto che esprime, rispetto a quel reddito, una capacità contributiva attuale.

È necessario, quindi, che il beneficiario non solo sia puntualmente individuato, ma che risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza."

Nel caso concreto il Trust, ai fini della tassazione, è un trust opaco. Infatti, benché nell'atto istitutivo del Trust vengano indicati quali "beneficiari immediati la massa dei creditori del Concordato", tali soggetti non corrispondono ai "beneficiari individuati" di cui all'articolo 73, comma 2 del TUIR.

La risposta di cui alla presente nota, sollecitata con istanza di interpello presentata alla Direzione Regionale, viene resa dalla scrivente ai sensi dell'articolo 4, comma 1, ultimo periodo, del D.M. 26 aprile 2001, n. 209.

Nota:

(1) La Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E è pubblicata in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497.

Italia

Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Circolare
22 gennaio 2008, n. 3/E

Oggetto:

Successioni, donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione

Testo:

Indice

1 - 4 *Omissis*

5 LA COSTITUZIONE DI VINCOLI DI DESTINAZIONE

5.1 Premessa

5.2 La costituzione di vincoli di destinazione traslativi

5.3 La costituzione di vincoli di destinazione non traslativi

5.4 Trust

5.4.1 Premessa

5.4.2 Costituzione di beni in trust: rilevanza ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni

5.4.3 Rilevanza delle operazioni effettuate durante il trust

6 IMPOSTE IPOTECARIA E CATASTALE

7 DETERMINAZIONE DELLA BASE IMPONIBILE

7.1 Successioni

7.2 Donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione

7.3 Disposizioni comuni alle successioni e donazioni

7.3.1 L'avviamento

7.3.2 Valore degli immobili

8 AGEVOLAZIONI

8.1. Premessa

8.2 Agevolazione prima casa

8.3 Esenzione per i trasferimenti di aziende e partecipazioni sociali

8.3.1. Premessa

8.3.2 Condizioni per l'applicabilità dell'esenzione

8.3.3 Patti di famiglia

8.3.4 Efficacia

8.3.5 Imposte ipotecaria e catastale

(*Omissis*)

5. LA COSTITUZIONE DI VINCOLI DI DESTINAZIONE

5.1 Premessa

Nell'articolo 2, comma 49, del decreto-legge n. 262 del 2006, per la prima volta il legislatore fornisce disciplina fiscale, rilevante ai fini dell'imposizione indiretta, alla "costituzione di vincoli di destinazione".

In tale categoria sono riconducibili i negozi giuridici mediante i quali determinati beni sono destinati alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, con effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni medesimi.

Seppur con effetti diversi, il vincolo di destinazione si realizza, ad esempio, nelle seguenti ipotesi:

- costituzione di un *trust*;
- stipula di un negozio fiduciario;
- costituzione di un fondo patrimoniale (articolo 167 del codice civile);
- costituzione, da parte di una società, di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (articolo 2447-bis del codice civile).

L'effetto segregativo, conseguente alla costituzione del vincolo di destinazione, consiste nel far confluire i beni vincolati in un patrimonio separato rispetto al patrimonio del disponente, il quale ne perde la libera disponibilità.

Al riguardo, va preliminarmente precisato che la confluenza dei beni in un patrimonio separato non è, in ogni caso, funzionale al trasferimento della proprietà dei beni vincolati medesimi a favore di determinati beneficiari.

Si pensi, ad esempio, alla fattispecie trattata all'articolo 2447-bis del codice civile, in cui una società enuclea dal proprio patrimonio generale un insieme di beni (costituenti, in ipotesi, un ramo di azienda), destinandoli allo svolgimento di uno specifico affare. In siffatta ipotesi i beni rimangono pur sempre nella titolarità della società disponente la quale, tuttavia, potrà avvalersene esclusiva-

mente per la realizzazione dell'affare nei termini preventivamente stabiliti.

In altri casi, al contrario, unitamente all'effetto segregativo, il vincolo implica anche il trasferimento di beni ad un soggetto diverso dal disponente.

Le diverse modalità (traslativa e non) con cui l'effetto segregativo viene conseguito rilevano ai fini dell'applicazione delle imposte indirette.

Tali imposte, infatti, sono tradizionalmente collegate all'intrinseca natura e agli effetti giuridici degli atti da tassare, secondo il principio dettato dall'articolo 20 del TUR, il quale, sebbene enunciato in materia di imposta di registro, deve considerarsi applicabile in linea di principio anche per le altre imposte indirette (risoluzione 1 agosto 2000, n. 126/E; risoluzione 26 aprile 1988, n. 310088).

Con specifico riferimento all'imposta sulle successioni e donazioni, tale principio comporta la necessità di verificare, volta per volta, gli effetti giuridici che la costituzione di un vincolo di destinazione produce, per modo che l'imposta possa essere assolta solo in relazione a vincoli di destinazione costituiti mediante trasferimento di beni.

Diversamente, il vincolo realizzato su beni che, seppur separati rispetto al patrimonio del disponente, rimangono a quest'ultimo intestati, non può considerarsi un atto dispositivo rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta.

Ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni si rende necessario pertanto distinguere le costituzioni di vincoli di destinazione produttivi di effetti traslativi, da quelle che, invece, lo stesso effetto non evidenziano.

La costituzione di un *trust*, pur comportando un vincolo di destinazione, per le sue rilevanti peculiarità è trattata specificatamente nel paragrafo 5.4.

5.2 La costituzione di vincoli di destinazione traslativi

La costituzione di un vincolo di destinazione avente effetto traslativo, sia essa disposta mediante testamento ovvero effettuata per atto *inter vivos*, è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni.

La fattispecie negoziale in esame si sostanzia in un atto dispositivo a titolo gratuito che, privo dello spirito di liberalità proprio delle donazioni, è preordinato non all'arricchimento del destinatario dei beni, ma essenzialmente alla costituzione di un vincolo di destinazione sui beni oggetto di trasferimento.

Di regola l'attribuzione dei beni avviene contestualmente alla costituzione del vincolo. In tal caso l'attribuzione dei beni darà luogo all'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

Qualora, invece, manchi detta contestualità, l'atto con il quale il vincolo viene costituito è assoggettato ad imposta di registro in misura fissa, analogamente a quanto avviene nell'ipotesi in cui la costituzione del vincolo non dia luogo, in nessun caso, ad alcun effetto traslativo.

A titolo esemplificativo, rientrano tra gli atti costitutivi di vincoli aventi effetti anche traslativi i seguenti negozi:

1) negozio fiduciario: di cui prevalentemente si avvalgono le società fiduciarie disciplinate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 (recante la disciplina in materia di società fiduciarie e di revisione), che si propongono di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi:

2) fondo patrimoniale: nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia costituito "...con beni di un terzo..." o "...di proprietà di uno solo dei coniugi che non se ne riserva la proprietà", vale a dire quando la convenzione matrimoniale comporti il trasferimento del diritto di proprietà dei beni conferiti in capo a uno o entrambi i coniugi (v. Circolare 30 novembre 2000, n. 221).

Qualora l'atto costitutivo del vincolo comporti anche il trasferimento della proprietà del bene, l'aliquota d'imposta applicabile si determina con riferimento al rapporto di parentela o di coniugio eventualmente intercorrente tra il disponente e il destinatario dell'attribuzione, secondo i criteri individuati in precedenza.

Occorre altresì considerare che, al momento della estinzione del vincolo di destinazione, i beni che vi erano assoggettati possono essere ritrasferiti in capo a determinati soggetti diversi. Si pensi ad un negozio stipulato a scopo di garanzia che preveda il trasferimento della proprietà di un bene a favore del creditore e la successiva restituzione del medesimo, quando il debito sarà stato pagato; ovvero al venir meno di un fondo patrimoniale per annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio con attribuzione dei beni in proprietà ai figli per disposizione del giudice (articolo 171, terzo comma, codice civile).

Tali successive attribuzioni di beni sono soggette ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, indipendentemente da ogni precedente imposizione.

Pertanto, nell'ipotesi in cui il bene trasferito in sede di costituzione del vincolo debba essere successivamente ritrasferito a terzi si verificherà che:

- il primo negozio traslativo della proprietà sarà assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni;
- il secondo trasferimento, in base alla sua natura giuridica, sarà anch'esso assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni ovvero all'imposta di registro.

5.3 La costituzione di vincoli di destinazione non traslativi

La costituzione di vincoli non traslativi non è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni in quanto tale imposta è dovuta esclusivamente sui "...trasferimenti di beni e diritti..." (articolo 1 del TUS). Detta costituzione sconta, tuttavia, l'imposta di registro in misura fissa, ordinaria-

mente prevista per gli atti privi di contenuto patrimoniale (articolo 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al Testo Unico concernente l'imposta di registro, approvato con DPR 26 aprile 1986, n. 131, di seguito TUR).

Tra gli atti in esame rientra, ad esempio, il fondo patrimoniale nell'ipotesi in cui la costituzione del vincolo non comporti il trasferimento dei beni. Ciò accade, in particolare, quando il fondo è costituito con beni di proprietà di entrambi i coniugi ovvero qualora sia costituito con beni di proprietà di uno solo dei coniugi e nell'atto costitutivo del fondo sia espressamente stabilito che la proprietà rimane in carico allo stesso conferente (in tal senso v. anche la Circolare n. 221 del 2000).

Parimenti, non produce effetto traslativo la costituzione, da parte di una società, di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (articolo 2447-bis del codice civile).

5.4 Trust

5.4.1 Premessa

Come accennato, l'articolo 2, comma 47, del decreto-legge n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni e integrazioni, dalla legge n. 286 del 2006, istituisce l'imposta sulle successioni e donazioni, estendendo l'ambito applicativo della stessa alla "costituzione di vincoli di destinazione".

Tra i vincoli di destinazione rientra anche la costituzione di *trust*, con la conseguenza che la disciplina recata dal predetto decreto-legge rappresenta il primo approccio sistematico della normativa nazionale in ordine alle modalità di applicazione delle imposte indirette al *trust*.

In via preliminare, si richiamano in questa sede i chiarimenti forniti dalla scrivente con la circolare 6 agosto 2007, n. 48(1).

Ciò detto, si osserva che il *trust* si differenzia dagli altri vincoli di destinazione, in quanto comporta la segregazione dei beni sia rispetto al patrimonio personale del disponente (*disponente*), sia rispetto a quello dell'intestatario di tali beni (*trustee*).

Conseguentemente, detti beni confluiscono in un patrimonio a sé stante, di cui risulta intestatario il *trustee* (articolo 12 della Convenzione dell'Aja), che di fatto non appartiene né al patrimonio del disponente (che ha costituito su di esso il vincolo) né al patrimonio dello stesso *trustee* (che può disporre limitatamente alla sua gestione).

In sostanza, i beni del *trust* costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del *trustee*. Ciò che palesa una caratteristica tipica del *trust*, non comune alle altre ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione.

In particolare, l'autonomia giuridica del *trust* rispetto

al patrimonio personale del *trustee*, fa sì che i beni costituiti in *trust*:

- non sono aggredibili dai creditori personali del *trustee*;
- non concorrono alla formazione della massa ereditaria del defunto in caso di morte del *trustee*;
- non rientrano, ad alcun titolo, nel regime patrimoniale legale della famiglia del *trustee*, qualora, ovviamente, quest'ultimo sia coniugato;
- non sono legittimamente utilizzabili per finalità divergenti rispetto a quelle predeterminate nell'atto istitutivo del *trust*. Tale caratteristica pone in ulteriore evidenza la differenza intercorrente tra il *trust* ed altri negozi costitutivi di vincoli di destinazione. Si pensi, ad esempio, al negozio fiduciario, il quale, sebbene dia luogo ad effetti segregativi dei beni oggetto dell'intestazione fiduciaria, non impedisce al fiduciario di disporre dei beni a lui intestati persino contro la volontà del fiduciante medesimo, fatta salva, in tal caso, la sua responsabilità per inadempimento agli obblighi contrattuali.

La visione autonoma del *trust* è, del resto, confermata dallo stesso legislatore il quale, ai fini delle imposte sui redditi, ha espressamente inserito il *trust* tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (articolo 73, del Testo Unico dell'imposta sui redditi, approvato con DPR 22 dicembre 1986, n. 917, di seguito TUIR).

5.4.2 Costituzione di beni in trust: rilevanza ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni

La costituzione di beni in *trust* rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di *trust*.

Pertanto, anche nel *trust* auto-dichiarato, in cui il *settlor* assume le funzioni di *trustee*, l'attribuzione dei beni in *trust*, pur in assenza di formali effetti traslativi, deve essere assoggettato all'imposta sulle successioni e donazioni.

Tale affermazione trae giustificato motivo dalla natura patrimoniale del conferimento in *trust* nonché dall'effetto segregativo che esso produce sui beni conferiti indipendentemente dal trasferimento formale della proprietà e, da ultimo, dal complessivo trattamento fiscale del *trust* che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari.

Come affermato nella circolare n. 48 del 2007, il *trust* si sostanzia in un rapporto giuridico complesso con un'unica causa fiduciaria che caratterizza tutte le vicende del *trust* (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, raggiungimento dello scopo).

Nota:

(1) Il testo della Circolare è consultabile in questa *Rivista*, 2007, 630.

L'unicità della causa fa sì che l'imposta sulle successioni e donazioni dovuta sulla costituzione di vincoli di destinazione debba essere corrisposta al momento della segregazione del patrimonio nella misura dell'8 per cento.

Ciò accade, ad esempio, nelle seguenti ipotesi:

- *trust* costituito nell'interesse di soggetti che non sono legati al disponente da alcun vincolo di parentela;
- *trust* di scopo, gestito per realizzare un determinato fine, senza indicazione di beneficiario finale;
- *trust* costituito nell'interesse di soggetti genericamente indicati e non identificabili in relazione al grado di parentela.

Nell'ipotesi di *trust* costituito nell'interesse di uno o più beneficiari finali, anche se non individuati, il cui rapporto di parentela con il disponente sia determinato, l'aliquota d'imposta si applica con riferimento al rapporto di parentela intercorrente tra il disponente e il beneficiario e non a quello intercorrente tra il disponente e il *trustee* (v. Circolare n. 48 del 2007).

Qualora la disposizione segregativa sia generica, tale da non consentire l'individuazione del soggetto beneficiario, non è consentito usufruire delle franchigie, posto che queste rilevano con riferimento a ciascun beneficiario tenendo conto delle disposizioni precedentemente poste in essere in suo favore dallo stesso disponente.

Da quanto esposto discende che la devoluzione ai beneficiari (e non a terzi in genere) dei beni vincolati in *trust* non realizza, ai fini dell'imposta sulle successioni e donazioni, un presupposto impositivo ulteriore; i beni, infatti, hanno già scontato l'imposta sulla costituzione del vincolo di destinazione al momento della segregazione in *trust*, funzionale all'interesse dei beneficiari.

Al fine della individuazione dei soggetti passivi tenuti al pagamento dell'imposta, occorre far riferimento all'articolo 5, comma 1, del TUS, in base al quale: "L'imposta è dovuta dagli eredi e dai legatari per le successioni, dai donatari per le donazioni e dai beneficiari per le altre liberalità tra vivi".

Ciò posto, il soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni è il *trust*, in quanto immediato destinatario dei beni oggetto della disposizione segregativa.

Infine, si ribadisce quanto precisato con la circolare n. 48 del 2007 (par. 5.1) in riferimento all'ipotesi in cui i beni siano costituiti in *trust* successivamente all'istituzione del *trust* medesimo. In tale ipotesi l'istituzione del *trust* è un atto privo di contenuto patrimoniale, da assoggettare, se redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata, all'imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'articolo 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al TUR.

5.4.3 Rilevanza delle operazioni effettuate durante il *trust*

Come precisato nella circolare n. 48 del 2007 (par.

5.4) rivestono distinto rilievo le operazioni compiute durante la vita del *trust*. Infatti, il trattamento applicabile ai fini delle imposte indirette va individuato di volta in volta, a seconda degli effetti giuridici prodotti dai singoli atti posti in essere dal *trustee*.

Ad esempio, se la disposizione fosse una cessione a titolo oneroso, sarebbe soggetta all'imposta di registro nella misura ordinariamente prevista dal TUR.

6. IMPOSTE IPOTECARIA E CATASTALE

Gli atti *inter vivos* o *mortis causa* riconducibili nell'ambito dell'imposta sulle successioni e donazioni che comportino il trasferimento di beni immobili o diritti reali immobiliari, sono altresì soggetti all'applicazione delle imposte ipotecaria e catastale.

Queste ultime imposte sono dovute, rispettivamente, per la formalità della trascrizione di tali atti e per la loro voltura catastale, secondo le modalità stabilite dal Testo Unico delle imposte ipotecaria e catastale, approvato con DLGS. 31 ottobre 1990, n. 347 (di seguito TUIC).

In particolare, le imposte ipotecaria e catastale sono dovute con l'aliquota proporzionale, pari rispettivamente al 2 e all'1 per cento, solo per le disposizioni e gli atti ad effetto traslativo.

La base imponibile alla quale commisurare dette aliquote è determinata ai sensi degli articoli 2 e 10 del TUIC.

Al riguardo, relativamente alle modalità di applicazione delle imposte ipotecaria e catastale alla trascrizione e voltura dei trasferimenti di beni immobili o diritti reali immobiliari derivanti da vincoli di destinazione, occorre precisare che tali imposte si applicano in misura proporzionale nei seguenti casi:

- costituzione di vincolo di destinazione con effetti traslativi;
- successivo trasferimento dei beni in seguito allo scioglimento del vincolo;
- trasferimenti eventualmente effettuati durante la vigenza del vincolo.

La peculiarità del *trust* rispetto agli altri vincoli di destinazione, che ha ispirato le considerazioni svolte in precedenza, non rileva anche ai fini delle imposte ipotecaria e catastale le quali, quindi, anche in caso di *trust*, sono dovute in misura proporzionale con esclusivo riferimento agli atti ad effetto traslativo.

Da ultimo si rende opportuna una breve precisazione tesa a distinguere due differenti ipotesi di trascrizione, e cioè:

- trascrizione dei vincoli di destinazione costituiti per scopi meritevoli di tutela prevista, seppure in via facoltativa, dall'articolo 2645-ter del codice civile;
- trascrizione, ai sensi dell'articolo 2643 del codice civile, dei contratti che comportano il trasferimento della proprietà di immobili o di altri diritti reali immobiliari, tra

i quali la costituzione di vincoli di destinazione con effetti traslativi.

Mentre la trascrizione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile ha la funzione di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione, la trascrizione di cui all'articolo 2643 del codice civile, invece, ha la funzione, ai sensi dell'articolo 2644 del codice civile, di risolvere i conflitti tra più acquirenti di uguali diritti sullo stesso bene.

Pertanto, la trascrizione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile può essere richiesta anche nell'ipotesi di costituzione di vincoli che non abbiano effettivi traslativi, posta la specifica finalità che essa persegue.

Invece, nella diversa ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione ad effetti traslativi, la trascrizione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile costituisce un'ulteriore formalità rispetto alla trascrizione effettuata in base all'articolo 2643 del codice civile.

Per la trascrizione effettuata ai sensi dell'articolo 2645-ter del codice civile è dovuta l'imposta ipotecaria in misura fissa (Circolare 7 agosto 2006, n. 5/T).

In ultimo, si osserva che una specifica disciplina in materia di trascrizione è dettata dall'articolo 2647 del codice civile con riguardo al fondo patrimoniale avente ad oggetto beni immobili o diritti reali immobiliari.

In base a tale disciplina, per il fondo patrimoniale deve essere effettuata una sola trascrizione, per la quale è dovuta l'imposta ipotecaria in misura fissa o proporzionale, a seconda che lo stesso comporti o meno un trasferimento di beni (v. Circolare n. 221 del 2000).

7. DETERMINAZIONE DELLA BASE IMPONIBILE

7.1 Successioni

L'articolo 2, comma 48, del decreto-legge n. 262 del 2006 prevede che, ai fini dell'applicazione dell'imposta alle successioni, la base imponibile è determinata con riferimento al "valore complessivo netto dei beni" devoluti a ciascun beneficiario (erede o legatario).

Le modalità di determinazione del predetto valore complessivo netto sono precisate nell'articolo 8, commi 1 e 3, del TUS.

In particolare, il comma 1 dispone che:

- il valore complessivo, alla data di apertura della successione, dei beni e diritti che compongono l'attivo ereditario va determinato secondo le disposizioni degli articoli da 14 a 19 del TUS;
- dal valore complessivo dell'asse ereditario devono essere sottratte le passività deducibili disciplinate dagli articoli da 20 a 24 del TUS;
- dal valore complessivo vanno, inoltre, sottratti gli oneri diversi da quelli indicati nell'articolo 46, comma 3, del TUS, vale a dire gli oneri a carico dell'erede o legatario

che abbiano per oggetto prestazioni che non siano rivolte a soggetti terzi determinati individualmente.

Il successivo comma 3 del predetto articolo stabilisce altresì che:

- il valore dell'eredità o delle quote ereditarie è determinato al netto dei legati e degli altri oneri che le gravano. Quindi, dal valore complessivo determinato secondo le modalità illustrate dal comma 1 dell'articolo 8, vanno sottratte anche tali disposizioni;
- analogamente, il valore dei legati è determinato al netto degli oneri dai quali sono gravati. Al riguardo si precisa che, ai sensi dell'articolo 46, comma 3 del TUS, gli oneri aventi per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente sono da considerare legati disposti in favore del beneficiario e sono, quindi, soggetti all'applicazione dell'imposta secondo le modalità precisate per i legati. Sono, inoltre, considerate legati anche le fattispecie di cui all'articolo 46, commi 1 e 2, del TUS (riconoscimento di appartenenza a terzi di beni ricompresi nell'asse ereditario; riconoscimento di debito).

Ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del TUS, si considerano compresi nell'attivo ereditario "...denaro, gioielli e mobili per un importo pari al dieci per cento del valore globale netto imponibile dell'asse ereditario...".

7.2 Donazioni, atti a titolo gratuito e costituzione di vincoli di destinazione

Con riferimento alle donazioni, agli altri atti a titolo gratuito e alla costituzione di vincoli di destinazione, l'articolo 2, comma 49, del decreto-legge n. 262 del 2006 e successive modificazioni e integrazioni, prevede che l'imposta si applica al "...valore globale dei beni e dei diritti al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario diversi da quelli indicati dall'articolo 58, comma 1, del citato testo unico di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, ovvero, se la donazione è fatta congiuntamente a favore di più soggetti o se in uno stesso atto sono compresi più atti di disposizione a favore di soggetti diversi, al valore delle quote o diritti attribuiti...".

Pertanto, ai fini della determinazione della base imponibile alla quale commisurare l'imposta di donazione è necessario detrarre dal valore dei beni e diritti donati l'ammontare degli oneri diversi da quelli di cui all'articolo 58, comma 1, del TUS, vale a dire gli oneri posti a carico del donatario e aventi per oggetto prestazioni che non siano rivolte a soggetti terzi determinati individualmente.

Invece, gli oneri di cui all'articolo 58, comma 1, del TUS, consistenti in prestazioni a favore di soggetti terzi determinati individualmente si considerano, ai fini dell'applicazione dell'imposta, donazioni effettuate a favore di questi ultimi soggetti.

La disposizione di cui all'articolo 58, comma 1, del

TUS, si applica anche nell'ipotesi in cui i predetti oneri siano apposti ad un atto a titolo gratuito o alla costituzione di un vincolo di destinazione.

7.3 Disposizioni comuni alle successioni e donazioni

7.3.1 L'avviamento

Ai fini della determinazione della base imponibile, il valore globale dell'asse ereditario in cui siano incluse aziende, azioni o quote sociali, deve essere assunto al netto dell'avviamento (*"Resta comunque ferma l'esclusione dell'avviamento..."*: articolo 8, comma 1-bis, del TUS, introdotto dall'articolo 1, comma 78, lett. b), della legge finanziaria 2007).

La norma citata conferma l'intendimento del legislatore, già precedentemente manifestato con l'inserimento negli articoli 15 e 16 del TUS, della previsione di esclusione dell'avviamento dal computo della base imponibile alla quale commisurare l'imposta dovuta per le donazioni di aziende, di azioni, obbligazioni, altri titoli e quote sociali (articolo 69, comma 1, lettere g, h) ed i), della legge 21 novembre 2000, n. 342).

Pertanto, la regola dell'esclusione dell'avviamento ai fini della determinazione della base imponibile è estesa alle donazioni, agli altri atti a titolo gratuito e alla costituzione di vincoli di destinazione, in quanto anche a tali atti sono applicabili i citati articoli 15 e 16 del TUS (articoli 2, comma 50, del decreto-legge n. 262 del 2006 e 56, comma 4, del TUS).

7.3.2 Valore degli immobili

L'articolo 14 del TUS stabilisce, tra l'altro, che *"La base imponibile relativamente agli immobili compresi nell'attivo ereditario, è determinata assumendo: a) per la piena proprietà, il valore venale in comune commercio del bene; ..."*.

La norma va coordinata con la previsione di cui all'articolo 34, comma 5, del TUS, che preclude la rettifica di valore da parte degli uffici dell'Agenzia nell'ipotesi in cui il valore dichiarato sia almeno pari al c.d. "valore tabellare".

L'applicazione del limite di rettifica è esclusa per i *"...terreni per i quali gli strumenti urbanistici prevedono la destinazione edificatoria..."*.

Si tratta di quei terreni utilizzabili a scopo edificatorio *"...in base allo strumento urbanistico generale adottato dal comune, indipendentemente dall'approvazione della regione e dall'adozione di strumenti attuativi del medesimo..."*, secondo la definizione contenuta nell'articolo 36, comma 2, del decreto-legge n. 223 del 2006.

Il citato articolo 34, comma 5, del TUS, si applica anche:

- alle donazioni (articolo 56, comma 4, del TUS);

- agli altri atti a titolo gratuito e alla costituzione di vincoli di destinazione (articoli 2, comma 50, del decreto legge n. 262 del 2006 e 56, comma 4, del TUS).

Inoltre, si precisa che gli atti di donazione, gli altri atti a titolo gratuito e la costituzione di vincoli di destinazione aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, non rientrano nella previsione di cui all'articolo 1, comma 497, della legge 23 dicembre 2005, n. 266. Infatti, tale norma, per la determinazione della base imponibile delle cessioni di beni immobili ad uso abitativo poste in essere nei confronti di persone fisiche, rinvia all'articolo 52, commi 4 e 5, del TUR e non anche alle disposizioni che, sebbene di contenuto analogo, regolano l'imposta sulle successioni e donazioni.

Pertanto, per i predetti atti sono in ogni caso confermati i limiti al potere di accertamento da parte degli uffici, previsti dall'articolo 34, comma 5, del TUS sopra richiamato.

8. AGEVOLAZIONI

8.1. Premessa

In materia di agevolazioni fiscali, per effetto del rinvio operato dall'articolo 2, comma 50, del decreto-legge n. 262 del 2006 al Testo unico n. 346 del 1990 "nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001", trovano applicazione:

- le disposizioni dell'articolo 3 del TUS, che disciplinano i trasferimenti non soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni, tra i quali vanno ricompresi anche gli atti a titolo gratuito e la costituzione di vincoli di destinazione. A titolo esemplificativo sono da ricordare quelli a favore:

- dello Stato, delle Regioni, delle Province e dei Comuni;

- degli enti pubblici e delle fondazioni o associazioni legalmente riconosciute, che hanno come scopo esclusivo l'assistenza, lo studio, la ricerca scientifica, l'educazione, l'istruzione o altre finalità di pubblica utilità (Risoluzione 29 ottobre 1998, n. 160; Circolare 11 febbraio 2000, n. 22);

- di enti pubblici e fondazioni legalmente riconosciuti diversi da quelli indicati al comma 1, sempre che i trasferimenti siano stati disposti per finalità di assistenza, studio, ricerca scientifica, educazione ed istruzione e di altra pubblica utilità e che i soggetti beneficiari dimostrino l'effettiva destinazione dei beni ricevuti alle finalità dell'ente;

- delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS) (Circolare 26 giugno 1998, n. 168);

- degli enti che perseguono il fine di culto cattolico e altre confessioni religiose (Risoluzione 8 luglio 1991,

n. 465062); degli enti pubblici esteri e delle fondazioni e associazioni costituite all'estero, a condizione di reciprocità;

- di movimenti e partiti politici;
- dei discendenti e del coniuge, effettuati anche tramite patti di famiglia e aventi ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali e azioni.

- le disposizioni dell'articolo 9, comma 1, del TUS, che escludono dall'attivo ereditario i beni ed i diritti non soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni; rientrano nell'ambito applicativo dell'articolo 9, comma 1, i seguenti beni e diritti:

- i beni ed i diritti per i quali non ricorre il criterio della territorialità (v. articolo 2 del TUS);

- i beni ed i diritti di cui all'articolo 12 del TUS, tra i quali sono da ricomprendere, ad esempio, i crediti ceduti allo Stato entro la data di presentazione della dichiarazione di successione oppure i titoli del debito pubblico, tra i quali si intendono compresi i buoni ordinari del tesoro e i certificati di credito del tesoro;

- i beni culturali di cui all'articolo 13 del TUS.

L'esenzione disposta per i trasferimenti di cui all'articolo 3 del TUS è prevista anche per le imposte ipotecaria e catastale (articolo 1, comma 2 e 10, comma 3 del TUIC).

Inoltre, come si è già accennato in precedenza (v. paragrafo 3.2), dal tenore letterale della disposizione recata dall'articolo 2, comma 50, del decreto-legge n. 262 del 2006, si evince che la reviviscenza delle norme vigenti alla data del 24 ottobre 2001 concerne esclusivamente le disposizioni dettate dal TUS. Trovano comunque applicazione, invece, le disposizioni dettate in materia da altre disposizioni di legge. Ferma rimanendo l'applicazione di quest'ultime, sono da intendersi abrogate le modifiche e le integrazioni apportate al TUS successivamente al 24 ottobre 2001.

Peraltro, l'autonoma rilevanza delle disposizioni dettate dal TUS, rispetto a quelle previste da altre disposizioni di legge, rappresenta un principio già codificato nell'articolo 62 dello stesso TUS, in base al quale "Restano ferme le agevolazioni previste da altre disposizioni di legge".

Ne consegue che sono fatte salve le agevolazioni previste, in materia di successioni e donazioni, da norme distinte rispetto al TUS.

In particolare, trovano tuttora attuazione le norme di favore introdotte dalle seguenti disposizioni di legge in materia di:

- acquisto della cd. "prima casa" (articolo 69, comma 3 della legge 21 novembre 2000, n. 342 e successive modificazioni e integrazioni);

- trasferimenti effettuati nei territori montani (articolo 9, comma 5, del DPR 29 settembre 1973, n. 601, articolo 9, comma 5; Risoluzione 5 gennaio 1988, n. 300997 e Circolare 21 dicembre 1990, n. 85);

- aziende agricole ubicate in comunità montane (arti-

colo 5-bis della legge 31 gennaio 1994, n. 97; Circolare 31 gennaio 2002, n. 13);

- imprenditoria giovanile in agricoltura (articolo 14 della legge 15 dicembre 1998, n. 441; Circolari 27 maggio 2002, n. 157; 24 maggio 2000, n. 109 e Risoluzione 5 maggio 2000, n. 53).

8.2 Agevolazione prima casa

Alla luce delle argomentazioni svolte nel paragrafo precedente, l'agevolazione di cui all'articolo 69, commi 3 e 4, della legge 21 novembre 2000, n. 342, concernente l'applicazione in misura fissa delle imposte ipotecarie e catastali, risulta tuttora applicabile ai trasferimenti "...della proprietà di case di abitazione non di lusso e per la costituzione o il trasferimento di diritti immobiliari relativi alle stesse, derivanti da successioni o donazioni, quando, in capo al beneficiario ovvero, in caso di pluralità di beneficiari, in capo ad almeno uno di essi, sussistano i requisiti e le condizioni previste in materia di acquisto della prima abitazione dall'articolo 1, comma 1, quinto periodo, della tariffa, parte prima, allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 26 aprile 1986, n. 131...".

È opportuno precisare che la predetta agevolazione c.d. "prima casa" comporta esclusivamente l'applicazione in misura fissa delle imposte ipotecaria e catastale, non anche il riconoscimento di alcun beneficio per quanto attiene l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

Occorre precisare, altresì, che a seguito del ripristino dell'imposta sulle successioni e donazioni disposto dall'articolo 2, comma 47, del decreto-legge n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 286 del 2006, ai trasferimenti in parola non si applica - come per il passato - l'imposta di registro, bensì l'imposta sulle successioni e donazioni.

Tale novità fa sì che non sia più attuale la precisazione fornita con circolare 12 agosto 2005, n. 38, circa l'applicabilità dell'agevolazione prevista, ai fini dell'imposta di registro, per i trasferimenti aventi ad oggetto la prima casa qualora detto trasferimento avvenga con atto di donazione.

Si consideri, peraltro, che il predetto articolo 69, commi 3 e 4, reca una norma speciale agevolativa non suscettibile di interpretazione estensiva, che, quindi, non è applicabile agli atti a titolo gratuito e alla costituzione di vincoli di destinazione non espressamente contemplati dalla norma stessa.

Per ulteriori chiarimenti circa le modalità di applicazione dell'agevolazione in parola si rinvia, ove tuttora compatibili, alle istruzioni amministrative impartite con circolari 12 agosto 2005, n. 38; 7 maggio 2001, n. 44; 1 marzo 2001, n. 19; 16 gennaio 2000, n. 207.

8.3 Esenzione per i trasferimenti di aziende e partecipazioni sociali

8.3.1. Premessa

L'articolo 1, comma 78, lett. a), della legge finanziaria per il 2007, ha inserito nell'articolo 3 del TUS, il comma 4-ter, in tal modo ampliando il novero delle fattispecie esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni.

Il comma 4-ter, entrato in vigore il 1° gennaio 2007, stabilisce che *"I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, e di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata"*.

L'articolo 1, comma 31, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008), ha esteso l'agevolazione in parola anche ai trasferimenti di aziende o rami di esse, nonché di azioni o quote sociali effettuati in favore del coniuge del dante causa, con decorrenza dal 1° gennaio 2008, data di entrata in vigore della predetta legge finanziaria per il 2008 (articolo 3, comma 164).

Sono, quindi, esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni *mortis causa*, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile.

La norma in esame è volta a favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia e, pertanto, non può considerarsi applicabile al trasferimento di quei titoli che, per loro natura, non permettono di attuare tale passaggio (ad esempio, titoli obbligazionari).

Per analoghi motivi, l'esenzione non può trovare applicazione nei casi in cui beneficiario sia un soggetto societario o una persona fisica che non sia "discendente" o "coniuge" del dante causa.

8.3.2 Condizioni per l'applicabilità dell'esenzione

L'applicazione del regime di favore di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del TUS concerne i trasferimenti a favore dei discendenti o del coniuge di:

- aziende o rami di esse;
- quote sociali e azioni.

Nell'ipotesi in cui oggetto del trasferimento siano quote sociali o azioni emesse dai soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del TUIR e cioè *"...società per azioni e in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato..."*, l'esenzione spetta per il solo trasferimento di partecipazioni *"...mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile"*.

In base al tenore letterale della disposizione in commento, si evince che l'imposta sulle successioni e donazioni non si applica ogniqualvolta il trasferimento riguardi partecipazioni in società di persone, purché, ovviamente, ricorrano gli ulteriori requisiti indicati dall'articolo 3, comma 4-ter, del TUS.

Viceversa, nell'ipotesi in cui il trasferimento abbia ad oggetto azioni o quote di partecipazione in società di capitali, l'agevolazione in parola trova applicazione qualora il beneficiario del trasferimento, per effetto di quest'ultimo, possa disporre del controllo della società in base all'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile (maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria).

Al riguardo, valgono i seguenti esempi:

- Tizio possiede una partecipazione pari al 60 per cento del capitale sociale di Alfa s.p.a., che intende donare separatamente ed in parti uguali a ciascuno dei suoi tre figli. In tal caso non si applica l'agevolazione di cui all'articolo 3, comma 4-ter, del TUS, in quanto nessun donatario potrebbe esercitare il controllo di cui all'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile;

- l'agevolazione in parola si applica, invece, qualora, nell'esempio di cui sopra, Tizio doni l'intero pacchetto azionario posseduto ai suoi tre figli in comproprietà tra loro. In tal caso, in base all'articolo 2347 del codice civile, i diritti dei comproprietari sono esercitati da un rappresentante comune, il quale disporrà della maggioranza dei voti esercitabili in assemblea ordinaria;

- Tizio detiene una partecipazione pari al 10 per cento del capitale sociale di Alfa s.n.c. che dona, in parti uguali e separate, ai suoi tre figli. In tal caso, i trasferimenti non sono soggetti all'imposta sulle successioni e donazioni.

Per godere dell'agevolazione in trattazione, è altresì necessario che *"...gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di suc-*

cessione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso".

Di conseguenza, il beneficiario del trasferimento di azienda o di rami di esse, di quote sociali e di azioni non è tenuto a corrispondere l'imposta sulle successioni e donazioni a condizione che per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento:

- prosegua l'attività d'impresa: la prosecuzione dell'attività riguarda tutte le ipotesi in cui il trasferimento abbia avuto ad oggetto aziende o rami di esse;

- detenga il controllo societario: questa ipotesi, evidentemente, ricorre ogniqualvolta il trasferimento abbia ad oggetto quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del TUIR.

In ogni caso, per fruire dell'agevolazione è necessario che gli aventi causa rendano apposita dichiarazione nell'atto di donazione o nella dichiarazione di successione circa la loro volontà di proseguire l'attività di impresa ovvero di mantenere il controllo societario.

Il mancato rispetto di una delle predette condizioni comporta la decadenza dall'agevolazione fruita e, quindi, il pagamento dell'imposta nella misura ordinaria nonché della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata.

La decadenza dal beneficio può verificarsi anche in modo parziale, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui il beneficiario, nel quinquennio, ceda un ramo dell'azienda.

In tal caso la decadenza dal beneficio si verifica limitatamente al ramo di azienda trasferito, purché, per la parte d'azienda non trasferita, il cedente prosegua l'esercizio dell'attività d'impresa.

Il conferimento dell'azienda o della partecipazione in un'altra società non è causa di automatica decadenza all'agevolazione.

Il conferimento, ai fini del mantenimento dell'agevolazione in parola, può essere assimilato, infatti, al proseguimento dell'esercizio dell'attività d'impresa.

In particolare la condizione della prosecuzione dell'attività d'impresa è da intendersi assoluta nell'ipotesi in cui, prima del decorso di cinque anni dalla donazione o successione:

- il beneficiario conferisca l'azienda in una società di persone, indipendentemente dal valore della partecipazione ricevuta a fronte del conferimento;

- il beneficiario conferisca l'azienda in una società di capitali, purché, in tal caso, le azioni o quote assegnategli a fronte del conferimento consentano di conseguire o integrare il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile.

Parimenti, deve intendersi assolto il requisito della prosecuzione dell'attività d'impresa nell'ipotesi di:

- trasformazione, fusione o scissione che diano origine

a società di persone ovvero incidano sulle stesse, a prescindere dal valore della quota di partecipazione assegnata al socio;

- trasformazione, fusione o scissione che diano origine o incidano su società di capitali, purché il socio mantenga o integri, nella società di capitali, una partecipazione di controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, n. 1), del codice civile.

8.3.3 Patti di famiglia

I patti di famiglia sono stati introdotti nel codice civile dalla legge 14 febbraio 2006, n. 55. La finalità che si intende perseguire con i patti di famiglia è di regolamentare il passaggio generazionale delle aziende mediante effetti anticipatori della successione.

In base all'articolo 768-bis del codice civile, il patto di famiglia è "...il contratto con cui (...) l'imprenditore trasferisce, in tutto o in parte, l'azienda, e il titolare di partecipazioni societarie trasferisce, in tutto o in parte, le proprie quote, ad uno o più discendenti". Il successivo articolo 768-ter stabilisce altresì che il predetto contratto deve essere concluso a pena di nullità per atto pubblico.

In particolare, il patto di famiglia è riconducibile nell'ambito degli atti a titolo gratuito, in quanto:

- da una parte, è caratterizzato dall'intento - non prettamente donativo - di prevenire liti ereditarie e lo smembramento di aziende o partecipazioni societarie ovvero l'assegnazione di tali beni a soggetti inidonei ad assicurare la continuità gestionale degli stessi;

- dall'altra parte, non comporta il pagamento di un corrispettivo da parte dell'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, ma solo l'onere in capo a quest'ultimo di liquidare gli altri partecipanti al contratto, in denaro o in natura.

Tanto premesso, l'articolo 3, comma 4-ter, del TUS, come da ultimo modificato dalla legge finanziaria per il 2008, dispone che "I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia (...) a favore dei discendenti, e del coniuge di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta".

Come ampiamente illustrato nel precedente paragrafo, anche nell'ipotesi in cui il trasferimento sia stato effettuato tramite patti di famiglia, per il mantenimento dell'agevolazione in parola è necessario che i beneficiari:

- proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa ovvero detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dal trasferimento;

- rendano, contestualmente alla stipula del contratto con il quale è disposto il patto di famiglia, una dichiarazione con la quale si impegnino ad osservare le predette condizioni.

L'agevolazione recata dall'articolo 3, comma 4-ter, del

TUS, si applica esclusivamente con riferimento al trasferimento effettuato tramite il patto di famiglia, e non riguarda anche l'attribuzione di somme di denaro o di beni eventualmente posta in essere dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contratto.

Tali ultime attribuzioni rientrano nell'ambito applicativo dell'imposta sulle successioni e donazioni.

In ultimo, si osserva che i partecipanti al patto di famiglia non assegnatari dell'azienda o delle partecipazioni sociali possono rinunciare all'attribuzione in denaro o in natura loro spettante (articolo 768-*quater*, comma 2, del codice civile).

Tale rinuncia non ha effetti traslativi ed è, quindi, soggetta alla sola imposta di registro in misura fissa, dovuta per gli atti privi di contenuto patrimoniale (articolo 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al TUR).

8.3.4 Efficacia

Per i trasferimenti *mortis causa* l'agevolazione di cui all'articolo 3, comma 4-*ter*, del TUS si applica alle successioni apertesi a decorrere dal 3 ottobre 2006.

Nell'ipotesi in cui, invece, il trasferimento sia avvenuto con atto *inter vivos*, detta agevolazione si applica agli atti a titolo gratuito fatti, alle scritture private autenticata-

te e alle scritture private non autenticate presentate per la registrazione a decorrere dall'1 gennaio 2007, vale a dire dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria 2007 (articolo 1, commi 79 e 1364, della legge finanziaria 2007).

Infine, per quanto concerne i trasferimenti effettuati in favore del coniuge del dante causa, l'agevolazione si applica alle successioni apertesi, agli atti a titolo gratuito fatti, alle scritture private autenticate e alle scritture private non autenticate presentate per la registrazione a decorrere dal 1° gennaio 2008 (data di entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008).

8.3.5 Imposte ipotecaria e catastale

In base all'espresso rinvio alla disposizione agevolativa di cui all'articolo 3, comma 4-*ter*, del TUS, recato rispettivamente dagli articoli 1, comma 2 e 10, comma 3, del TUIC, nell'ipotesi di attribuzione, in favore dei discendenti, e del coniuge di azienda o di un ramo di essa nella quale siano compresi beni immobili o diritti reali immobiliari e per la quale ricorrano le condizioni per l'esenzione, le relative formalità di trascrizione e voltura catastale sono esenti dalle imposte ipotecaria e catastale.

Le Direzioni Regionali vigileranno sulla corretta applicazione delle presenti istruzioni.

Svizzera

Il regime fiscale dei trust in Svizzera

■ Conférence Suisse des Impôts, Imposition des trusts, Circulaire 30 - du 22 août 2007

Table des matières

1. Introduction	
2. Trust	
2.1. Caractères essentiels du trust	
2.2. Délimitation par rapport à la fondation	
2.3. Délimitation par rapport à la fiducie	
2.4. Établissement, fondation et fiducie du Liechtenstein	
2.5. Convention de la Haye relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance	
3. Notions	
3.1. Settlor	
3.2. Beneficiary	
3.3. Trustee	
3.4. Protector	
3.5. Trust deed	
3.6. Letter of wishes	
3.7. Revocable / irrevocable trust	
3.7.1. Revocable trust	
3.7.2. Irrevocable fixed interest trust	
3.7.3. Irrevocable discretionary trust	
4. Traitement fiscal du trust, du trustee et du protector	
4.1. Traitement fiscal du trust	
4.2. Traitement fiscal du trustee et du protector	
5. Traitement fiscal du settlor et du beneficiary	
5.1. Principes applicables au traitement fiscal	
5.1.1. Traitement du settlor	
5.1.1.1. En général	
5.1.1.2. Settlor domicilié en Suisse	
5.1.2. Traitement du beneficiary	
5.2. Exemples	
5.2.1. Revocable trust	
5.2.2. Irrevocable, fixed interest trust	
5.2.3. Irrevocable, discretionary trust	
6. Obligations d'informer et de collaborer	
7. Informations relatives à l'impôt anticipé	
7.1. Rendements de fortune provenant du patrimoine du trust	
7.2. Remboursement de l'impôt anticipé	
7.2.1. Revocable trust	
7.2.2. Irrevocable fixed interest trust	
7.2.3. Irrevocable discretionary trust	
8. Informations relatives aux conventions visant à prévenir la double imposition (CDI)	

- 8.1. En général
- 8.2. Remboursement de l'impôt anticipé suisse
- 8.3. Remboursement de l'impôt étranger
- 8.4. Accord avec la CE sur la fiscalité de l'épargne

1. INTRODUCTION

Avec l'internationalisation croissante, la demande touchant à un traitement fiscal uniforme du trust s'est exprimée plus fortement, tant du côté des contribuables que de celui des autorités. La pratique fiscale actuelle divergeant d'un canton à l'autre génère des problèmes nuisibles à la sécurité juridique et à la transparence.

La présente circulaire a pour but de permettre le passage de la pratique fiscale actuelle hétérogène à une réglementation uniforme. Du fait de la diversité des formes d'apparition du trust, les développements qui suivent se limitent à en exposer les caractéristiques essentielles nécessaires à la détermination de son traitement fiscal. En premier lieu, on exposera la nature juridique essentielle d'un trust ainsi que les concepts et la terminologie qui y sont attachés. Sur cette base, on tirera les conclusions fiscales qui s'imposent.

2. TRUST

2.1. Caractères essentiels du trust

La notion de trust décrit un rapport juridique ayant effet à l'encontre des tiers, qui prend naissance lorsque, sur la base d'un document de constitution (trust deed), le constituant (settlor) transfère des valeurs patrimoniales déterminées à une ou plusieurs personnes (trustees), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but établi à l'avance par le settlor en faveur d'un ou de plusieurs tiers (beneficiaries).

Le trust est une institution juridique historiquement développée en Angleterre et il s'est essentiellement diffusé dans les États de common law (Grande Bretagne, USA, Australie, Canada, Afrique du sud, Nouvelle Zélande). Par ailleurs, on rencontre également des institutions comparables au trust dans d'autres États, comme par exemple le Japon, le Panama, le Liechtenstein, le Mexique, la Colombie, Israël et l'Argentine.

En pratique, le trust se révèle être un instrument d'une flexibilité extrême. Les trusts sont fréquemment utilisés en relation avec la planification successorale ou dans ce qu'on appelle l'"asset protection" (préservation d'actifs) de personnes physiques. De plus, dans l'espace juridique anglo-saxon, les trusts sont parmi les instruments juridiques les plus utilisés dans le domaine des institutions d'utilité publique ainsi que des institutions de prévoyance personnelle. On les rencontre aussi fréquemment dans le cadre de la mise en oeuvre de plans d'options de collaborateurs dans des sociétés cotées en bourse. Vu la multiplicité des formes d'apparition possibles du trust, une énumération de tous les types de trusts constituerait une entreprise impossible et ne serait que de peu d'utilité pour déterminer un traitement fiscal. Il vaut en fait bien mieux établir des principes applicables au traitement fiscal des structures de trust qui soient indépendants du type de trust concerné.

Le trust peut être créé soit par un acte juridique entre vifs soit par dispositions pour cause de mort.

Même si, du fait de sa construction, le trust est apparenté à la fondation de droit suisse, il n'a pas de personnalité juridique propre. D'un point de vue plus formel, le trustee est titulaire, bien qu'à titre fiduciaire, de la fortune du trust. Par ailleurs, le trust n'est pas non plus un (simple) contrat. Bien que le trust soit créé à l'origine par le settlor, il constitue, après sa création, essentiellement un rapport juridique entre le trustee et les beneficiaries qui est réglé en premier lieu par l'acte de constitution du trust et en second lieu par les normes de l'ordre juridique applicable touchant spécifiquement au trust. Le settlor bénéficie d'une liberté relativement importante quant à l'organisation du trust. Cependant, dès que le trust est créé, et comme c'est le cas pour le créateur d'une fondation de droit suisse, le settlor ne dispose plus que de possibilités restreintes d'influence sur le trust. Après la création du trust, l'obligation première du trustee est de préserver les intérêts des beneficiaries et non ceux du settlor. Une autre caractéristique typique du trust réside dans la situation juridique complexe existant en rapport avec le patrimoine du trust: le trustee est en effet le propriétaire de droit civil (en common law: legal interest) du patrimoine du trust, mais il doit l'administrer de manière séparée et, en cas de décès ou de faillite du trustee, ce patrimoine ne sera pas considéré comme le sien mais continuera d'être soumis au droit applicable au trust et à la séparation en faveur des bénéficiaires, respectivement du nouveau trustee à désigner.

2.2. Délimitation par rapport à la fondation

La fondation de droit suisse a la fonction, comparable à celle du trust, d'affecter un patrimoine à un but particulier (art. 80 CC). La fondation acquiert la per-

sonnalité juridique par sa création. En revanche, le trust n'a pas de personnalité juridique propre. Le trust n'a pas la capacité juridique et ne peut donc pas être titulaire d'un patrimoine. Contrairement au trust, la fondation devient propriétaire du patrimoine affecté au but.

2.3. Délimitation par rapport à la fiducie

La fiducie de droit suisse repose sur un rapport contractuel (un mandat au sens des art. 394 ss. CO). Le fiduciaire doit accepter le mandat pour que le rapport contractuel existe. L'accord du trustee n'est en revanche pas nécessaire pour la création du trust. De ce fait, le settlor peut désigner une personne quelconque comme trustee par un acte juridique unilatéral effectué de son vivant ou par dispositions pour cause de mort. Une telle désignation est comparable à l'institution d'un exécuteur testamentaire selon le droit successoral suisse, qui lui confère la position d'un fiduciaire indépendant ayant des caractéristiques propres.

Le trust n'est pas un (simple) contrat. Bien que le trust soit à l'origine créé par le settlor, il est essentiellement, après sa création, un rapport juridique entre le trustee et les beneficiaries. Après la création du trust, l'obligation première du trustee est de préserver les intérêts des beneficiaries et non ceux du settlor.

2.4. Établissement, fondation et fiducie du Liechtenstein

De par leur forme d'organisation, l'établissement, la fondation et la fiducie tels qu'ils sont prévus par le droit du Liechtenstein présentent d'importantes différences par rapport à l'institution juridique du trust. De ce fait, il ne seront pas traités plus avant dans cette circulaire.

2.5. Convention de la Haye relative à loi applicable au trust et à sa reconnaissance

La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance est entrée en vigueur en Suisse le 1er juillet 2007. Elle permet la reconnaissance de trusts étrangers sur le plan du droit civil, en se fondant sur des normes reconnues internationalement, et améliore de ce fait la sécurité juridique dans ce domaine.

Le traitement fiscal des trusts reste déterminé exclusivement par le droit fiscal suisse. En effet, l'art. 19 de la Convention de La Haye prévoit expressément que la Convention ne porte pas atteinte à la compétence des Etats en matière fiscale. En conséquence, la ratification de la Convention de La Haye n'a pas d'effet sur le traitement fiscal des trusts.

3. NOTIONS

3.1. Settlor

Le settlor est la personne qui constitue un trust, par un acte juridique entre vifs ou pour cause de mort. Pour autant que le settlor crée un trust irrévocable (irrevocable trust), il s'appauvrit définitivement et, en principe, il n'a plus ni droits ni obligations relativement au patrimoine du trust. Alternativement, le settlor peut créer un trust révo- cable (revocable trust). Il conserve alors une emprise sur le patrimoine du trust.

3.2. Beneficiary

Le beneficiary est la personne qui bénéficie des presta- tions du trust. Le settlor peut se désigner lui-même ou dés- igner toute autre personne physique ou morale du pays ou étrangère comme beneficiary. Les valeurs patrimoniales du trust peuvent être transmises au beneficiary du vivant du settlor ou après sa mort.

Le beneficiary peut faire valoir en justice aussi bien ses éventuelles prétentions à des prestations tirées des avoirs du trust que le respect des obligations des trustees relative- ment à l'administration du trust. Il dispose de la propriété économique sur le patrimoine du trust (en common law: equitable interest). Il a en outre un droit à la séparation des avoirs du trust dans le cadre de la faillite du trustee. Le be- neficiary ne dispose donc pas uniquement d'une prétention qu'il peut faire valoir en justice relativement aux presta- tions, mais il a également certaines prérogatives de contrô- le et de surveillance, ce qui lui confère la qualité d'une sor- te d'organe. Si le patrimoine du trust vient à échapper au trustee, le beneficiary peut exiger la restitution de ces va- leurs patrimoniales au trust, respectivement au trustee.

3.3. Trustee

Par la constitution d'un trust, des valeurs patrimoniales déterminées sont transférées à une ou plusieurs personnes physiques ou morales (trustees), lesquelles ont l'obligation de les gérer et de les utiliser dans un but établi à l'avance par le settlor. Le trustee a le plein pouvoir de disposition (pro- priété de droit civil) sur le patrimoine du trust mais il a l'o- bligation de le gérer au profit des beneficiaries, en applica- tion des dispositions du trust. Dans le cadre des dispositions du trust, il administre et utilise le patrimoine du trust en son propre nom, en tant que détenteur indépendant du droit à l'égard des tiers, mais séparément de sa propre fortune.

Le trustee a l'obligation envers les beneficiaries (et non envers le settlor) ainsi qu'envers un éventuel protector, de permettre l'accès aux écritures concernant l'administra- tion et la gestion des affaires du trust.

3.4. Protector

Le protector est une personne physique ou morale qui peut être instituée par le settlor, s'il le désire, afin de sur- veiller l'exécution des obligations du trustee en conformi- té avec la volonté du settlor. Les pouvoirs et les fonctions du protector peuvent être plus ou moins importants, selon le choix du settlor. Ils sont déterminés en détail par les dispositions instituant le trust.

3.5. Trust deed

Du point de vue formel, le trust doit être créé par un acte de disposition en la forme écrite qui doit être signé par le settlor et le trustee (l'accord du trustee n'est cepen- dant pas une condition nécessaire à la création du trust). Cet acte constitutif du trust (trust deed); qui lie le trustee, contient les dispositions concernant l'administration et la conservation de la valeur du patrimoine du trust en faveur des beneficiaries qui y sont institués.

3.6. Letter of wishes

Le settlor peut communiquer au trustee sa volonté et ses décisions par le biais d'une letter of wishes. Contraire- ment au trust deed, cette déclaration d'intention n'est pas obligatoire sur le plan juridique et ne représente donc qu'une description de la manière dont le settlor souhaite que le trust soit administré. Pour l'essentiel, la letter of wishes n'a une importance pratique que pour les trusts ir- révocables et discrétionnaires.

3.7. Revocable / irrevocable trust

Il convient d'opérer une distinction entre revocable trusts et irrevocable trusts. De plus, pour ce qui concerne les irrevocable trusts on distingue les discretionary trusts des fixed interest trusts.

Pour déterminer leur traitement fiscal, la question dé- cisive est de savoir si le settlor s'est définitivement "des- saisi" de son patrimoine de par la création du trust ou s'il a conservé une emprise sur le patrimoine du trust par le bi- ais de mesures de nature économique ou juridique.

Pour autant que le settlor crée un irrevocable trust, il s'appauvrit définitivement et il n'a plus, en principe, ni droit ni obligation en relation avec le patrimoine du trust. Alternativement, le settlor peut créer un trust révo- cable. Ainsi, il n'y a généralement pas de dessaisissement définiti- f si le settlor s'est désigné lui-même comme trustee ou comme beneficiary. Le dessaisissement ne peut pas non plus être admis s'il existe une possibilité d'influence du settlor sur le trust, de quelque nature qu'elle puisse être. Les indices suivants (énumération exemplative en relation avec la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les fondations

de famille) permettent d'opérer la distinction entre revocable trust et irrevocable trust:

Le settlor bénéficie-t-il

- de distributions de capital provenant du patrimoine du trust?

- de distributions de revenus du patrimoine du trust?

Le settlor a-t-il le droit

- de révoquer le trustee et d'en nommer un autre?

- de désigner ou de faire désigner de nouveaux beneficiaries?

- de remplacer le protector, lequel est doté de pouvoirs comparables à ceux d'un trustee?

- de modifier l'acte constitutif du trust, respectivement de le faire modifier?

- de révoquer le trust?

- d'exiger la liquidation du trust?

- d'opposer un veto aux décisions du trustee concernant les actifs du trust?

Une réponse positive à l'une des questions ci-dessus tend à faire qualifier fiscalement le trust de revocable trust.

3.7.1. Revocable trust

Dans le cas d'un revocable trust, le settlor se réserve le droit de révoquer le trust à une date ultérieure et de se faire restituer le patrimoine résiduel, respectivement de faire attribuer celui-ci à un tiers. Le settlor ne s'est donc ainsi pas dessaisi définitivement de son patrimoine.

Ce n'est pas la désignation du trust dans l'acte constitutif (trust deed) qui est déterminante pour le traitement fiscal mais bien sa signification économique. Un trust qualifié d'irrévocable peut donc aussi bien tomber dans la catégorie des revocable trusts si le dessaisissement n'est pas définitif.

Les revocable trusts se transforment en irrevocable trusts à la mort du settlor, sauf si une autre personne possédait le droit de révocation ou si ce droit est transmis à un tiers au décès du settlor.

3.7.2. Irrevocable fixed interest trust

En ce qui concerne les fixed interest trusts, les détails touchant aux beneficiaries et aux droits qui leur sont conférés ressortent directement de l'acte constitutif du trust (trust deed). Dans ce type de trusts, le trustee ne possède donc pas de marge d'appréciation quant à l'attribution des revenus et/ou des actifs du trust. Le trustee n'a ni une possession économique ni un pouvoir de disposition autonome sur le patrimoine du trust. Par la création d'un irrevocable fixed interest trust, le settlor se dessaisit définitivement de sa fortune.

Contrairement au cas des discretionary trusts, pour lesquels les droits des beneficiaries n'ont qu'une nature de simple expectativa, le beneficiary d'un fixed interest trust dispose d'une prétention patrimoniale qu'il peut faire valoir en justice. Par conséquent, le beneficiary d'un fixed interest trust peut être assimilé à un usufruitier.

3.7.3. Irrevocable discretionary trust

Dans la règle, l'acte de constitution (trust deed) d'un discretionary trust ne décrit que des classes abstraites de bénéficiaires. La décision déterminant qui, en définitive, doit entrer en possession des attributions du trust, est laissée au trustee.

Le settlor peut éventuellement exposer au trustee quelles motivations l'ont poussé à constituer un trust dans une letter of wishes et lui faire connaître, de manière non contraignante sur le plan juridique, la façon dont il devrait exercer ses compétences.

Si le settlor accorde une importance particulière à certains points déterminés, il peut être prévu dans le trust deed que certaines décisions du trustee nécessitent l'accord préalable d'un protector.

Aucun enrichissement du beneficiary ne se produit au moment de la création d'un discretionary trust car on ne peut alors pas encore déterminer quelles personnes entreront effectivement en possession d'une attribution du trust, pas plus que l'importance et le moment de cette attribution. Les droits du beneficiary n'ont donc qu'une nature de simples expectatives.

4. TRAITEMENT FISCAL DU TRUST, DU TRUSTEE ET DU PROTECTOR

4.1. Traitement fiscal du trust

Le droit étranger n'octroie pas la personnalité juridique au trust. En se référant au droit international privé (LDIP, théorie de l'incorporation), le droit fiscal suisse ne peut pas non plus la lui conférer.

Un trust n'est pas non plus une "personne morale étrangère" au sens de l'art. 49, al. 3 LIFD et de l'art. 20, al. 2 LHID car ces dispositions légales ne visent que des communautés de personnes auxquelles le droit privé suisse confère une personnalité juridique. Or le droit privé suisse ne confère pas de personnalité juridique au trust.

Suivant l'avis de la doctrine majoritaire, un trust ne rentre pas non plus dans le champ d'application des art. 11 LIFD et 20, al. 2 LHID. La qualification fiscale autonome prévue par ces dispositions ne vise que des entités dont les membres sont liés par une "relation personnelle". Il s'agit là, par exemple, de communautés d'héritiers ou de "partnerships" de droit anglo-saxon. Cet aspect communautaire typique de ces entités n'existe pas pour le trust.

Dans le droit fiscal suisse actuel, il n'existe donc pas de base légale qui permettrait d'assimiler un trust étranger à une personne morale dans un contexte fiscal. Par conséquent, on doit en conclure que la question de l'assujettissement limité ou illimité du trust (par exemple en se fondant sur le fait qu'un ou plusieurs trustees séjournent en Suisse) ne se pose pas du tout.

4.2. Traitement fiscal du trustee et du protector

En principe, le patrimoine dévolu au trust et les revenus qui en découlent ne doivent pas être imposés dans le chef du trustee. Ce point de vue est conforme au principe de l'imposition selon la capacité contributive économique. Ce principe garantit qu'un contribuable ne peut se voir imputer aucun élément de revenu ou de fortune sur lequel il n'a pas de pouvoir de disposition. Du point de vue économique, malgré sa propriété formelle, le trustee n'a pas de droit sur ce patrimoine(1). En outre, le trustee n'assume les risques que dans le cadre de sa responsabilité pour une gestion diligente, en analogie avec ce que prévoit le droit du mandat.

Ce qui précède a pour conséquence que la question du lieu de l'administration effective, utilisée parfois au sein de la doctrine comme justification de l'absence d'assujettissement du trustee, ne se pose pas non plus.

Ces développements valent également pour la personne physique ou morale agissant comme protector d'un trust et dont le domicile, respectivement le siège statutaire ou l'administration effective, se trouvent en Suisse. Une personne n'assumant que la fonction de protector n'a pas plus de droits que le trustee sur les avoirs du trust, que ce soit du point de vue juridique ou économique. Par conséquent, ces avoirs ne peuvent pas lui être imputés.

Il est clair, en revanche, que les honoraires, respectivement les "fees", que le trustee ou le protector obtient en échange de son activité doivent être comptabilisés et sont imposables. Ils doivent en outre être exposés en détail et être vérifiables.

5. TRAITEMENT FISCAL DU SETTLOR ET DU BENEFICIARY

Les possibilités d'implication d'un trust dans un état de fait sont extrêmement variées. Il n'est donc pas possible d'exposer le traitement fiscal de chaque cas de figure. On se contentera donc, dans ce qui suit, de décrire les principes applicables à l'imposition individuelle du settlor et du beneficiary. On partira de l'hypothèse qu'il s'agit de cas de planification successorale ou d'"asset protection" pour une personne physique (cas d'application les plus fréquents).

5.1. Principes applicables au traitement fiscal

Pour leur imposition, les valeurs patrimoniales et les revenus du trust (capital, gains en capital, rendements courants) restent imposables aux beneficiaries ou au settlor (principe de la transparence). Cela découle du fait que, selon le droit fiscal suisse en vigueur, les valeurs patrimoniales concernées ne peuvent être attribuées ni au trust ni au trustee(2).

En droit fiscal suisse, le revenu est défini par la théorie dite de l'accroissement du patrimoine, qui qualifie de

revenu toute "entrée" dans la fortune nette (y compris les droits d'usage) intervenue pendant une période donnée. De plus, le revenu est considéré comme "entré" dans le patrimoine non au moment où il prend naissance mais seulement au moment de sa réalisation. Selon une doctrine et une pratique constantes, le revenu n'est, en général, considéré comme "entré" dans le patrimoine et acquis, qu'au moment où le contribuable reçoit une prestation ou acquiert un droit ferme, dont il peut effectivement disposer, à cette prestation, sauf si l'exécution de la prestation est particulièrement incertaine. Dans ce dernier cas, il convient de s'en tenir au moment de l'exécution effective. L'acquisition complète d'un droit, qui peut consister dans l'acquisition d'une créance ou de la propriété, est la condition de "l'entrée" dans le patrimoine, déterminante fiscalement. De simples expectatives ou des créances soumises à condition ne conduisent pas à la réalisation d'un revenu.

En principe, en vertu de la clause générale de revenu (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID), toutes les prestations provenant d'un trust constituent un revenu imposable pour le bénéficiaire, sauf s'il s'agit d'une donation (art. 24 let. a LIFD et art. 7 al. 4 let. c LHID).

En outre, la notion de donation ne correspond pas aux définitions des lois cantonales non harmonisées sur les impôts sur les donations et sur les successions. Elle se définit plutôt par délimitation par rapport au concept de revenu (imposable) établi par la LIFD et la LHID. Cette notion s'appuie sur le droit civil, selon lequel une donation présume la réalisation de quatre conditions, à savoir une attribution entre vifs, un enrichissement provenant du patrimoine d'un tiers, la gratuité et une volonté de donner, respectivement de procurer un avantage.

Selon la doctrine et la jurisprudence, on applique, dans la procédure de taxation, le principe généralement reconnu selon lequel l'autorité fiscale supporte le fardeau de la preuve des faits qui fondent la créance d'impôt, tandis que le contribuable supporte le fardeau de la preuve des faits qui diminuent ou suppriment la créance d'impôt.

Au reste, les états de fait constitutifs d'évasion fiscale ou d'abus demeurent réservés.

5.1.1. Traitement du settlor

5.1.1.1 En général

L'imposition du settlor dépend du fait qu'il constitue un revocable trust ou un irrevocable trust. A la différence du cas de l'irrevocable trust, le settlor qui constitue un re-

Note:

(1) Voir sur ce point la distinction entre "legal interest" et "equitable interest", sous chiffre 2.1, respectivement 3.2.

(2) Voir plus haut, ch. 4.

vocabale trust ne se dessaisit pas définitivement du patrimoine attribué au trust. Voir l'exemple sous chiffre 5.2.

5.1.1.2 Settlor domicilié en Suisse

Dans la plupart des cas, le settlor est domicilié à l'étranger au moment de la création du trust mais il peut aussi être domicilié en Suisse. Si le settlor est domicilié en Suisse, un appauvrissement du settlor n'existera, selon le droit fiscal suisse, que si un autre sujet fiscal se trouve enrichi. Cela ne se produit que lors de la création d'un irrevocable fixed interest trust (voir chiffre 5.1.2). Dans tous les autres cas, le patrimoine et ses rendements demeureront attribués au settlor (voir également l'art. 335 CC et la réserve générale de l'évasion fiscale). Cette attribution intervient sous réserve de l'imposition d'après la dépense (art. 14 LIFD et art. 6 LHID), car dans ce cas seuls la fortune en Suisse et les rendements de fortune de source suisse sont pris en compte dans le calcul de contrôle.

5.1.2. Traitement du beneficiary

Dans le cas d'un irrevocable fixed interest trust, le cercle des bénéficiaires ainsi que l'importance et le moment des distributions aux beneficiaries sont déterminés. Du fait qu'un droit existe et est connu, une part correspondante du patrimoine du trust peut être attribuée au beneficiary. Au moment de la distribution, il convient d'examiner s'il s'agit d'un revenu imposable ou d'une donation exonérée de l'impôt sur le revenu (art. 24 let. a LIFD; art. 7 al. 4 let. c LHID).

Les droits des beneficiaries d'un irrevocable discretionary trust n'ont qu'une nature de simple expectative. Le moment et le montant des éventuelles distributions ne sont pas déterminés car ces points relèvent du pouvoir d'appréciation du trustee. Les beneficiaries ignorent même parfois leur qualité de bénéficiaires d'un trust. Pour cette raison, une distribution ne peut être soumise à l'imposition qu'au moment du paiement effectif de la prestation. C'est alors qu'il conviendra d'examiner s'il s'agit d'un revenu imposable ou d'une donation exonérée de l'impôt sur le revenu (art. 24 let. a LIFD; art. 7 al. 4 let. c LHID). Dans les cas les moins répandus où le montant et le moment des distributions ont été déterminés d'une façon juridiquement obligatoire, ou si ces distributions interviennent de manière régulière, on peut appliquer le même traitement que pour les fixed interest trusts. Voir l'exemple sous chiffre 5.2.

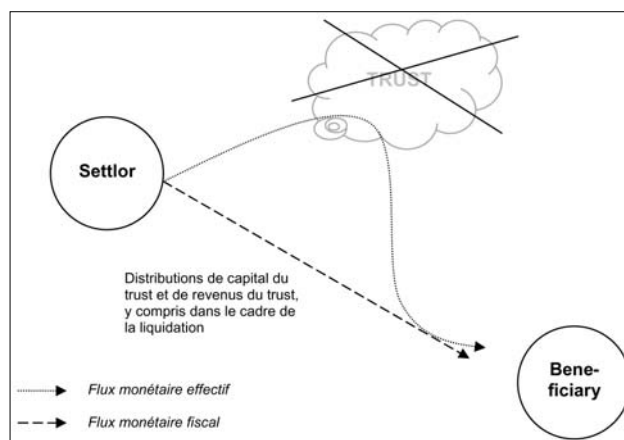
5.2. Exemples

Du fait de la grande diversité des cas, les exemples ne peuvent pas traiter toutes les variantes. Ils se limitent à exposer le traitement fiscal applicable aux trois variantes de base (revocable trust, irrevocable fixed interest trust, irrevocable discretionary trust). Ce traitement est déterminé en application des principes fiscaux décrits plus haut. On

part de l'hypothèse que le settlor crée le trust de son vivant (inter vivos Trust) et qu'il s'agit d'un cas de planification successorale ou d'"asset protection" (préservation d'actifs) pour une personne physique (cas d'application les plus fréquents). En outre, il convient de tenir compte de la réserve émise au chiffre 5.1.1.2.

5.2.1. Revocable trust

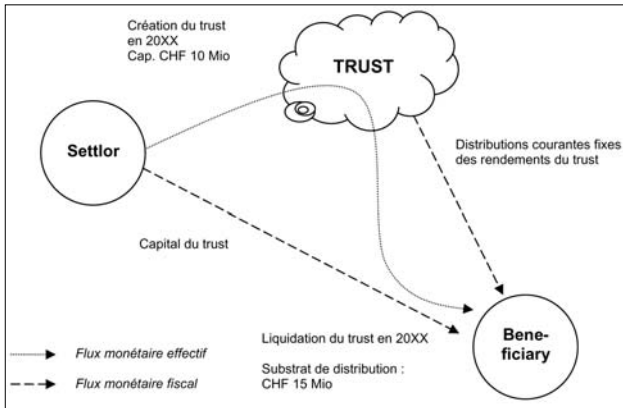
On procédera à un traitement fiscal en transparence car il n'y a pas de dessaisissement définitif portant sur le patrimoine du trust (attribution du patrimoine du trust et de ses rendements au settlor). Il en résulte le traitement fiscal suivant:



Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	Pas de conséquences fiscales. Le patrimoine et ses revenus restent imposables dans le chef du settlor, à son domicile.
Distributions au beneficiary	On est en présence d'une donation. La détermination du taux d'imposition relève de la compétence des cantons.
Liquidation	En cas de retour au settlor: pas d'imposition. En cas de distribution au beneficiary, voir ci-dessus: distributions au beneficiary.

5.2.2. Irrevocable, fixed interest trust

Le beneficiary du trust peut être assimilé à un usufruitier (voir Archives de droit fiscal suisse 55, p. 657 ss.), en conséquence de quoi le patrimoine et les revenus du trust lui sont attribués fiscalement. Il en résulte le traitement fiscal suivant:

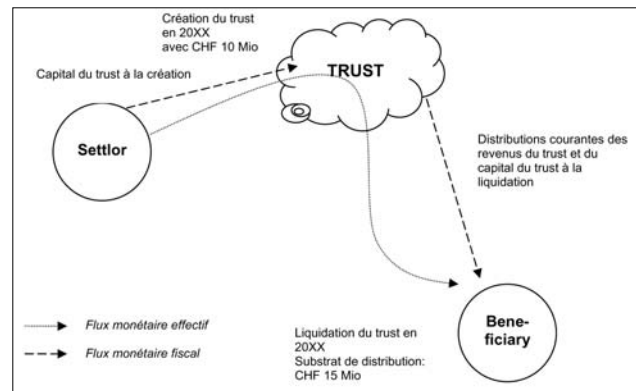


5.2.3. Irrevocable, discretionary trust

Si le settlor est domicilié en Suisse au moment de la création du trust, le patrimoine du trust et ses rendements restent attribués au settlor (voir chiffre 5.1.1.2). Les conséquences fiscales sont ainsi les mêmes que pour un revocable trust (voir chiffre 5.2.1).

Si le settlor est domicilié à l'étranger au moment de la création du trust, le patrimoine du trust ne peut être imputé ni au settlor ni au beneficiary (sur la question de savoir s'il s'agit effectivement d'un irrevocable discretionary trust, voir plus haut, chiffre 3.7). Il en résulte les principes de traitement fiscal suivants:

Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	On est en présence d'une donation du settlor au beneficiary à hauteur du capital du trust(3). La détermination du taux d'imposition relève de la compétence des cantons.
Distributions au beneficiary	Les distributions au beneficiary constituent en principe un revenu imposable (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID). En outre, le revenu est considéré comme réalisé au moment où le bénéficiaire acquiert un droit ferme sur les revenus du trust ou au moment où il encaisse la prestation. Le beneficiary est soumis à l'impôt sur la fortune pour sa part au patrimoine du trust. Si cette part ne peut pas être déterminée, le revenu qu'il en tire peut être capitalisé(4). Il découle de l'imputation fiscale du patrimoine du trust au beneficiary que la distribution de gains en capital (pour autant qu'il s'agisse de fortune privée) et de capital initial du trust n'est pas imposable (art. 16, al. 3 LIFD et art. 7, al. 4, let. b LHID, respectivement art. 24 let. a LIFD et art. 7, al. 4, let. c LHID). Si la preuve qu'il s'agit, dans le cas concret, d'un ain en capital ou d'une distribution du capital initial du trust ne peut pas être apportée, on appliquera le principe général selon lequel l'intégralité de la distribution représente un revenu imposable. Le trust est, de par sa nature juridique, une entité durable, si bien que le capital ne peut être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.
Liquidation	Pour le traitement du bénéfice de liquidation, voir ci-dessus: distributions au beneficiary.



Durée de vie du trust	Traitement fiscal
Création	Le transfert du patrimoine du settlor au trust, respectivement aux trustees, vaut donation du settlor à hauteur du capital du trust.
Distributions au beneficiary	Le beneficiary n'est pas imposé en ce qui concerne l'impôt sur la fortune sur les actifs du trust. Les distributions au beneficiary provenant du patrimoine du trust ne peuvent être imposées qu'au moment de leur versement, respectivement de l'obtention d'un droit ferme à la prestation. Les distributions doivent en principe être considérées comme un revenu du beneficiary (art. 16, al. 1 LIFD et art. 7, al. 1 LHID). Ce revenu sera imposé sous réserve que la preuve soit faite qu'il ne s'agit pas d'un revenu ou que seule une part de la distribution constitue un revenu (preuve qu'il sa- (segue)

Note:

(3) Dans la mesure où la souveraineté fiscale est admise en application de la législation cantonale.

(4) Par exemple en appliquant les taux de capitalisation établis par la liste des cours de l'AFC.

Durée de vie du trust	Traitement fiscal
	<p>git de capital initial du trust, qui a déjà été traité comme donation lors de l'apport au trust; art. 24, let. a LIFD et art. 7, al. 4, let. c LHID; cette constatation ne se réfère qu'au capital apporté lors de la création du trust ou ultérieurement et le contribuable supporte le fardeau de la preuve). En outre, il convient de tenir compte du fait que le trust est, de par sa nature juridique, une entité durable, si bien que le capital ne peut être distribué qu'après la distribution de tous les revenus du trust.</p> <p>Du fait que le patrimoine du trust n'est pas imputé fiscalement au beneficiary, on ne peut exonérer de l'impôt tout ou partie de la distribution en qualité de gain en capital de la fortune privée du beneficiary.</p>
Liquidation	Pour le traitement du bénéfice de liquidation, voir ci-dessus: distributions au beneficiary.

6. OBLIGATIONS D'INFORMER ET DE COLLABORER

Les settlors, trustees et beneficiaries assujettis fiscalement en Suisse ont l'obligation, en vertu de l'art. 126 LIFD, respectivement de l'art. 42 LHID, de communiquer toutes les informations nécessaires, ainsi que de fournir tous les documents, justificatifs ou attestations de tiers, pour justifier de l'existence du trust et des prestations appréciables en argent, respectivement des dépenses, correspondantes.

Il convient d'ajouter que, dans le cadre d'un examen des faits lors d'un contrôle fiscal externe, le trustee ne peut pas invoquer le secret professionnel. Il a l'obligation de dévoiler la totalité des documents concernant le trust. Cela vaut également dans les cas où le trustee est un avocat, car l'administration de trust ne fait pas partie de l'activité d'avocat proprement dite.

7. INFORMATIONS RELATIVES À L'IMPÔT ANTICIPÉ

La pratique de l'administration fédérale des contributions (AFC) est exposée ci-dessous.

7.1. Rendements de fortune provenant du patrimoine du trust

Les distributions du trust aux beneficiaries ne peuvent pas être soumises à l'impôt anticipé car les trusts ne sont pas mentionnés à l'art. 4, al. 1 LIA.

7.2. Remboursement de l'impôt anticipé

Du fait de l'absence de personnalité juridique, le trust ne peut pas exiger lui-même le remboursement de l'impôt anticipé. Faute de posséder la personnalité juridique, le trust ne peut pas non plus être qualifié de société commerciale ayant droit au remboursement(5). L'art. 55, let. c OIA ne peut pas non plus s'appliquer au trust car celui-ci ne constitue pas une "masse de biens".

Les explications développées plus bas sous chiffre 8 ("conventions visant à prévenir la double imposition") demeurent réservées pour les rapports internationaux.

7.2.1. Revocable trust

Du point de vue du droit fiscal, un trust révocable doit être attribué au settlor qui, sous réserve d'un cas d'évasion fiscale, doit être qualifié de titulaire du droit d'usage. Dans ce cadre, le settlor doit remplir les conditions qui lui permettent d'obtenir le remboursement de l'impôt anticipé perçu sur les revenus du patrimoine du trust.

7.2.2. Irrevocable fixed interest trust

Pour autant que le trustee puisse prouver l'existence du rapport de trust par la production de l'acte de constitution du trust (trust deed), le patrimoine du trust ne doit pas lui être imputé fiscalement. Dans un tel cas, le beneficiary est considéré comme le titulaire du droit d'usage. Si le beneficiary était domicilié en Suisse au moment de l'échéance de la prestation imposable (art. 22, al. 1 LIA), il peut exiger le remboursement de l'impôt anticipé en appliquant par analogie la réglementation concernant les rapports de fiducie (art. 61, al. 2 OIA).

7.2.3. Irrevocable discretionary trust

Dans le cas des discretionary trusts, l'acte de constitution du trust n'octroie pas au beneficiary une prétention aux distributions du trust. Au contraire, le trustee est doté d'un pouvoir d'appréciation pour déterminer quand il souhaite opérer le versement du montant de son choix en faveur des beneficiaries figurant dans l'acte de constitution. Entre le moment de la création du trust et celui d'une distribution effective, ni le patrimoine du trust ni les revenus qui en sont tirés ne peuvent être imputés aux beneficiaries; il ne s'agit que de simples expectatives. Le patrimoine du

Nota:

(5) Voir plus haut, chiffre 4.1.

trust ne peut pas non plus être attribué fiscalement au settlor car celui-ci s'est dessaisi définitivement de la fortune dévolue au trust. Aussi longtemps que le patrimoine du trust ne peut être imputé fiscalement à personne, et donc jusqu'au moment d'une distribution effective, il n'existe pas de possibilité de remboursement de l'impôt anticipé. Cette pratique est en accord avec le traitement appliqué au niveau des impôts directs selon lequel aucune emprise fiscale n'est possible dans un discretionary trust avant une distribution effective.

Si le settlor est domicilié en Suisse au moment de la création du trust, étant donné l'absence d'enrichissement d'un autre sujet fiscal, le settlor ne subit pas d'appauvrissement, ce qui a pour conséquence que le patrimoine du trust et ses rendements restent attribués au settlor. Par conséquent, pour le remboursement de l'impôt anticipé, la même réglementation que pour un revocable trust est applicable et le settlor doit remplir les conditions qui lui donnent droit à la restitution de l'impôt anticipé perçu sur les rendements du patrimoine du trust.

8. INFORMATIONS RELATIVES AUX CONVENTIONS VISANT À PRÉVENIR LA DOUBLE IMPOSITION (CDI)

8.1. En général

Les conventions de double imposition conclues par la Suisse règlent le droit au remboursement de l'impôt anticipé suisse sur les dividendes et intérêts versés à des résidents étrangers, ainsi que le droit au remboursement de l'impôt à la source étranger en faveur de résidents de Suisse.

Le trust n'étant pas une «personne» en droit suisse, l'application des dispositions conventionnelles ne saurait être envisagée de manière uniforme. Les cas d'application sont étudiés concrètement lors de leur survenance en fonction des conventions applicables.

Certaines d'entre elles, comme la CDI-USA, la CDI-CDN et la CDI-UK (par interprétation) contiennent des normes concernant le trust (notamment prévoient que le trust est une «personne» au sens de la convention), mais cette seule disposition ne signifie pas encore qu'un remboursement puisse être effectué. Le bénéfice des traités est accordé aux personnes qui a) sont des résidents au sens fiscal du terme d'après le traité et b) qui sont les bénéficiaires effectifs des revenus.

8.2. Remboursement de l'impôt anticipé suisse

En présence d'une demande de remboursement présentée par un trust de droit étranger, la pratique de

l'AFC consiste à examiner dans un premier temps si au regard de la législation de cet Etat le trust est une «personne» qui est résidente fiscale de cet état (assujettissement à l'impôt), au titre de l'entité elle-même ou au titre d'un ou plusieurs trustees résidents de cet Etat impliquant un assujettissement aux impôts de cet Etat. Dans un tel cas, l'AFC retient pour correcte l'application des dispositions (dividendes, intérêts) de la convention applicable en vue de réduire la double imposition et rembourse partiellement l'impôt anticipé suisse; le fait que le «trust» ne soit pas une personne au sens du droit suisse (et pas nécessairement au sens de la convention) est moins relevant en l'espèce que le fait qu'il y ait une personne entièrement assujettie aux impôts ordinaires dans l'autre Etat.

La question est plus délicate lorsqu'un trust est assujetti à l'impôt ordinaire dans un Etat partenaire à une convention de double imposition, mais un mécanisme de déduction des revenus transférés aux bénéficiaires ou de crédit d'impôt pourrait aboutir à une transparence de fait, générale ou partielle en relation avec certains revenus (et une non imposition). Dans cette hypothèse, il se pourrait que des personnes qui n'auraient pas droit aux bénéfices de la convention (non-résidents de l'Etat du trust qui présente la demande de remboursement) soient les bénéficiaires effectifs des revenus de source suisse. Ce n'est qu'un exemple parmi d'autres qui illustre la difficulté d'appliquer les dispositions conventionnelles et la nécessité d'examiner chaque cas concret à la lumière de la CDI applicable. Dans tous les cas, il appartient au bénéficiaire étranger ou toute autre personne qui se prévaut d'une convention de double imposition de fournir à l'Administration fédérale des contributions les informations nécessaires au traitement de sa demande.

8.3. Remboursement de l'impôt étranger

La Suisse ne connaît pas l'institution du «trust», de sorte que la question d'une demande de remboursement de l'impôt étranger selon une CDI par un trust résident de suisse ne se pose pas. En revanche, du moment que le fisc suisse impose les bénéficiaires de revenus de trusts résidents de Suisse, la question peut se poser pour un bénéficiaire qui ferait valoir un droit (ev. au pro rata) au remboursement partiel d'un impôt étranger à la source sur un revenu qui lui a été versé (transmis) par un trust.

Dans une telle hypothèse, du strict point de vue de l'administration fiscale suisse, si la personne qui présente la demande est assujettie aux impôts ordinaires suisses et si le revenu en question lui a été attribué en application de la loi et des principes d'imposition spécifiés dans la présente circulaire, l'administration fiscale suisse atteste la demande et, selon la procédure prévue dans le cas d'espè-

ce, la renvoie au bénéficiaire ou l'achemine à l'autorité fiscale étrangère compétente de l'Etat de la source des revenus qui a prélevé l'impôt à la source. La mesure dans laquelle il sera ensuite effectivement donné suite à cette demande de remboursement par cet Etat dépendra, le cas échéant, de la qualification retenue par ce dernier pour les revenus distribués à des trusts, respectivement au trust en question ou ses bénéficiaires.

8.4. Accord avec la CE sur la fiscalité de l'épargne

Les explications afférentes aux «trusts» qui se trouvent dans les Directives de l'AFC relatives à la fiscalité de l'épargne du 24 juin 2005 n'ont de portée que pour l'application de la retenue d'impôt et pour la déclaration volontaire dans le cadre de l'Accord passé avec la Communauté européenne.

La collana “Quaderni” di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**

traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl

- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**

tra dottrina, prassi e giurisprudenza

a cura di Stefano Buttà

- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**

di Andrea Vicari

- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**

Dal 1899 al 2006

- **5 - Leggi tradotte - II**

traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas

- **6 - Trust: opinioni a confronto**

Atti dei Congressi dell'Associazione “Il trust in Italia”

- Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005

- I trust per la famiglia – Firenze 2005

a cura di E. Barla De Guglielmi

- **7 - La Legge di Malta sui trust**

L'introduzione del trust nel diritto civile maltese

di E. Berti-Riboli e M. Ganado

- **8 - La legge di Jersey sul trust**

di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi

di prossima pubblicazione

- **9 - Struttura, atti e vicende dei trust: profili fiscali (titolo provvisorio)**

- Relazioni del Convegno dell'Associazione “Il trust in Italia” - Milano 16 gennaio 2008

- Contributi professionali sulla fiscalità dei trust