

## SAGGI

Trust and Confidence – Part II di <b>Maurizio Lupoi</b>	469
Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) – Il parte di <b>Angelo Di Sapia</b>	480
La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust di <b>Amalia Chiara Di Landro</b>	493
L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi di <b>Nicola de Renzis Sonnino</b>	507
L'azione promossa da un beneficiario per far valere l'intervenuto termine del trust di <b>Igor Valas</b>	514
<i>Resulting trust</i> (e le situazioni affidanti) di <b>Maria Rosaria Mazzone</b>	521
Il ruolo del trustee nei prestiti obbligazionari: a proposito di una sentenza della House of Lords di <b>Sabrina Bruno</b>	525

## GIURISPRUDENZA ITALIANA

Nomina dell'amministratore di sostegno e contestuale autorizzazione ad istituire un trust Italia, Tribunale di Genova, Giudice Tutelare, 17 giugno 2009, R.M. D.G., M. G., B. G.	531
Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente Italia, Tribunale di Milano, Sez. I civ., 16 giugno 2009, I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione, C.S., F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e B.I.M.	533
Trasferimento a trustee delle somme del fallimento destinate a creditori irreperibili Italia, Tribunale di Roma, Sez. Fallimentare, 11 marzo 2009, Fallimento Flaminia Nuova S.p.a.	541
Autorizzazione a trasferire a trustee beni del beneficiario di amministrazione di sostegno Italia, Tribunale di Bologna, Sez. I civile, 11 maggio 2009, M.M.	543
Trust di garanzia e prescrizione del diritto di credito del beneficiario Italia, Tribunale di Firenze, 6 settembre 2008, Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. c. Monte dei Paschi Fiduciaria S.p.a.	549

## GIURISPRUDENZA ESTERA

Prestito obbligazionario effettuato per mezzo di un trust: il ruolo del trustee Inghilterra e Galles, House of Lords, 28 aprile 2005, Concord Trust v Law Debenture Trust Corporation plc	551
Trasferimento di somme di denaro e <i>resulting trust</i> Australia, New South Wales Supreme Court, Equity Division, 8 agosto 2007, Shang v Zhang	559

### PRASSI ITALIANA

Segregazione di beni in trust e "prelazione artistica"

572

Segregazione in trust di beni di interesse storico e artistico e applicazioni delle imposte di registro, ipotecaria e catastale

574

### PRASSI NEGOZIALE

Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario: variazioni di Maurizio Lupoi

576

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

# Te 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  
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero


REALIZZAZIONE GRAFICA  
Ipsoa

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

STAMPA  
Geca Spa  
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)  
licenziato per la stampa il 3 agosto 2009

#### REDAZIONE

Per informazione in merito  
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

#### IPSOA Redazione

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

#### Pubblicità:

  
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: € 265,00  
ESTERO  
Abbonamento annuale: € 530,00

#### 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:

Ipsoa 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 WKI 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: € 60,00

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).

## Trust and Confidence – Part II

di Maurizio Lupoi

La dottrina del diritto comune arricchì la giurisprudenza inglese nella seconda metà del XV secolo e le fornì una serie di principî e regole che divennero comuni; su di essi gli inglesi edificarono un istituto originale: il moderno diritto dei trust.

#### 4. The Secret Fiduciary. The lack of formalities

A fiduciary may not wish to make it known that he is a fiduciary, acting for people or entities to whom the deceased could not legally bequeath anything. Hence the rule that he, if attacked by disappointed members of the deceased's family, may keep the assets if he deposes that he is not a fiduciary and that the assets are for himself alone. This rule is found in French judgments from 1580: the plaintiffs "peuvent exiger que le légataire ... affirme que le legs est sérieux, qu'il ne prête pas son nom, qu'il entend en profiter, et qu'il ne remettra point à personnes ou incapables ou indignes de recevoir des libéralités du testateur". (170)

Alternatively, when the confidence is hardly deniable but its terms appear from a document that is not a will nor a codicil the advice given by Angelo degli Ubaldi in the 14th century was to plead its invalidity (with a mind to perform it in secret): "sis cautus tu advocate haeredis, ut non confitearis absolute relictum, cum haeres convenitur, sed semper adiicias non relictum solemniter". (171)

These two lines of conduct are found in many English cases, first on trusts to perform a "superstitious use", (172) as secret devises to the Roman Catholic church or anyhow in its favour were labeled at least until 1832, (173) then on trusts that were in violation of the Statute of Frauds or the Statute of Mortmain. (174) The initial cases on Popish recusants did not go well for the defendants, either because there was evidence of the secret purpose (175) or because the defendant was naïve enough to plead that the bequest "belonged to God and his Saints". (176) In subsequent cases, mainly relating to the Statute of Frauds or the Statute of Mortmain, defendants took

the advice of Angelo degli Ubaldi: the Statute of Frauds was neatly pleaded by confidential successors in order to show that they were not bound by the informal document where the true intention of the testator had been set out. (177)

Bracton knew well one of the most frequent instances involving confidence in the civil law, a device to evade the prohibition enacted by Justinian against donations between husband and wife, a rule that was current in the common law of his time: "Item esto quod cum talis donatio directe fieri non possit a viro uxori vel a contrario, constante matrimonio, si fiat in-

Maurizio Lupoi - Professore dell'Università di Genova

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in (2009) 125 L.Q.R. 253, ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

La prima parte del saggio può leggersi in questa Rivista, 2009, 353.

#### Note:

(170) *Supremus Senatus Galliarum*, December 23, 1580, in A. Robert, *Rerum iudicatarum libri IIII*, ed. tertia (1599), l. I, ch. III. On the same line see *Parlement de Paris*, February 11, 1716, related by J. B. Denisart, *Collection de décisions nouvelles*, 5.ème édition (1766), "Fidéicommis", and, with more details, by Ph. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de la jurisprudence*, 13.ème éd., t. XIV (1821) "Fidéicommis tacite"; and *Parlement de Toulouse*, August 8, 1738, in J.-B. Furgole, *Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort, et autres dispositions de dernière volonté* (1779) 575. See also Pothier, fn. 165 above, t. IX, partie I, art. III.

(171) Angelo degli Ubaldi, *In codicem commentaria*, ad C. 6.42.32, n. 4 (see Treggiari, fn. 103 above, 449, fn. 56).

(172) C. Stebbings, "Roman Catholics, Honorary Trusts and the Statute of Mortmain" (1997) 18 *Legal History Review*, No. 3, 1.

(173) Roman Catholic Charities Act, 1832.

(174) See G. Jones, *History of the Law of Charity 1532-1827* (1969), ch. VII.

(175) *Croft v Jane Evetts* (1606) Moore 784: it was found that the true purpose of the enfeoffment to the use of the settlor and his heirs was "to confer the profits of the lands upon such persons as were of his own persuasion in Religion, in trust for the maintenance of superstitious, unlawful and disloyal uses".

(176) *Rex v Lady Portington* (1693) 1 Eq. Ca. Abr. 95, Salkeld 162. Cases relating to wills in favour of Jews are collected in Amber 228.

(177) "That the construction aimed at by the plaintiffs would be totally destroying the statute of frauds, the great fence of our property, if a paper which may be formed after a person has made his will, shall be admitted to be a declaration of trust only in those persons who had an absolute devise by the will without any trust": *Adlington v Cann* (1744) 3 Atkyns 141 at 148.

directe ita quod vir dederit extraneo ut extraneus statim vel post mortem suam rem datam det uxori".(178) It is the same structure that we find in Pothier, who adds the refinement of allowing the donee to act on his understanding of what is the gift's purpose: "lègue le s-dits biens à un ami de sa femme avec lequel il n'a aucune convention de les rendre à sa femme, et à qui il ne donne de son vivant aucune connoissance de ce legs, dans la confiance qu'il a que ce légataire devinera facilement l'intention qu'il a eue en faisant ce legs".(179) That was exactly what happened in England: the testator relied on his successor to understand the religious purpose of his devise, so that the successor could either deny the existence of a secret confidence or demur, thus keeping the assets bequeathed to him (and apply them to the religious purpose).(180)

The opposite case of a successor who pleads the lack of formalities in order not to perform an informal confidence was a subject-matter that Justinian had addressed: if the successor "ad legis supilitatem decur rat" "omnimodo cogendus est solvere".(181) "An dicat 'Non potes petere, quia minus solempne': in quo casu cogitur, ut hic" commented Bulgarus.(182) In the words of Bartolus, "quando testator noluit solemniter testari, sed confidit de fide haeredis, haeres tenetur ad prestationem illius legati civiliter et naturaliter".(183) Baldus too opined that the successor was bound to perform the intention of the testator, although it was not in his will, "quando habet plenam et veram scientiam oneris, quod dicitur iniunctum fidei suae".(184)

That was precisely the position taken by Chancery judges: the lack of the required formalities cannot be pleaded by a successor even if the understanding between him and the testator contravened the Statute of Frauds or the Statute of Wills, for otherwise there would be a fraud.(185) In the same vein Baldus had spoken of a defence that was required "propter dolum et mendacium" of the party who sheltered behind the lack of legal formalities.(186)

Subsequent civilian doctors retracted into the domain of conscience and, not having a Court of Conscience at hand, into legal irrelevance. Thus Francesco Mantica(187) and later Sigismondo Scaccia.(188)

## 5. Impossibility of Performance.

The performance of the confidence, secret or otherwise, may sometimes become impossible because events occur that the testator had not taken into

consideration. Such was the case submitted to the Catalan jurist James Cancér in the second half of the 16<sup>th</sup> century with reference to a will under which the testator had appointed his uncle Paolo to transfer all the testator's assets to the child that his wife was about to deliver "per lo que de el tinct molta confiansa". The testator died immediately afterwards and his wife had a miscarriage; "Testator putavit posthumum nasciturum et sic in casu non nativitatit nihil providit". Cancér held that the will embodied a fiduciary disposition. It followed that Paolo could not retain anything for himself and the estate had to go to the heir at law of the testator.(189)

Cancér's opinion was approved by Torre in the following century(190) and formed the basis of C.A.

### Note:

(178) Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae* (G.E. Woodbine ed.; transl. by S. E. Thorne, 1968), f. 29. Bracton adds that such an arrangement was mistakenly held valid in court.

(179) Pothier fn. 165 above, t. IX, partie I, art. III, n. 99.

(180) *Paine v Hall* (1812) 18 Vesey Junior 475; *Wallgrave v Tebbs* fn. 153 above. On the denials by defendants in cases relating to "honorary trusts" for catholics see Stebbing, fn. 172 above.

(181) C. 6.42.32; see also Inst. 2.23.12.

(182) Bulgarus'opinion was related by Azzo: Treggiari, fn. 103 above, 194, n. 61.

(183) *Commentaria*, ad C. 6.42.32, n. 2.

(184) Baldo degli Ubaldi, *Commentaria in VI etc. Codicis libros*, ad C. 6.42.32, n. 26.

(185) *Wallgrave v Tebbs* fn. 153 above at 321; *Podmore v Gunning* (1832) 5 Simons 485 at 495: "notwithstanding the Statute of Frauds, this Court will interpose to prevent a party from being deprived of his rights by means of fraud"; *Stickland v Aldridge* (1804) 9 Vesey Junior 517, at 519 per Lord Eldon: "if a father devises to his youngest son; who .promises, that, if the estate is devised to him, he will pay £10,000 to the eldest son, this Court would compel the former to discover, whether that passed in parol; and, if he acknowledged it, even praying the benefit of the statute, he would be a trustee to the value of £10,000". Cf. D.R. Hodge, "Secret Trusts: the Fraud Theory Revisited" [1980] Conv. 341 and, more in general, L.A. Sheridan, *Fraud in Equity* (1957) 146-166.

(186) Baldo degli Ubaldi, fn. 184 above, n. 8.

(187) F. Mantica, *De coniecturis ultimarum voluntatum* (1588), l. II, tit. XIII, n. 17.

(188) S. Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio* (1619), §1, q. 7, par. 2, ampl. 19, n. 114.

(189) I. Cancér, *Variae Resolutiones iuris Cesarei, Pontificij, & Municipalis Principatus Cataloniae* (1594) I, ch. I.

(190) G. Torre, *De pactis futurae successionis* (1673), l. III, ch. VIII, n. 45: "consuluit optime Cancer, quod quia Posthumus non potuit succedere, eo qui prodijt abortus, haereditas restitui deberet haeredi ab intestato Testatoris".

De Luca's position with respect to a confidential will in favour of an outlaw: "In secundo casu, quo fiduciarius sit haeres institutus, tunc secuto casu quod haeres fiduciarius restitutionem facere non possit ob incapacitatem et impedimentum banni, non remanent bona penes nudum ministrum, sed transferunt in alium vocatum et in defectum ad alios haeredes ab intestato ipsius testatoris".(191)

The same legal issue came up for decision by the King's Bench in 1619 with reference to an *inter vivos* conveyance made by King Henry VII, with the intention that the feoffee reconvey the land to a third party. The words "trust and confidence" in the charter raise a use, so that, an impossibility to grant over having arisen, "le feoffor avera tout l'estate arrere ... car ne fuit son intent que son feoffee prendera riens"(192). Today we would speak of a resulting trust and perhaps of "non-beneficial transfers".(193)

## 6. The "Fideicommissum purum" and the "debitum in praesenti solvendum in futurum"

Should the person to whom the successor is meant to deliver the assets die before the day appointed for the execution of the confidence in his favour, the question arises whether the fiduciary may keep the assets for himself.

The passage of Iavolenus in D. 36.1.48 (46) related to a "fiduciarius heres" who was to release the estate to Seius, the son of the testator "cum ad annos sedecim pervenisset";(194) Seius died before reaching that age. The Gloss stated: "Fuit fideicommissum relictum pure, & eius petitio in certum tempus dilata", that is to say, the date for delivery attached to the execution only and was not to be taken as a condition. Thus, the beneficiary having died, the assets belonged to those who took from the deceased by law. That was also the opinion of Odofredus, Bartolus and of subsequent doctors: "Dies certae aetatis non fuit adiecta substantiae dispositionis, sed executioni".(195)

The notion of "fideicommissum relictum pure" is crucial in the Gloss, for the "fideicommissum purum" is a disposition that has to be performed immediately or at a given date in favour of a specified person and leaves no discretion in the successor;(196) "pur et simple sans condition, ou à jour certain, pendant la vie de l'héritier".(197) The fiduciary is then a "nudus minister", a *ius commune* expression that Bartolus di-

scussed at length, of which "bare trustee" is a calque.(198)

A legal issue very similar to the one discussed by Iavolenus came up in a case of 1704, where the young lady to whom a certain sum was to be given by the fiduciary under a will at the latest upon her death "or sooner if there be occasion for her better advancement and preferment" died at sixteen, the fiduciary having died eight days before the testatrix. The court ruled that the fiduciary was a bare trustee so that the sum had to go to the heirs at law of the young lady.(199) This matter came up again in 1711, when the lawyers used the expression "debitum in praesenti solvendum in futurum" and added: "with this agrees the law of the Spiritual Court"(200).

Iavolenus' passage was quoted by the Master of the Rolls in 1801 together with other Roman law sources concerning "petitio in tempus legitimae aetatis dilata" and he concluded: "This distinction has been transferred from the Civil Law to ours".(201)

## 7. The Purposes

Leaving on a side the old arrangements "to

### Note:

(191) De Luca, fn. 120 above, ch. XIII.

(192) *Treswallen v Penhules* (1619) 2 Rolle 66.

(193) Cf. W. Swadling, "Explaining resulting trusts" (2008) 124 L.Q.R. 72.

(194) See Johnston, fn. 141 above, 193-194.

(195) Odofredo, *In secundam partem Infortiati commentarii*, ad D. 36.1.48(46); Bartolo da Sassoferrato, *Seconda Bartoli super Infortiatio*, ad D. 36.1.48(46); see later J.P. Fontanella, *De pactis nuptialibus* (1659), gl. VIII, p. IV, cl. V: "Quamvis decedat is in cuius favorem fuit facta institutio ante haeredem fiduciarium nihil caducatur, sed fit transmissio ad haeredes illius tanquam de iure ei acquisito per dictum haeredem fiduciarium".

(196) See, among Roman sources: D. 35.1.79 pr.: "purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur"; Gai., 2.250: "et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa, vel ex die certa".

(197) G. de Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit jugées au parlement de Toulouse* (1751), t. I, l. V, ch. 85.

(198) Bartolo da Sassoferrato, "Nudus minister quis dicatur" in *Commentaria*, ad D. 31.17; see also the passage from De Luca in the text accompanying fn. 191 above.

(199) *Eeles v England* (1704) 2 Vernon's Chancery Cases 466.

(200) *Stapleton v Cheales* (1711) Precedents in Chancery 317.

(201) *Hanson v Graham* (1801) 6 Vesey Junior 239.

parfourme my wille”, the purposes served by confidences on both sides of the Channel were remarkably similar.

Protection from creditors is attested early in England and is one of the instances of secret trusts in the Continent; protection from political adversities and proscriptions is also found in both areas. Common were the furtherance of purposes prohibited by the law, among which was the market of ecclesiastical benefices or *confidentia simoniaca*,<sup>(202)</sup> the safeguards against prodigal children, that were identified by Menochius<sup>(203)</sup> and then became a specific instance of trust in English law, provisions for children under age or born out of wedlock, alms and other charitable or pious uses, the preservation of obedience within the family<sup>(204)</sup>.

With reference to the latter purpose, one of the earliest English cases concerned a feoffment in favour of one of the daughters of the feoffor, but then “il vient a mesme le feffee et dit que cesty file que duist aver la terre ne voile estre marie par luy ne este bien governe par que il revoke son volunte & voile que l’auter file aver al dit terre apres son decease”.<sup>(205)</sup> In 1675 both an English and a French case verged upon fiduciary dispositions aimed at keeping family members in obedience,<sup>(206)</sup> and the French case discussed the discretionary power of the fiduciary as to the choice of the beneficiary (“pouvoir d’élire” in French terminology), a power that appears in contemporary English<sup>(207)</sup> and Roman Rota<sup>(208)</sup> cases.

Both an English and an Italian case of the 17th century concerned persons who committed a crime after disposing of their wealth in favour of fiduciaries; the common assumption was that they had planned on not owning any asset when the punishment would fall on them.<sup>(209)</sup>

## 8. Mutual Wills

The *ius commune* developed a theory of mutual wills that was well attested by 1769, when *Dufour v Pereira*,<sup>(210)</sup> the first English case on mutual wills, was decided by the Chancellor, Lord Camden. <sup>(211)</sup> He declared: “this case must be decided by the law of this country”, for “the everlasting maxims of equity and conscience, upon which the jurisdiction of this court is built, are capacious enough, not only to comprehend this, but every other case that may happen; and that the justice of this court is co-extensive with

every possible variety of human transactions”.<sup>(212)</sup> However, he also commented that “the case was so new, that the counsel were driven to resort to foreign authors, where these testaments are in use”.<sup>(213)</sup>

We do not know for certain what “foreign authors” were cited by counsel but there are enough textual correspondences between the words used by Lord Camden in his judgment and *ius commune* sources to allow us to identify the civilian texts the Chancellor read and to convince us that he based his judgment on them.

### Note:

(202) Several Popes, notably Pius IV and Pius V, reacted sternly against this form of *confidentia*: see F. Parisius, *De confidentia beneficii prohibita tractatus* (1595).

(203) G. Menochio, *Consilia sive responsa* (1620), cons. 1135, n. 17: “ne illi quibus volunt relinquere dilapident bona, faciunt haeredem fiduciarium, qui deinde illis in viam bonam reversis restituat”.

(204) These as well as other purposes are discussed by J. Biancalana, “Medieval Uses”, in *Itinera Fiduciae*, fn. 82 above, 111.

(205) (1452) Mich. 31 Hen 6, Fitzherbert, fn. 45 above, “Sub pena”, 23; see the text accompanying fn. 130 above.

(206) *Okeover v Lady Pettus* (1675) Lord Nottingham’s Chancery Cases, I (D.E.C. Yale ed., 1957, SS 73), No. 347: “the deed was a trust for her daughter and made only to keep her in obedience”; Parlement de Paris, July 3, 1675, Journal du palais (1701), I, 681 “à la charge de rendre son heritage, ou partie, a celuy de ses deux fils aînez qui luy seroit le plus obéissant lorsqu’il auroit atteint l’âge de vingt-six ans”.

(207) *Massey v Sherman* (1739) Ambler 520: “amongst all or such of my children as she in her discretion shall think most proper, and as they, by their future conduct towards her, shall be deserving of the same”.

(208) Rota Romana, January 22, 1768, *Romana successionis, coram Olivatio*, Decisiones S.R.R. coram Bartholomaeo Olivatio, t. VI (1786), dec. 648: to those of the testator’s children who would develop a good character, for the testator could not know “qualis quisque indolis esset extiturus”.

(209) H. Rolle, *Un Abridgment des plusieurs cases et resolutions del common Ley* (1668), sv “Fraud”: feoffment to the use of the infant child of the feoffor, who ten days afterwards “commit treason”: “le feffment serra adjuge fraudulent”. An identical case is in Ondedeio, *Consilia sive responsa* (1604), I, cons. 46: “donationem fecerunt ad reparandum ne bona transirent in fiscum vel à tyrannis illius temporis occuparentur: erat enim donator tempore donationis in inimicitiiis et partialitatibus, quae tunc vigeabant, involutus, et parum post donationem homicidium commisit”.

(210) *Dufour v Pereira* (1769) Dickens 419; a fuller report of this case is in F. Hargrave, *Juridical Arguments and Collections* (1799) vol. 2, 304. See the recent article by R. Croucher, “Mutual Wills: Contemporary Reflections on an Old Doctrine”, (2005) 29 Melbourne Univ. L. R. 390.

(211) Charles Pratt, then lord Camden (1714-1794), was educated at Eton and then at Cambridge (King’s College). For his life see H. Swanston Eeles, *Lord Chancellor Camden and his family* (1934).

(212) Hargrave, fn. 210 above, 307.

(213) Hargrave, fn. 210 above 307.

Mutual wills, often in the form of joint wills, were typically a Northern European institution; by chance, the cultural milieu of the Hanoverian kings under which Lord Camden was serving. No continental writer doubted the validity of mutual wills; however, even where they were joint wills (one document only), the wills were two, so that, in principle, each of them was subject to revocation<sup>(214)</sup> in the light of the Roman law principle, accepted in England from at least 1588, that “voluntas est ambulatoria usque ad extremum vitæ exitum” (where the reference to Ulpianus in D. 34.4.4 is obvious).<sup>(215)</sup>

The key-questions related to whether one of the testators could change his will without letting the other know and to whether the survivor of the two testators could revoke his own will.

As to the former question, that was not directly in point in *Dufour v Pereira*, Lord Camden referred to “an authority” cited by counsel, according to which either party could change his will during the life of the other, even in secret, and commented: “the law of these countries then must be very defective, and totally destitute of the principles of equity and good conscience: for nothing can be more barbarous, than a law, which does permit in the very text of it one man to defraud another. The equity of this court abhors the principle”. The opinion quoted to Lord Camden was one of those current on the Continent<sup>(216)</sup>, and the words the Chancellor used to distance himself from it (“this court abhors the principle”) were those written by C. van Bynkershoek “abominor hos mores”.<sup>(217)</sup> Lord Camden admits that revocation by one of the testators was possibile “provided the party intending it, had given notice to the other of such revocation”; that was the other continental view, propounded by several authors. Its basis was a 1591 judgment by the Parlement de Paris, hinged on the necessity of notice: “La revocation du testament mutuel qui est fait par l’un des conioncts par une declaration particuliere, ne peut etre valable, si elle n’est signifiée à l’autre, estant le defaut de signification une espece de dol”<sup>(218)</sup>. Moreover, French writers had opined that a revocation by one when the other was on his death-bed would have been “frauduleuse” and that the power to revoke was to be “modérée avec équité”. That was the view to which Lord Camden subscribed.

The opinion according to which revocation was not possibile after the death of one of the testators hinged on the mainly Dutch notion of a common pa-

trimony: “eorumdem patrimonio consolidato, et ad unicum patrimonium redacto”<sup>(219)</sup>; “communiter velut unam unius patrimonii massam in unum collatam”.<sup>(220)</sup> That is precisely what Lord Camden says: “The property of both is put into a common fund, and every devise is the joint devise of both”.<sup>(221)</sup> This, Lord Camden concludes, is a contract, and “the first that dies, carries his part of the contract into execution”, thus echoing solemn French case law<sup>(222)</sup> and the prevailing continental view: “qu’il a même reçu son execution, en ce qui concerne le survivant”.<sup>(223)</sup> However, continental authorities had provided also equitable reasons, as for instance: “parce qu’il a une fois adhéré et que les deux volontés s’estans unies et donné la foi, il n’est pas juste que celle qui reste trompe celle qui n’est plus et renverse ce qu’elles ont estably d’un commun consentement”.<sup>(224)</sup>

Mutual wills, continental authors had written,

#### Note:

(214) O. Da Ponte, *Consilia* (1550), cons. 174, n. 1: “Dico breviter quod licet fuerit unicum pergamenum in quo ambo coniuges sunt testati, iuris tamen potestate, duo censentur, sicut duo fuerunt testantes”; A. Gaill, *Observationum practicarum Imperialis Camerae Libri Duo* (1613), Obs. CXVII, 2: “non pro unico sed duobus habendum est”.

(215) *Forse and Hembling’s Case* (1588) 4 Coke Reports 60b: “The making of a will is but the inception of it, and it doth not take any effect till the death of the devisor, for omne testamentum morte consummatum est; et voluntas est ambulatoria usque ad extremum vitæ exitum”.

(216) See, e.g., D. Covarruvias, *De testamentis*, in *Opera Omnia* (1599), pars II, 19-23; B. Carpov, *Iurisprudentia forensis romano-saxonica* (1638), pars III, constit. II, def. XI: “Testamentum sive donatio mortis causa inter coniuges reciproca, invita etiam altera parte, revocari et mutari potest”; S. van Leeuwen, *Censura forensis Theoretico-practica*, editio tertia, pars prima (1685), l. III, cap. II, n. 15: each may “irrequisito altero semper mutare et revocare”.

(217) C. van Bynkershoek, *Opera omnia* (1767), 389. On van Bynkershoek (1673-1743) see K. Akashi, *Cornelius van Bynkershoek: His Role in the History of International Law* (1998).

(218) Parlement de Paris, June 15, 1591, in G. Louet, *Recueil d’aucuns notables arrests donnez en la cour de parlement de Paris*, 3rd ed. (1612), 1000.

(219) van Leeuwen, fn. 216 above.

(220) J. Voet, *Commentariorum ad Pandectas libri quinquaginta*, t. II, L. XXVIII, tit. III, 11.

(221) Hargrave, fn. 210 above, 308.

(222) J. de Montholon, *Arrests de la Cour prononcez en robes rouges* (1645), arr. 18.

(223) J.-M. Ricard, *Traité des donations* (1713), t. II n. 265.

(224) C. Henrys, *Recueil d’arrests remarquables donnez en la cour du parlement de Paris*, t. I, 3.ème éd. (1662), L. V, q. 34.

“transeunt in naturam contractus”.(225) English law had not been ready to receive a contractual dimension from the *ius commune* in the formative era of the law of trusts. Now it was, at least in areas free from authority, as mutual wills.(226)

## ■ III – Strands in the History of Trusts

### 1. The Achievement of the English

The history of trusts has several intertwined strands and cannot be written as yet.

One strand appears when one analyses the position of a tenant in copyhold who wished to assign his holding. He had to go to his lord and surrender it to him. His tenure was thus terminated and the lord could do with the land what he pleased. However, it was customary to surrender the tenure in favour (“al ops”, “ad opus”) of the tenant’s assignee and the tenant trusted his lord to oblige(227) although there were conflicting opinions as to the lord’s freedom to do otherwise.(228)

Another strand concerns entitlements that were understood to belong not to a person but to an office, so that whoever filled that office could claim them not for himself but “ad opus”; thus, the right to damages suffered in case of trespass could be enforced by a new abbot even if it was a personal action “purceo qil est a recover damagez al ops del meason”.(229)

A third strand came to the foreground because of the Franciscan friars; their “uses”, certainly linked to Roman-canonical theories that just could not obtain in English law, allowed enjoyment of land or of its profits without any title under the theory of estates but also bound the friars not to use the land or its profits for ends other than their own maintenance and the necessities of their mission;(230) “in proprios usus” was actually an expression current before their arrival in England.(231) They adopted it for their own purposes.

A fourth strand relates to “ad opus” or “al use” when these expressions identify the person to whose advantage certain acts or activities had to be performed, such as the person to whom books were to be delivered,(232) the passenger about to sail overseas without a “brief de passage”, whose goods were kept by the local Vicar “pur saluement estre gardez al oeps du dite” passenger,(233) the infant for whom rents were put by,(234) the lady “cum qua [the defendant] commisit adulterium et eandem imprignavit”, for whose benefit money was to be managed.(235)

We are no longer speaking of land nor of feoffments. Academic research has been regularly spell-bound by the feoffments to uses as the eponym instance of trusts, so that many fiduciary arrangements, such as those just referred to or else relating to leases(236), to an “obligacion”(237), to money to be

#### Note:

(225) Louet, fn. 218 above.

(226) Cf. *Re Dale (deceased)*. *Proctor v Dale* [1994] Ch 31.

(227) *Select Cases in Manorial Courts. 1250-1550* (L. R. Poos - L. Bonfield eds., 1998, SS 114), case No. 74.b (1358): “reddere debeat terram suam in manum domini ad opus alterius”; case No. 128.a (1411): “Henricus Cate ... reddidit in manum Johannis Rolf tenentis domini unum cotagium ... ad opus Isabelle uxoris suae”. See L. Bonfield - L. R. Poos, “The Development of the Deathbed Transfers in Medieval English Manor Courts”, in Z. Razi - R. Smith, *Medieval Society and the Manor Court* (1996), 117; C. M. Gray, *Copyhold, Equity, and the Common Law* (1963).

(228) See the debate related by Yelverton, *Notebook* (fn. 76 above), 304 and 309.

(229) *Readings and Moots at the Inns of Court in the Fifteenth Century* (S.E. Thorne ed., 1854), I, cxviii.

(230) See S.W. DeVine, “The Franciscan Friars, the Feoffment to Uses, and Canonical Theories of Property Enjoyment before 1535” (1989) 10 *Journal of Legal History* 1; D.J. Seipp, “The Concept of Property in the Early Common Law” (1994) 12 *Law and Hist. Rev.* 29, at 69-72.

(231) Henry II and Richard granted freedom from tolls and customs “de rebus ad usos proprios” to the Abbey of Furness: “Houses of Cistercian monks: The abbey of Furness”, in *A History of the County of Lancaster* (W. Farrer & J. Brownbill eds., 1908), vol. 2, 114-131; grants of 1198-1205 and of 1201 “in proprios usus” are in *English Episcopal Acta*, III (C.R. Cheney - E. John eds., 1986), No. 430 and No. 446 (1201) respectively; see also the 1233 grant of a church by the bishop of Chichester to Arundel priory “in proprios usos”: Id., XXII (P.M. Hoskins ed., 2001), No. 54. Maitland and other writers have traced “ad opus” to a much earlier period; see S. Herman, “Utilitas Ecclesiae”: The Canonical Conception of the Trust” (1996) 70 *Tulane L.R.* 2239.

(232) See the charter of “Concordia” of 1279 in *The Cartulary of Blyth Priory* (T.T. Timson ed., 1973), No. 406.

(233) (c 1394) *Select cases* (fn. 11 above), No. 73.

(234) *Anon* (1406) Bellewe 99: “que tous les profits en le mesne temps serra gard al oeps lenfants”.

(235) *Anon* (1490), in *A Series of Precedents and Proceedings in Criminal Causes* (1847), 1973: “coram Magistro Doctore Jan, commissario comparuit Johannes Gunton, civis et dier London, et tactis per eum sacrosanctis Dei Evangelii ad ea corporaliter iuravit de fideliter satisfaciendo et solvendo Johanni Bellawe et Ricardo Milard, ad usum Elizabethhe Medigo, cum qua commisit adulterium et eandem imprignavit, et in recompensacionem ejusdem dilicti, solveret iiii l., forma sequente ...”.

(236) See *Inglefield case* (1593) 1 Anderson 294: “touts les Juges agree que le use de Lease poit estre”; *Anon* (1604) Cary 25; *Massenburgh v Ash* (1684) 1 Vern. 234.

(237) (1462) Y.B. Pasc. 2 Edw 4 pl. 6; *Norton v Colyngborne* (c. 1474), *Select cases before the King’s Council* (I.S. Leadam - J.F. Baldwin eds., 1918, SS 35), 115: “an obligacion” given by the plaintiff to the defendant “of grete truste he hadde”.



employed for the soul of the donor after his death(238) or to pay the debts of the party who had appointed the fiduciary(239) or for other specific purposes(240), and generally to chattels, where “la propertie est change maintenant pur ceo que le limitation del use change la propertie”(241), have been treated as appendants to the basic theory. Recent scholarship has somewhat given their due to fiduciary arrangements not relating to land(242) but a single theory encompassing all areas, if one is needed, has failed to appear.

Arrangements concerning chattels bring forward very clearly the fifth strand, the “contractual” one, that concerns land as well, with active duties imposed on fiduciaries.(243) The frequent occurrence of the word “entente” in the earliest cases referred to intentions and agreements that the parties meant to be binding. Examples of promises made by fiduciaries and of common understandings abound.(244)

Of a different nature are those arrangements that are made to the use of the entrusting party (“a son oeps”), of which there are many, as when the feoffees were bound to convey the land to the person to whom the feoffor would sell it.(245)

And then there is the sixth strand, among the oldest and most persisting, “to parfourme my wille”,(246) that could find no support in any indigenous legal notion.

Some of the strands or sub-strands thus sounded in property (the feoffments to uses proper), while others sounded in contract or in a no-man’s land (the “affiance” or “confidence”). Neither of these approaches could be fruitful: the former could go no farther than to protect conditional uses(247) and certainly it was no answer to say that uses were “things collateral annexed to the person touching the land”(248) or that they were “annexed in privity to the estate of the land”(249); the latter could not overcome the requirement of consideration and of privity.(250)

While the *ius commune* sentence “custos and minister” had juxtaposed the profiles of property and obligation, the developing English law of trusts realized that a bolder and more-encompassing approach was required, that would unify those two profiles: coming from afar, confidence provided the answer. But, then, did confidence really come from afar?

Until the first quarter of the 16th century ecclesiastical courts were the current venue in matters relating to *fidei laesio* in England(251) and would apply canon law, in those times inextricably linked with

the *ius commune*. *Confidentia* entailed promises and understandings, a common “entente” between the parties, hence a contractual strand that the doctrines of the time, in the Continent as in England, could not fit within any “contractual” theory. Bartolus’ “confidit de fide haeredis”(252) referred to a *fides* given and relied upon, whose *laesio* entailed canonical sanctions and, in the Continent, legal sanctions as well.

#### Note:

(238) (1468) Trin. 8 Edw 4 pl. 12; it followed that the creditors of the deceased donor were not entitled to an account; see also (1450) *Re Bragge* in A.D. Hargreaves, “Equity and the Latin side of Chancery” (1951) 68 L.Q.R. 481 at 495.

(239) The earliest occurrence of this is in 1350: Examination of Gilbert Blount, *Select Cases*, fn. 237 above, 33-34.

Cary 25 relates a case of 1604, where the purpose of the feoffment was to pay the debts of the feoffor; in 1 Anderson 293 the purpose was to guarantee the delivery of a golden ring. See J. Biancalana, “Medieval Uses”, in *Itinera fiduciae*, fn. 82 above, 111.

(240) See the two petitions in Kiralfy, fn. 31 above, 267-268.

(241) *Anon.*, Richard Pollard, *Notebook*, in Reports (fn. 76 above) 270: “Mez auterment est lou jeo baile certen bienz a un auter home al use dun auter, quar en ceo case la propertie est change maintenant pur ceo que le limitation del use change la propertie”.

(242) R. Cross, “The Statute of Uses and the Trust of Freeholds” (1966) 82 LQR 215; R.H. Helmholz “Trusts in the English Ecclesiastical Courts 1300-1640”, in *Itinera fiduciae*, fn. 82 above, 160-162; J. Biancalana, “Thirteenth-Century Custodia” (2001) 22 Journal of Legal History 14; Jones, fn. 82 above, 179. Already W. Maitland, “The Origin of Uses” (1894) 8 Harvard L. R. 127, thereafter in *The Collected Papers of Frederick William Maitland* (1911), II, 403, had called attention to trusts not relating to land.

(243) See above, II.2.

(244) In addition to the references in fn. 148-151, 232-241 above, see the *Megod's case*, Jones, fn. 82 above, 191 and Biancalana, fn. 204 above, 150 (a tripartite indenture of 1434).

(245) See, for instance, (1454) Y.B. Trin. 37 Hen 6 pl. 23.

(246) Examined by S.W. DeVine “Ecclesiastical Antecedents to Secular Jurisdiction Over the Feoffment to the Uses to be Declared in Testamentary Instructions” (1986) 30 Am. J. Leg. Hist. 297.

(247) Barton, fn. 124 above, 566-569.

(248) *Dalamere v Barnard* (1567) 1 Plowd. 346 at 352.

(249) E. Coke, *The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke* (S. Sheppard ed., 2003), II, 736.

(250) See A.W.B. Simpson, “The equitable doctrine of consideration and the law of uses” (1965) 16 Univ. of Toronto LJ 1; V.V. Palmer, *The paths to privity* (1992); N.G. Jones, “Uses, Trusts and A Path to Privity” [1997] Cambridge L. J. 175.

(251) R.H. Helmholz, “Assumpsit and *fidei laesio*” (1975) 91 L.Q.R. 406.

(252) See fn. 100 above.

English ecclesiastical lawyers were well at ease with *ius commune* literature.(253) Academic research is still wanting in this area and contemporary documentation is far from being satisfactory,(254) but there are enough data to detect a constant flow of literature from the Continent to England, manuscript first and then printed books, to institutions, such as college(255) and later university(256) libraries, and to private lawyers.(257) It included not only the basic Roman sources and their Glosses but *commentaria, consilia*, treatises, law reports from the Rota as well as from Spain and France, even local statutes.

When petitions relating to trusts and confidences reached the Chancellor the matter was no longer a *res integra*. (258) Therefore, it is not surprising that a bold declaration of the legal effects of the promises made by fiduciaries should be expressed in 1468 by Chancellor Stillington, bishop of Bath and Wells and a *doctor legum*, in a case that concerned a promise made *per fidem*, the wording of ecclesiastical cases.(259) While the defendant sought to have the case dismissed, alleging that it should be heard by an ecclesiastical court, the Chancellor held that it could proceed in Chancery and, by way of example, referred to trusts and uttered that famous expression “Deus est procurator futurorum”.(260) We are sixteen years after Fortescue’s judgment;(261) at that time ecclesiastical courts regularly heard cases of *fidei laesio* and applied canon and civil law. Stillington linked trusts with promises made *per fidem*; he was trying to bring into Chancery those cases that he used to hear in his own ecclesiastical court. The legal theory in a court of conscience was bound to be the same as in an ecclesiastical court;(262) Stillington says so: the common basis of the two jurisdictions is the “enfriendre del faith”, where “enfriendre” is the English word for the Latin “laesio”; so that “enfriendre del faith” is the canonical “fidei laesio”. When Fortescue had said: “nous sumus a arguer la consciency et nemy la ley”(263) he had been making the same point: we shall take over the body of rules that have until now been applied in the ecclesiastical courts; that meant the *ius commune*.

The strength of “confidence” as a legal concept was made exceedingly clear in a well-known case relating to third party purchasers, when one of the pleaders addressed Chancellor Morton, another *doctor legum*(264), with these words: “in all the cases (put) by my lord Morton LC, they are mixed with

confidence, and because there is no remedy by the common law, yet on the confidence that the parties put in the others to have the things according to the covenant between them ...”.(265) That was the issue: “confidence” was a legal concept to which legal rules were attached; they would and did make certain English developments impossible and require others to take place. For instance, Serjeant Littleton said in 1462 that feoffees could keep the land if the party to whom they were to make estate would or could not accept it;(266) that was no longer good law once confidence, that entailed the lack of *commodum* by the fiduciary, took over.(267) The same applies to the initial English position according to which the

**Note:**

(253) R.H. Helmholz, *The Oxford History of the Laws of England*, I (2004), 187-200.

(254) T. James, *Ecloga Oxonio-Cantabrigiensis* (1600); H.O. Coke, *Catalogus codicum MSS qui in collegiis aulisque oxoniensibus hodie adservantur* (1852); *Oxford College Libraries in 1556* (1956); N.R. Ker, *Fragments of Medieval Manuscripts Used as Pastedowns in Oxford Bindings* (1954); A. Wijffels, *Late Sixteenth-Century Lists of Law Books at Merton College* (1992); N.R. Ker, *Records of All Souls College Library 1437-1600* (1971); E.S. Leedham-Green, *Books in Cambridge Inventories* (1986).

(255) P. Morgan, *Oxford Libraries Outside the Bodleian* (2nd. ed. 1980); N.R. Ker, “Oxford College Libraries in the Sixteenth Century”, (1959) 6 *Bodleian Library Records* 459; E. Craster, *The History of All Souls College Library* (1971); J. Buxton - P. Williams eds., *New College, Oxford* (1979).

(256) See *The first printed Catalogue of the Bodleian Library 1605* (1986).

(257) R.J. Fehrenbach - E.S. Leedham-Green, *Private Libraries in Renaissance England* (1992-2004: 6 voll.); Leedham-Green, fn. 254 above.

(258) See the reference to “confidentia” in the case before the diocesan court at Rochester, fn. 32 above.

(259) Many references to this effect are in Helmholz, fn. 251 above.

(260) (1468) Y.B. Pasch. 8 Edw 4 pl. 11; “futurorum” should be “fatuum” according to some.

(261) See fn. 122 above.

(262) See, in general terms, A.W.B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*, 1975, 400-402: “It is hardly conceivable, if the identity and careers of fifteenth- and early-sixteenth-century chancellors are borne in mind, that as judges in conscience they could avoid deriving ideas from the canon and civil law.”

(263) See fn. 130 above.

(264) DCL. He had been educated at Balliol College, Oxford; he was appointed Master of the Rolls in 1472, then Chancellor in 1487.

(265) (1492) Y.B. Pasc. 7 Hen 7 pl. 2. Modern rendering by Seipp.

(266) (1462) Y.B. Pasch. 2 Edw 4 pl. 6. It was a very well argued case, Choke J. changed his mind twice.

(267) See above, II.1.

feoffor could not enforce a use against the heirs of the feoffees.(268)

Francis Bacon styled himself “a professor of the common law”(269) but would give the civil law its due.(270) He took stock of whither judicial precedents were leading and blended obligation and property(271): “Fides est obligatio conscientiae unius ad intentionem alterius”(272) and went on: “It is a shorter speech to say, that usus est dominium fiduciarium. Use is an ownership in trust.(273) This was approved by Lord Nottingham, who spoke of “jus fiduciarium”;(274) Sir Robert Chambers quoted Bacon’s sentence in his Oxford lectures and went on with his translation of “dominium fiduciarium”: “fiduciary property”.(275)

That was the achievement of the English, who gave it substance, lest it remained a purely conceptual exercise, by their unique vision of a Court of Conscience within the body politic.

## 2. The civil law

Behind or beneath all this was the civil law. In their famous *Supplicacion* of 1547 to Edward VI the common lawyers lamented that the decrees issued by the Court of Chancery were “moste grounded upon the Lawe Civile” and that the judges there, “being Civilians and nat learned in the Comen Lawes”, would decide “according either to the saide Lawe Civile or to their owne conscience”.(276)

But then, as a judge was later to admit sadly in the King’s Bench: “touts pais sont govern per le civil ley”.(277)

English lawyers had always known that well. The Lancastrian monarchy employed *doctores legum* in key positions and the Tudors staffed the Chancery with civilian masters;(278) their list is impressive and shows a total civilian dominance,(279) the relevance of which was reinforced by the fact that several Chancellors were University graduates in canon or civil law or both.

The King’s courts and the ecclesiastical courts had found easily mutually convenient arrangements as to their respective jurisdictional spheres.(280) Attempts were made to evolve rules, especially concerning adwowsions, that would conform to Canon as well as to English law, a *jus mixtum* that the King’s judges knew could not come into being without the co-operation of those learned in Canon law.(281) In spite of the many statements of principle to the con-

trary,(282) it was clear that the civil law was no

### Note:

(268) See fn. 123- 126 above and accompanying text.

(269) D.R. Coquillette, *The Civilian Writers of Doctors’ Commons* (1988), 123 fn. 147, 259 fn. 553.

(270) In his *Maxims of the law* he writes: “I have not affected to disguise into other words than the civilians use, to the end they might seem invented by me”: *Works*, fn. 59 above, VII, 321.

(271) Francis Bacon had joined Trinity College when he was twelve; it was then admitted to Gray’s Inn and studied in Paris and Poitiers. He was given credit for his studies “partim in transmarinis regionibus” (see generally D.R. Coquillette, *Francis Bacon*, 1992). His mentor had been Sir Julius Caesar, the son of an Italian immigrant, who, after an M.A. at Oxford (Magdalen College) obtained a doctorate in Paris in 1581 and went on to be a Master in Chancery, a Judge in Admiralty, Master of Requests, Chancellor of the Exchequer and Master of the Rolls (1614): see L. M. Hill, *The Ancient State Authority, and Proceedings of the Court of Requests by Sir Julius Caesar* (1975), Introduction.

(272) Francis Bacon gave credit to Azo for this definition.

(273) Bacon, fn. 59 above, 401.

(274) Fn. 1 above, 239.

(275) R. Chambers, *A Course of Lectures on the English Law* (T. M. Curley ed., 1986), II, 245. Chambers had the Vinerian Chair in 1766 immediately after Blackstone. He then went to India, where he later became Chief Justice: T. M. Curley, *Sir Robert Chambers: Law, Literature, and Empire in the Age of Johnson* (1998).

(276) *Acts of the Privy Council of England*, n. s., II (J. R. Dasent ed., 1890, Kraus reprint, 1974), 48-50. On this period see M. Blatcher, *The Court of King’s Bench 1450 - 1550. A Study in Self-help* (1978).

(277) *Tucker v Capps and Jones* (1625) 2 Rolle 497.

(278) N. Pronay, “The Chancellor, the Chancery, and the Council at the End of the Fifteenth Century”, in *British Government and Administration. Studies presented to S.B.L. Chrimes* (H. Hearder - H.R. Lyon eds., 1974), 87; J. Woolfson, *Padua and the Tudors. English Students in Italy, 1485-1603* (1998), 58-59; see also W.J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery* (1967); M.L. Cioni, *Women and law in Elizabethan England with particular reference to the Court of Chancery* (1985); M. Beilby, “The Profits of Expertise: The Rise of the Civil Lawyers and Chancery Equity”, in *Prof- it, Piety and Profession in Later Medieval England* (M. Hicks ed., 1990), 72 at 83 (cited by Seipp, fn. 285 below, fn. 145).

(279) E. Heward, *Masters in Ordinary* (1990), 79-81 provides a detailed list.

(280) R.H. Helmholz, “Conflicts Between Religious and Secular Law: Common Themes in the English Experience, 1250-1640” (1990) 12 *Cardozo L. R.* 707; C. Donahue, Jr., “Roman Canon Law in the Medieval English Church” (1973-74) *Mich. L. R.* 647, at 660-664.

(281) (1456) Y.B. Pasc. 34 Hen 6 pl. 9, per Aysshon J.: “Chescun advowson & Patronage sont depende parenter les deux Leis; cestassavoir la Ley del’Eglise, & nostre ley; Issint le vray determination de tiel advowson est ‘per Jus mixtum’; le droit de tiel advowson covient estre determine per ambeux Leis: purquoy covient a nous d’aver le conusance auxibien del’un Ley come del’auter Ley, devant nous donons ascun Jugement, mes ‘non-obstant’purquoy ne sumus verament appris de lour Ley, devant que nous avons enquis de eux que sont appris & graduats de mesme la Ley”.

(282) See J. Getzler, “Patterns of Fusion”, in P. Birks (ed.), *The Classification of Obligations* (1997), 157; Jones, fn. 278 above, 491-493. Modern scholarship tends to do away with the cliché of perennial aversion and strife.

enemy of the common law; that had been so even in those periods that are commonly thought to be devoid of any civil law learning, as for instance in the reign of Richard II, when civilians were called in both at the Merciless Parliament(283) and following the king's capture by the future king Henry IV in 1399.(284)

In the 15th and 16th centuries common lawyers not only showed respect to the civil lawyers (and viceversa) but would quite frequently cooperate with them, going so far as to call civilians into their courts and to seek their advice in less formal surroundings; common lawyers would regularly defer to civilians when civilian rules were to be applied,(285) just as civilian Chancellors would seek guidance from common law judges in common law matters.(286) In 1594 messengers were sent to Italian and German universities, researching "les mieux opinions de les civilians et canonistes de cel matter"(287) and opinions by continental doctors and law faculties were accepted in Admiralty(288). Cary reports that he argued a case in 1601 together with two doctors on the meaning of the maxim "fraus non est fallere fallentem".(289) Shortly afterward the Attorney General referred to the common law and the civil law as "brethren".(290)

Little wonder that this was so, since most of the Englishmen's lives – birth, marriage, probate, defamation, adultery and incest, tithes, succession to personal property, legitimacy, maritime matters, breach of faith, contracts made abroad, military matters – was governed by or also by the civil law *via* the ecclesiastical courts or the court of Admiralty or the Court of the Constable and Marshall and since all the new jurisdictions –Star Chamber, Court of Requests, Court of Augmentation, Court of Wards and Liveries, Council of the North, Council of the Marshes(291), not to mention the University jurisdictions and the Equity side of the Exchequer, where common lawyers had no difficulty in applying romano-canonical rules of procedure and evidence(292)– followed civil law procedure if not substantive civil law itself (and then, at times somewhat anglicised). In most of those courts common lawyers would mix with civilians just as doctors of civil law were at times admitted to the Inns of Court.(293)

The Renaissance, that is, when the Chancellor took the relay from ecclesiastical courts in matters of confidence, lowered any fences that had previously

been raised(294); "leur ley", never truly a sign of aloofness,(295) came to share that feeling of commonality that had emerged in philosophy and litera-

Note:

(283) The Merciless Parliament (February 1388) decided on charges of treason under the rules of law of the Parliament itself, seen as a court of law, and civil lawyers were there together with common lawyers: "A quel temps les Justices, & Sergentz, & autres Sages du Ley de Roialme, & auxint les Sages de la Ley Civill, feurent chargez de par le Roi nostre dit Seigneur de doner loial conseil as Seigneurs du Parlement de duement proceder en la cause de l'Appell sus dit" and they agreed that the appeal by the accused "ne feust pas fait ne afferme solonc l'ordre que l'une Ley ou l'autre requiert", so that both the common and the civil law were called into play: *Rotuli Parliamentorum et Petitiones et Placita in Parlamento tempore Richardi R. II*, 22-244. See S. B. Chrimes, "Richard II's Questions to the Judges, 1387" (1956) 72 L.Q.R. 365.

(284) A commission of doctors and bishops was convened: C. Donahue, Jr., "Ius Commune", *Canon Law, and Common Law* (1991-92) 66 Tul. L. R. 1745, at 1760-1762.

(285) D.J. Seipp, "The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600" (1993) 13 Oxford Journ. Leg. St. 388 at 406-412. See also the quotation in fn. 281 above.

(286) See (1495) Y.B. Pasch. 10 Hen 7 pl. 13.

(287) *Lady Katherine Grey's case* (1564), Reports from the Notebook of Sir James Dyer (J.H. Baker ed., 1994, SS 109), case 140.

(288) A. Wijffels, "Sir Julius Caesar and the Merchants of Venice", in *Festschrift für Bernhard Diestelkamp* (F. Battenberg - F. Ranieri eds., 1994), 195 refers to an opinion delivered by M.A. Peregrinus; A. Wijffels, "Ius gentium in the practice of the court of Admiralty around 1600", in D. Ibbetson - A. Lewis (eds.), *The Roman Law Tradition* (1994), 119 at 124 fn. 12.

(289) *Woodford v Multon* (1601) Cary 12.

(290) Levack, fn. 293 above, 136-151; the quotation in the text is at 146, from Sir Henry Hobart, Attorney General, speaking in 1610.

(291) Two doctors presided over the Council of the North and Council of the Marshes, respectively Tunstall (doctorate at Padua) and Roland Lee.

(292) W.H. Bryson, *The Equity Side of the Exchequer* (1975); see also H. Horwitz, "Chancery's 'Younger Sister': The Court of Exchequer and Its Equity Jurisdiction 1649-1841" (1999) 72 Historical Research 160.

(293) B.P. Levack, *The Civil Lawyers in England 1603-1641. A Political Study* (1973), 122-129; Heward, fn. 279 above, lists several such occurrences.

(294) See F.W. Maitland, "The English Law and the Renaissance" (1901), in *Historical Essays* (1957), 135; W.S. Holdsworth, "The Reception of Roman Law in the Sixteenth Century" (1911) 27 L. Q. R. 387; J.H. Baker, "English Law and the Renaissance" [1985] C.L.J. 46; R.H. Helmholz, "Continental law and common law: historical strangers or companions?" [1990] Duke L. J. 1207, par. II; P. Vinogradoff, fn. 28 above.

(295) See (1409) Y.B. Mich. 11 Hen 4 pl. 30: after apprentice Rolf spoke of Canon law as "lour ley", Tyrwhit, judge of the King's Bench, retorted: "Vous ne dire pas ley; nostre ley; mes per ley de Saint Esglise"; and see the letter by William Paston to a lawyer in Rome, retained by him, where "in your lawe" clearly is only a descriptive term (*Paston letters and papers of the fifteenth century*, 1971, I, 3).

ture. That feeling of commonalty made it easier to appropriate solutions from “leur ley” with a view to improving the common law. In order to do so, one did not have to be a doctor of civil law, just an ordinary plain-reasoning common lawyer in keeping with his age,(296) who, coming into contact with a particular segment of the civil law, would find a solution appealing to him and apt to satisfy the current needs of society. Such occasions were not wanting.

It was that feeling of commonalty, as a consequence of which boundaries became blurred, that allowed Serjeant Vavisor to state that a wife’s apparel “est appelle en nostre ley paraphernalia”(297) or Fortescue to blend Roman and canon law rules(298) or Serjeant Keble to describe a known civilian rule as originating “in conscience”(299) or Bracton to come back as an authoritative source.(300) Latin sentences taken from civil law sources were now labeled as such; for instance, “in le Civil Ley est dit, Communis error facit ius”(301) and theories that clearly belonged to Canon or civil law were adopted without any difficulty, such as the distinction between *malum in se* and *malum prohibitum*(302) or the maxim “iudex secundum alligata et probata non secundum conscientiam iudicat”(303) or the prevailing civilian theory on impossible conditions.(304)

There has been much debate on a wrong issue since Maitland expressed his view on a possible take-over by the civil law in the 16th century and other writers similarly for the reign of James I. That could not have been, for no civil law system ever existed in Europe after the demise of the Western Roman empire. There was a civil law *method*, actually there were more than one, and a civilian *attitude* to the solution of legal issues; and there were civilian *principles* and *rules*, some of which appealed to common lawyers, as had(305) and will for centuries.(306) It was no longer Roman law, even less Imperial law.(307) It was a unique blend of canon law, often *de facto* adapted to local customs(308) or simply updated for lack of ancient sources(309), revised Roman law doctrines, brought to the knowledge of the legal community through the practice of the canon law, the rulings of the highest continental courts, the opinions by doctors: in short, the *ius commune*. Much of this shared only the faintest background with Roman law and such was the case of *confidentia*.

This article has attempted to show an identity of principles and rules between the *ius commune* on “confidentia” and the early English law of trusts and confidences. While one may be unable to detect the channels along which continental learning flowed into English legal practice(310), I would submit that it did.

---

**Note:**

(296) See D. Ibbetson, “Common Lawyers And The Law Before the Civil War” (1988) 8 Oxford Journal Legal Studies 142.

(297) (1478) Mich. 18 Edw 4 pl. 4.

(298) See fn. 130 above and accompanying text.

(299) (1492) Y.B. Pasch. 7 Hen 7 pl. 2 (fol. 11).

(300) D.E.C. Yale, “Of No Mean Authority’: Some Later Uses of Bracton”, in *On the Laws and Customs of England. Essays in Honour of Samuel E. Thorne* (M. S. Arnold, T. A. Green, S. A. Scully, S. D. White eds., 1981), 383; D. Ibbetson – A. Lewis, “The Roman Law Tradition”, in D. Ibbetson – A. Lewis (eds.), *The Roman Law Tradition* (1994), 1 at 9-10. For an additional occurrence see *Re Lady E. S.* (c. 1530/35), Yelverton, *Notebook*, in Reports fn. 76 above, 292.

(301) (1535) Y.B. Pasch. 27 Hen 8 pl. 22 (fol. 10).

(302) *Note*, John Cargyll, Jr., *Reports*, in Reports, fn. 76 above, 385.

(303) Macnair, fn. 1 above, 672-677.

(304) (1462) Y.B. Pasch. 2 Edw 4 pl. 6 per Choke J. (foll. 2-3).

(305) See S. Worby, “Kinship, the canon law and the common law in thirteenth century England (2006) 80 Historical Review 443; R. Helmholz, *The ius commune in England* (2001).

(306) For specific instances see J.H. Baker “Counsellors and Barristers” [1969] C.L.J. 205 on the Roman theory on the *honorarium* of legal counsellors, adopted in England and explained by Serjeant John Davis in 1615 “almost in the words of the Digest”; D. Ibbetson, “How the Romans Did For Us: Ancient Roots of the Tort of Negligence” (2003) 26 Univ. N. S. W. L. J. 475.

(307) Cf. W. Senior, “England and the mediaeval empire” (1924) 40 L.Q.R. 483.

(308) See C. Donahue, “Roman Canon Law in the Medieval English Church” (1974) 72 Mich. L. Rev. 647.

(309) See R.H. Helmholz, “The Roman Law of Guardianship in England, 1300-1600” (1978) 52 Tulane L. Rev. 223.

(310) Cf. D. Ibbetson, *Common law and “ius commune”* (2001), 19-20.

# Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) - II parte

di Angelo Di Sapio

I trust interni auto-destinati possono costituire una misura di protezione, in sé efficace e adeguata, delle persone prive in tutto o in parte di autonomia: una misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali. Un recente decreto offre interessanti spunti di approfondimento dell'argomento. L'Autore, nello scandagliare la previsione della sorveglianza e dell'intervento del giudice italiano, toglie il velo dal dogma della tipicità dei provvedimenti di c.d. volontaria giurisdizione. E, nelle conclusioni, apre una finestra sui trust gratuiti: accanto ai trust *donandi* o *solvendi causa* c'è spazio per i trust a causa familiare.

## ■ La sorveglianza e la possibilità d'intervento del G. T.

Il G. T., come accennato, mantiene la sorveglianza e la possibilità di intervento, nel caso sia necessario. In particolare, il G. T., salva la competenza di altri uffici giudiziari, può: 1) impartire direttive di massima o specifiche al trustee, che il trustee attua senza indugio; 2) disporre che il trustee modifichi o sopprima alcuna disposizione dell'atto istitutivo del trust o lo integri; 3) revocare il trustee e nominare altro trustee, nominare trustee aggiuntivi, stabilire la durata nell'ufficio; 4) revocare il guardiano e nominare altro guardiano, nominare guardiani aggiuntivi, determinarne le funzioni, stabilire la durata nell'ufficio; 5) modificare la legge regolatrice del trust (art. 8 dell'atto istitutivo del trust).

L'atto istitutivo ci dice inoltre che il trustee non può, senza avere ottenuto il consenso del guardiano: 1) alienare o acquistare beni immobili né attribuire diritti reali o costituire garanzie reali su di essi; 2) locare beni immobili o consentirne comunque il godimento a soggetti diversi dal beneficiario. Qualora il trustee agisca in violazione di queste limitazioni, il beneficiario e il guardiano hanno diritto di agire nei suoi confronti (art. 13 dell'atto istitutivo del trust).

Insomma: l'atto istitutivo di trust in esame, da un lato, prevede che il G. T. mantiene la sorveglianza e la possibilità di intervento, nel caso sia necessario. D'altro lato, non prevede che il trustee, nell'esercizio dei poteri gestionali di (lo dico semplificando) straordinaria amministrazione, debba ottenere preventivamente l'autorizzazione del G. T.: qui scatta invece la necessità del consenso del guardiano.

Scandagliamo queste regole negoziali. Vengono in questione (i) il tema della sorveglianza e della possibilità di intervento del giudice italiano, nel caso sia necessario e (ii) il tema della necessità delle autorizzazioni giudiziali per gli atti di straordinaria amministrazione del trustee. Sono temi in buona misura simmetrici.

## ■ (Segue). La necessità delle autorizzazioni giudiziali per gli atti di straordinaria amministrazione del trustee

Cominciamo con la necessità delle autorizzazioni giudiziali per gli atti di straordinaria amministrazione del trustee. Ci si domanda se, in tutti i casi in cui beneficiario sia un minore d'età o una persona priva in tutto o in parte di autonomia, il trustee debba ottenere le autorizzazioni giudiziali di cui agli artt. 320, 374, 375, 394, 411, 424 cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

La questione assume naturalmente maggior peso nel caso in cui trustee sia il rappresentante legale, l'amministratore di sostegno o il curatore assistente della persona beneficiaria dei redditi minore d'età o priva di autonomia.

Il tema è aperto. Proviamo a impostarlo senza salti logici. I passaggi sono due.

Primo passaggio. La Convenzione de L'Aja ci dice che la legge scelta dal disponente (o la legge con

Angelo Di Sapio - Notaio in Saluzzo

Lo scritto è dedicato a Giacomo Norberto Contessa, in ricordo.

La prima parte del saggio è pubblicata in questa Rivista, 2009, 364.

la quale il trust ha più stretti legami, qualora non sia stata scelta alcuna legge) regola l'amministrazione del trust e, in particolare, i poteri del trustee di amministrare o disporre dei beni del trust e di darli in garanzia: art. 8, paragrafo 2, lett. d), della Convenzione.

Si potrebbe proporre una lettura in chiaro di questo tenore: se la legge scelta dal disponente regola anche l'amministrazione del trust e se essa non prevede alcuna autorizzazione, non è necessario alcun vaglio del giudice italiano<sup>(36)</sup>. Nella nostra ipotesi la legge scelta dal disponente è la legge di Jersey. La Trust Jersey Law non impone autorizzazioni giudiziali di sorta a carico del trustee. Ergo: il trustee non dovrà munirsi delle autorizzazioni giudiziali di cui agli artt. 320, 374, 375, 394, 411, 424 cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

Le cose sembrerebbero semplici. Il sillogismo ha una sua tenuta. Ma il discorso, nell'ipotesi di trust interno, è più articolato.

E siamo così al secondo passaggio. L'art. 8, paragrafo 2, lett. d), cit. è solo una tessera del nostro mosaico. Passiamo questa disposizione al setaccio della "clausola di salvaguardia" posta dall'art. 15, paragrafo 1, lett. a). Ai sensi di quest'ultimo articolo, la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione di volontà, in particolare, tra l'altro, appunto, in materia di protezione di minori e incapaci<sup>(37)</sup>.

Le opinioni affacciate sono essenzialmente tre.

Il primo indirizzo si esprime nel senso che la gestione del trustee dovrebbe conformarsi al regime autorizzatorio<sup>(38)</sup>.

#### Note:

(36) A proposito dell'*avant project* della Convenzione de L'Aja, v. L. P. Comoglio, Il caso di «trustee» straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari: un dubbio ricorrente di giurisdizione volontaria internazionale, nota a Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, Riv. not., 1985, 243, a p. 252, nota 39.

La vicenda di Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, ripubblicato in questa Rivista, 2003, 93, è molto interessante. Ed è opportuno soffermarci sin d'ora. Una volta per tutte. Occorre evitare equivoci. Il diritto è già pieno a sufficienza di casi in cui si formano principi attraverso formulazioni progressivamente generalizzanti delle massime giurisprudenziali. Massime... massimizzate. Mettiamo allora subito in evidenza un dato: il decreto dei giudici casalesi vale come precedente solo a proposito di trust non interni. Si trattava, infatti, di un *trust for sale* testamentario regolato dalla legge inglese: il disponente era un cittadino inglese, residente in Australia; il trustee era una persona diversa dai familiari dei beneficiari; i beneficiari erano dei minori d'età di cittadinanza straniera; tra i beni in trust c'era un immobile sito in Italia. Dovendosi vendere que-

sto immobile, l'*executor trustee* domandò al giudice italiano l'autorizzazione ex artt. 703, IV comma, cod. civ. (in ordine al quale, v. anche *infra*, nota 46, ma l'argomento non fu sviluppato in quel procedimento) e 747 cod. proc. civ.

Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, si è dichiarato incompetente adducendo che, allorché venga dal testatore nominato un *executor trustee*, il giudice italiano non è competente a emettere provvedimenti di autorizzazione a vendere, essendo divenuto proprietario dei beni lo stesso trustee (sui presupposti teorici da cui muovono i Giudici casalesi, cfr., senz'altro, M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 4], p. 1 s.).

La decisione è condivisa nelle conclusioni, ma non nella motivazione, sia da L. P. Comoglio, Il caso di «trustee» straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari [*supra*, in questa nota], a p. 244 s., sia da G. Cassoni, Il «trust» anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento, nota a Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, Giur. it., 1986, I, 753, a p. 758 s. Quest'ultimo a., pur scrivendo anteriormente alla Convenzione de L'Aja e alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (chiaro: era il 1986, basta leggere la data), snoda così il proprio ragionamento: siamo in tema di azioni; la materia rientra nel dominio del diritto processuale e, come tale, è disciplinata dalla *lex fori*. Sennonché l'azione è disciplinata dalla *lex fori* nelle sue condizioni, purché tali condizioni dipendano dal diritto processuale. Esistono, infatti, condizioni dell'azione che sono determinate dalla legge sostanziale, con la conseguenza che la loro disciplina può essere desunta da ordinamenti stranieri: ed è, appunto, il caso della legittimazione ad agire dell'*executor trustee* in ordine alla vendita di un immobile sito in Italia, poiché è la legge sostanziale che informa circa la pertinenza dei diritti soggettivi, cioè l'identità della persona dell'atto con la persona favorita dalla legge e della persona del convenuto con la persona obbligata. Conclusione: poiché nessuna norma inglese prevede l'autorizzazione giudiziale, il giudice italiano è, sotto questo profilo, incompetente.

Il ragionamento di Cassoni è lineare. La capacità d'agire (lo dico con le parole della riforma:) delle persone fisiche, oggi come ieri, è regolata dalla loro legge nazionale (artt. 23, I comma, legge 31 maggio 1995, n. 218 e 17, I comma, disp. att. cod. civ.). Epperò, come vedremo subito nel testo, il nostro tema non è questo. Il nostro tema è un altro: se sia necessaria l'autorizzazione giudiziale nel caso di trust interni i cui beneficiari sono minori d'età o persone prive di autonomia (ovviamente:) cittadini italiani. Che non è lo stesso. Il riferimento al diritto internazionale privato non è più calzante.

(37) L'elencazione delle materie di cui all'art. 15 citato non è tassativa (conf., per tutti, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 4], p. 540 e M. B. Deli, Commento all'art. 15, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli (curr.), Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Nuove leggi civ., 1993, 1286, a p. 1287, ove ampi riferimenti). È certamente compresa l'amministrazione di sostegno indipendentemente dalla *querelle se* con essa sia stata introdotta una ulteriore forma d'incapacità.

Siamo invece fuori dall'ambito di applicazione dell'art. 18 della Convenzione: le disposizioni richiamate non rientrano tra quelle manifestamente incompatibili con l'ordine pubblico: cfr., per tutti, S. Bartoli, Trust con beneficiari incapaci [*supra*, nota 4], a p. 561 (muovendo dalla considerazione che l'articolo ultimo citato si riferisca all'ordine pubblico interno, ma cfr., su questo specifico punto, P. Amenta, Trust a protezione del disabile [*supra*, nota 4], a p. 618).

(38) V. Salvatore, Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato, Padova, 1996, p. 102 s.; A. Thiene, La convenzione dell'Aja relativa alla legge applicabile ai trusts e al loro riconoscimento: effetti nell'ordinamento italiano, *Studium iuris*, 1998, 1408, a p. 1411; F. Viglione, Vincoli di destinazione nell'interesse familiare [*supra*, nota 4], p. 106 s., nota 116 (ma cfr., *ivi*, p. 105, nota 112). Nel senso che il trust non può derogare a quanto stabilito dal codice civile italiano in tema di minori e incapaci e che, nel caso in cui trustee sia uno dei genitori, potrebbe essere richiesta la necessità di subordinare all'autorizzazione del giudice tutelare o del tribunale il compimento di alcuni atti inerenti al trust che rientrassero nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione, v. già P. Piccoli, Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'o-

(segue)

Il secondo indirizzo propone un temperamento: la regola legale sarebbe sempre quella per cui la gestione del trustee dovrebbe conformarsi al regime autorizzatorio, ma l'autonomia privata potrebbe derogarvi. Conclusione: non vi sarebbe necessità di autorizzazione giudiziale nel caso in cui l'atto istitutivo contenga (all'origine o, perché no?, a seguito di una successiva modificazione) una clausola negoziale in tal senso(39).

Queste proposte interpretative non risultano persuasive. A seguito della destinazione dei beni in trust, il disponente, lo sappiamo, diventa "beneficiario del reddito"(40) e non è più proprietario dei beni. Ora, se la salvaguardia della posizione giuridica soggettiva del beneficiario in ordine ai redditi fosse necessariamente filtrata attraverso il controllo giudiziale sulla gestione dei beni si avrebbe, mi pare, una eccedenza del mezzo rispetto al fine, con conseguente possibile alterazione dell'equilibrio di pesi e contrappesi del trust di protezione. Dal canto suo, la clausola negoziale di esclusione delle autorizzazioni giudiziali mi sembra che inverta i termini della questione rimettendo la necessità del controllo del giudice a una scelta dei privati(41).

Il terzo indirizzo è nel senso che l'attività di gestione del trustee non è vincolata al regime autorizzatorio giudiziale. Questa è la regola legale senza necessità, pertanto, di alcuna clausola di deroga alle autorizzazioni giudiziali(42).

Quest'ultima opzione interpretativa si lascia pre-

#### Note:

(continua nota 38)

peratività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja, Riv. not., 1995, 37, a p. 46 (che ha così anticipato un orientamento di giurisprudenza su cui ci intratteremo *infra*, nota 68).

In giurisprudenza, Trib. Perugia, G. T., 26 giugno 2001, in questa Rivista, 2002, 52, relativamente all'alienazione da parte del trustee di un pacchetto azionario facente parte del *trust fund* destinato a beneficio (anche) di una minore d'età, ha autorizzato il trustee al disinvestimento e alla riscossione delle somme (il trustee aveva precedentemente ottenuto il consenso del guardian che era rappresentante legale della minore).

(39) Il temperamento segnalato tende, dichiaratamente, a evitare un'applicazione troppo severa delle disposizioni in tema di protezione dei minori d'età e delle persone prive di autonomia: il potere di gestione normalmente riconosciuto al trustee nell'ambito dei sistemi di *common law* sarebbe altrimenti ridotto in misura consistente.

Per questa soluzione M. B. Deli, Commento all'art. 15 *supra*, nota 37], a pp. 1289 e 1290, distinguendo, però, a seconda che trustee siano o meno i genitori dei beneficiari minorenni: nel primo caso, e solo in questo caso, in presenza della clausola *de qua*, non sarebbe richiesta alcuna autorizzazione giudiziale. Nello stesso senso, senza distinzioni, A. Venchiaruti, La protezione dei soggetti deboli *supra*, nota 4], a p. 50 s., ma cfr. Id., Amministrazione di sostegno e trust *supra*, nota 2], a p. 1214 s., ove mi

pare di poter cogliere una correzione di rotta nella direzione della tesi più liberale di cui ci occuperemo subito di seguito nel testo.

Nel senso della necessità di una clausola di esonero da autorizzazione v. pure, con argomentazioni tra loro differenti (e a tratti opposte), da un lato, S. Bartoli, Trust con beneficiari incapaci *supra*, nota 4], a p. 562 s., segnatamente a p. 563, testo e nota 25, e a p. 566, nota 38, modificando, mi sembra, l'opinione precedentemente affacciata in Id., Il Trust *supra*, nota 4], p. 482 e p. 640 e, d'altro lato, E. Calò, Dal *probate* al *family trust*. Riflessi ed ipotesi applicative in diritto italiano, Milano, 1995, p. 95 s. Si esprime, invece, in termini di opportunità della clausola D. Muritano, Trust e soggetti deboli *supra*, nota 4], a p. 8. Ma v. pure S. Bartoli - D. Muritano, Note sul trust interno *supra*, nota 4], a p. 48, testo e nota 28.

Tratta della tematica dal lato operativo, B. Franceschini, Ruolo e responsabilità del notaio in M. Monegat - G. Lepore - I. Valas (curr.), Trust, I, Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone, Torino, 2007, 95, a p. 112 s. Questa a. si orienta su una soluzione casistica: il notaio dovrà tener conto delle risultanze dell'atto istitutivo, valutando non solo le eventuali clausole che esonerino il trustee dall'ottenere l'autorizzazione del giudice, ma anche la posizione beneficiaria e i diritti e le aspettative che ne conseguono.

(40) Precisazioni su questa formula linguistica, qui utilizzata convenzionalmente, in M. Lupoi, di cui, da ultimo, L'atto istitutivo di trust *supra*, nota 4], p. 68 s.

(41) La necessità di una clausola di esclusione delle autorizzazioni giudiziali non mi pare abbia riferimento sicuro neppure nell'art. 15, paragrafo 2, della Convenzione de L'Aja, ai sensi del quale, qualora le disposizioni di cui al paragrafo 1 siano d'ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici. Infatti, il regime autorizzatorio (che, *in thesi*, sarebbe il regime legale) può essere inteso come ostacolo al riconoscimento del trust solo fino a un certo punto e, comunque, solo *latu sensu*. Non è tutto: la realizzazione degli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici (ammesso che l'introduzione di una clausola negoziale dia vita davvero a un altro mezzo giuridico), a ben guardare, dipenderebbe, primariamente, non da un provvedimento del giudice (come ci dice l'art. 15, paragrafo 2, citato), ma dall'esercizio del potere di autonomia dei privati.

(42) Soluzione originariamente proposta da M. Lupoi, Trusts *supra*, nota 4], p. 645, a proposito dei rapporti tra trust e sostituzione fedecommissaria. Analogamente F. Pene Vidari, Trust e divieto dei patti successivi *supra*, nota 4], a p. 864; P. Manes, Applicazione dei trust nel diritto della famiglia e delle persone, in Aa. Vv., Trust: corso base, s.d. e. l., materiali del Corso organizzato dalla Scuola di Formazione Ipsosa in collaborazione con l'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Milano il 27-28 marzo 2009, 43, a p. 61; F. Mazza Galanti, Trust con disponente minorenni *supra*, nota 2], a p. 205 s.; G. F. Condò, La figura del trustee, in questa Rivista, 2007, 233; G. La Torre, Trust in favore di disabili *supra*, nota 4]; G. Magri, Il trust a favore di disabile *supra*, nota 4], § 3; L. F. Risso - D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse *supra*, nota 2], § 5; M. F. Christillin, I trusts nel diritto delle persone e della famiglia *supra*, nota 4]; M. C. Di Profio, Trust e tutela dei soggetti deboli *supra*, nota 2], a p. 3268 s.; F. Rota - G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia *supra*, nota 2], p. 129; v. pure P. Martinelli, Limiti della protezione dei soggetti deboli *supra*, nota 8], a p. 160; M. R. Spallarossa, Trust e soggetti deboli *supra*, nota 4], a p. 150-151 (e anche, con minor sfumatura, a p. 149); G. Petrelli, Formulario notarile commentato, vol. III, tomo I, Milano, 2003, p. 1062; e, pur in termini prevalentemente interlocutori e con riferimento a taluni determinati beni, A. C. Di Landro, Trusts per disabili *supra*, nota 4], a p. 159 s. (v. pure, con maggior nettezza, a p. 156, nota 59) ed Ead., Ipotesi applicative e istituti alternativi nel nuovo sistema di protezione dei disabili *supra*, nota 4], a p. 348 s.

In questa direzione sembrano muoversi, Trib. Parma, [s.d., ma] 2008, FederNotizie, 2008, 189 (consultabile anche sul sito Internet di "FederNotizie" all'indirizzo <http://www.federnotizie.org/settembre08.htm>) e il recentissimo decreto del Trib. Rimini, 21 aprile 2009 *supra*, nota 2] (non è però noto se i relativi atti istitutivi prevedessero una clausola specifica).



ferire. Occorre tuttavia intendersi sull'architettura argomentativa: essa è sorretta da una decisiva argomentazione funzionale che trova conferma in una stringente argomentazione sistematica.

Cominciamo con l'argomentazione funzionale.

Guardiamo alle ragioni per cui il nostro ordinamento, ricorrendone i presupposti oggettivi, richiede il controllo giudiziario. L'ultima *ratio* è quella di proteggere la persona da una non oculata gestione dei propri beni da parte di chi ha il potere e il dovere di amministrarli<sup>(43)</sup>. Ora, nel nostro caso, il controllo del Giudice è stato già espletato: il Giudice ha già verificato che il trasferimento in funzione segregativa della proprietà a favore del trustee è ispirato a una efficace e adeguata amministrazione dei beni (del minore d'età o) della persona priva di autonomia anche in assenza di futuri controlli sulla loro gestione<sup>(44)</sup>. Una ulteriore verifica giudiziale sugli atti di straordinaria amministrazione del trustee sarebbe dunque superflua, e ciò a maggior ragione nel caso, che era quello di specie, in cui per questi atti è necessario il consenso del guardiano<sup>(45)</sup>.

In questo senso e con le precisazioni di cui sopra, si può dire che l'attività di gestione del trustee è estranea al regime autorizzatorio giudiziale non perché quei beni sono di proprietà del trustee (quantunque si tratti di proprietà equitativa), ma perché quei beni non sono (più) di proprietà del (disponente) beneficiario. (E non è un chiasmo).

Un'importante conferma che l'attività di gestione del trustee è estranea al regime autorizzatorio giudiziale può trarsi da una lettura sistematica degli artt. 320, 374, 375, 394, 411, 424 cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

Per ordine. Gli artt. 320, 374, 375, 394, 411, 424 cod. civ. ci parlano di beni del minore d'età e della persona soggetta ad amministrazione di sostegno, tutela o curatela, mentre i beni di cui ci occupiamo, l'abbiamo già visto, non sono più di loro proprietà. L'art. 747 cod. proc. civ. ci parla di beni ereditari: ma questi beni sono stati già trasferiti al trustee, il quale, come terzo acquirente, non è più sottoposto ad alcun controllo del giudice delle successioni: il tribunale ha già valutato la rispondenza dell'atto di trasferimento al trustee all'interesse del minore d'età e della persona priva di autonomia e all'interesse dei creditori. Ecco. Le disposizioni in esame ci confermano che nessuna autorizzazione giudiziale è necessaria relativamente agli atti di gestione di quei beni di cui il mi-

nore e la persona priva di autonomia non sono più proprietari.

In definitiva: la regola legale è che l'attività di gestione del trustee deve sì perseguire l'interesse del beneficiario, ma non è vincolata al regime autorizzatorio giudiziale: manca l'ultima *ratio* della necessità del controllo giudiziario e questa conclusione risulta confermata da una lettura sistematica del diagramma positivo codicistico<sup>(46)</sup>. Dunque, non è necessario

#### Note:

(43) Sulle finalità delle amministrazioni legali, in una chiave di lettura tradizionale, F. Corsi, Il concetto di amministrazione nel diritto privato, Milano, 1974, *passim*, in particolare p. 151 s.; V. Lojacono, voce "Amministrazione (atti di)", Enc. dir., II, Milano, s. d., ma 1958, 152, a p. 166; A. Trabucchi, voce "Amministrazione (atti di)", Noviss. Dig. It., II, Torino, s. d., ma 1957, 544, a p. 547; A. Jannuzzi - P. Lorefice, Manuale della volontaria giurisdizione [*supra*, nota 1], p. 315 s.; ma, s. v., cfr., in una chiave di lettura più moderna, A. Di Sapia, in A. Di Sapia - A. Gianola, Di una "donazione" del tutore dell'interdetto, nota a Trib. Caltagirone, 10 luglio 2008, in corso di pubblicazione su Dir. fam. pers., 2/2009, § 3.2.

(44) Il ragionamento è intuito da S. Bartoli - D. Muritano, Note sul trust interno [*supra*, nota 4], a p. 48, nota 28.

(45) Rimangono naturalmente ferme le generali regole legali di condotta del trustee in termini di rendiconto, lealtà e imparzialità. La loro violazione, in taluni casi, oltrepassa infatti il piano obbligatorio e può condurre all'annullamento o alla dichiarazione d'inefficacia dell'atto di disposizione compiuto dal trustee: per un quadro di sintesi della questione M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 4], p. 146 s.

(46) È per questo motivo che non mi sembra decisivo, ma solo *ad adiuvandum*, il riferimento all'art. 169 cod. civ., nell'interpretazione prevalentemente condivisa che consente la previsione di una clausola in forza della quale i coniugi, in presenza di figli minori, possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare i beni "del" fondo patrimoniale senza necessità dell'autorizzazione del tribunale. Per la validità di questa clausola, T. Auletta, Il fondo patrimoniale, in Aa. Vv., Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da G. Bonilini, II, Il regime patrimoniale della famiglia, seconda edizione, Torino, 2007, 387, a p. 440 s., segnatamente a p. 442; C. M. Bianca, La famiglia - Le successioni, Diritto civile, II, La famiglia - Le successioni, quarta edizione, Milano, 2005, p. 150; G. Gabrielli, voce Patrimonio familiare e fondo patrimoniale, Enc. dir., vol. XXXII, Milano, s. d., ma 1982, 298, a p. 303; A. Galasso, Del regime patrimoniale della famiglia, I, in Commentario del codice civile Scialoja - Branca, a cura di F. Galgano, Artt. 159-230, Bologna - Roma, 2003, p. 165 s.; A. Finocchiaro - M. Finocchiaro, Diritto di famiglia, Commento sistematico della legge 19 maggio 1975, n. 151, volume primo, Artt. 1 - 89, Milano, 1984, p. 831; F. Santosuoso, Beni ed attività economica della famiglia, Giur. sist. dir. civ. comm. fondata da W. Bigiavi, II edizione, Torino, 2002, p. 341; A. Jannuzzi - P. Lorefice, Manuale della volontaria giurisdizione [*supra*, nota 1], p. 421; G. Oberto, Contratto e famiglia, nel Trattato del contratto diretto da V. Roppo, Interferenze, VI, Milano, 2006, 107, a p. 217 s.; P. G. Demarchi, Fondo patrimoniale, nel Trattato del contratto diretto da V. Roppo, Interferenze, VI, Milano, 2006, 107, p. 242 s.; S. Bartoli, del quale, tra i lavori più recenti, La "conversione" del fondo patrimoniale in trust in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia [*supra*, nota 2], 206; e, s. v., A. Di Sapia, Fondo patrimoniale: l'alienazione dell'unico bene costituito, l'estinzione per esaurimento, lo scioglimento (volontario), il Lar familiaris ed il mito di Calipso, Dir. pers. fam., 1999,

(segue)

che l'atto istitutivo preveda alcuna clausola di deroga(47).

In questa prospettiva, l'art. 15, paragrafo 1, lett. a), della Convenzione de L'Aja, assume ben altra curvatura. L'abbiamo visto, la Convenzione non è d'ostacolo all'applicazione delle disposizioni inderogabili di legge previste in materia di protezione di minori e incapaci dalle regole di conflitto del foro. Questo limite deve essere allora inteso come "limite esterno" e non come "limite interno". Il trust, in fase di gestione, presuppone il disattivarsi delle regole di protezione dei minori e degli incapaci.

È questione di perimetro. C'è spazio per distinguere. Un conto è il perimetro dell'amministrazione dei beni di proprietà (ancorché equitativa) del trustee, altro conto è il perimetro dell'amministrazione dei beni di proprietà del minore d'età e delle persone prive di autonomia. Ogni sfera giuridica segue le regole sue proprie, senza commistioni.

Conclusione: soggetti ad autorizzazione giudiziale sono (non gli atti di amministrazione del trustee, ma) solo gli atti del rappresentante legale e quelli dell'amministratore di sostegno (se in tal senso disponga il decreto di nomina). Insomma: (solo) gli atti di istituzione del trust e quelli d'ingresso dei beni in trust(48) e gli atti relativi ai beni usciti dal trust ed entrati nella sfera giuridica del minore, dell'incapace o della persona soggetta ad amministrazione di sostegno, sempre che, naturalmente, si tratti di atti di (lo sto dicendo sempre con una formula di sintesi) straordinaria amministrazione, e sempre che, nel caso di misura ex artt. 404 s. cod. civ., il decreto di nomina disponga in tal senso(49). Per que-

#### Note:

(continua nota 46)

385 e 831, a p. 422 s. e, *proxime*, Id., Patrimoni segregati ed evoluzione normativa [*supra*, nota 5], a p. 1321; in giurisprudenza, Trib. Roma, 17 giugno 1979, Riv. not., 1979, 952; Trib. Trapani, 26 maggio 1994, Vita not., 1994, 1559 (nota, favorevole, V. Buttitta); Trib. min., Roma, 9 giugno 1998, Riv. not., 1999, 166; Trib. Milano, 1° marzo 2000, n. 198/2000 r.g.v., consultabile sul sito Internet di "FederNotizie" all'indirizzo <http://www.federnotizie.org/2001/marzo/fondo.htm> (nota A. Testa); Trib. Verona, 30 maggio 2000, Dir. pers. fam., 2001, 594; Nuova giur. civ., 2001, I, 170 (nota, contraria, R. Quadri); Trib. Brindisi, 12 marzo 2001, Vita not., 2001, 1034; Trib. Torino, s.d., ma 2002, *ivi*, 2002, 1193 (con richiamo, nel medesimo senso, a Trib. Torino, 18 gennaio 1999, r.g.c. 6975/98); Trib. Pisa, 9 novembre 2005, Riv. not., 2007, 659; Trib. Milano, 17 gennaio 2006 e Trib. Brescia, 9 [recte: 13] giugno 2006, Riv. not., 2006, 1335; v. pure, *obiter*, Trib. min. dell'Umbria [-Puglia], 25 gennaio 2003, Dir. fam. pers., 2004, 126; Giur. it., 2003 (nota E. Giovanardi) e, indirettamente, Trib. Firenze, 23 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 406; *adde*, a oggi (per quanto mi risulti) inediti: App. Torino, 17 ottobre 2002, v.g. 267/02, n. 1919 (in riforma a Trib. Alba, 3 settembre 2002); Trib. Treviso, 11 aprile 2003, n. 219/03; Trib.

Brescia, 17 dicembre 2005, n. 3501/05; Trib. Bergamo, 19 maggio 2006; Trib. Cuneo, 17 agosto 2006, v.g. 741/06, cron. n. 21323/06; Trib. Milano, 26 maggio 2008, n. 4587/2008 r.g.; Trib. Alessandria, 5 novembre 2008, n. 1475/2008 (con richiamo nel relativo ricorso a Trib. Ravenna, 31 maggio 2001, anch'esso inedito); da ultimo, addirittura a proposito di una donazione, Trib. Treviso, 28 febbraio 2009, v.g. 227 e, con provvedimento interlocutorio, Trib. Milano, 22 aprile 2009, proc. n. 2174/2009 v.g. L'orientamento contrario non è però più isolato: G. Cian - G. Casarotto, voce "Fondo patrimoniale della famiglia", Noviss. Dig. It., Appendice, III, Torino, s. d., ma 1982, 832, a pp. 834-835; E. Moscati, voce "Alienazione (divieto di)", Enc. giur., I, Roma, s. d., ma 1988, a p. 6; E. Russo, Le convenzioni matrimoniali, in Aa. Vv., Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Artt. 159-166bis, Milano, 2004, p. 547 s., segnatamente p. 551; A. Zaccaria, Lo scioglimento del fondo patrimoniale per contrario consenso, *Studium iuris*, 1999, 763, a p. 765; R. Quadri, Alienazione di beni costituiti in fondo patrimoniale e autorizzazione giudiziale, nota a Trib. Verona, 30 maggio 2000, Nuova giur. civ., 2001, I, 170, a pp. 173-174 e, con profondità d'indagine ancora maggiore, Id., La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata, Napoli, 2004, p. 227 s. (segnatamente, pp. 231 s. e 235 s.) e p. 257; F. Viglione, Vincoli di destinazione nell'interesse familiare [*supra*, nota 4], p. 39 s.; in giurisprudenza, Trib. Terni, 12 [recte: 13] aprile 2005, Riv. not., 2006, 1334 e, ma *obiter*, Trib. Savona, 24 aprile 2003, Fam. dir., 2004, 67 (nota, favorevole, M. Capeccchi); *adde*, a oggi (per quanto mi risulti) inedito: Trib. Saluzzo, 26 gennaio 2006, n. 559/06, cron. n. 198.

Sempre solo *ad adiuvandum*, potrebbe essere ricordata l'ipotesi della non necessità che l'esecutore testamentario sia autorizzato ex artt. 703, IV comma, cod. civ. e 747 cod. proc. civ. per gli atti di alienazione previsti dal testatore, atti che si pongono in esecuzione della volontà testamentaria, su cui, per un lucido e aggiornato quadro d'insieme, G. Bonilini, Degli esecutori testamentari, in Aa. Vv., Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Artt. 700-712, Milano, 2005, p. 357 s.

Non puntuale mi sembra invece, a questi fini, il riferimento all'art. 356 cod. civ., disposizione, peraltro, neppure richiamata dall'art. 411 cod. civ. e che, comunque, non consente di disattivare i meccanismi di verifica ex artt. 371, I comma, n. 3) e II comma cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

(47) Altro discorso è se l'atto istitutivo possa, invece, prevedere una regola diversa, reintroducendo, negoziabilmente, la necessità delle autorizzazioni giudiziali. Su questo punto torneremo nella sede opportuna (*infra*, nota 68): esso coinvolge anche altri temi.

(48) Mi riferisco all'atto istitutivo del trust auto-destinato e all'atto di trasferimento al trustee in funzione segregativa.

Nel caso di istituzione del trust da parte di terzi con beneficiario un minore d'età o una persona priva di autonomia, nessuna autorizzazione sarà necessaria per l'atto istitutivo, di cui il beneficiario non è parte. L'autorizzazione andrà invece richiesta per il conseguimento del vantaggio patrimoniale; cfr., però, F. Pene Vidari, Trust e divieto dei patti successori [*supra*, nota 4], a p. 864, secondo cui l'autorizzazione sarebbe necessaria solo in occasione della riscossione di tutto o di parte del *trust fund*.

(49) In questa direzione anche A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli, a p. 48 e 51; S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 4], p. 640 s. e, più recentemente, Id., Trust con beneficiari incapaci [*supra*, nota 4], a p. 564 s.; D. Muritano, Trust e soggetti deboli [*supra*, nota 4], a p. 10 s.

Un tema a parte è quello relativo della riscossione e dell'impiego dei redditi conseguiti attraverso il trust. Qui si tocca con mano uno degli aspetti più significativi del trust in esame (come, d'altronde, di tutti i trust di protezione che si muovono su questa lunghezza d'onda): che il trustee, senza ricorrere all'autorizzazione del G. T., può provvedere, nell'interesse del beneficiario, a erogare somme di denaro direttamente a terzi (ad esempio, per spese mediche-chirurgiche, infermieristiche e/o di assistenza domiciliare). L'atto istitutivo del trust autorizzato parla chiaro: il trustee, udito il parere del guardiano, può corrispondere al benefi-

(segue)

sti atti il rappresentante legale e l'amministratore di sostegno dovranno munirsi delle autorizzazioni giudiziali: siamo fuori dal perimetro del trust: siamo davanti a ciò che, prima, ho indicato come "limite esterno".

### ■ (Segue). La sorveglianza e la possibilità di intervento del giudice italiano, nel caso sia necessario

Rimane da verificare, a questo punto, la tutela del beneficiario a conseguire i redditi. L'atto di trust in esame propone un interessante punto d'equilibrio.

La regola legale per cui l'attività di gestione del trustee non è vincolata al regime autorizzatorio giudiziale ex artt. 320, 374, 375, 394, 411, 424 cod. civ. e 747 cod. proc. civ. è qui saggiamente temperata da un'altra regola. L'abbiamo visto: il G. T. può impartire direttive al trustee, può disporre che il trustee modifichi o sopprima alcune disposizioni dell'atto istitutivo del trust o lo integri, può revocare il trustee e il guardiano e nominarne altri e può modificare la legge regolatrice del trust.

Siamo all'altro tema sopra accennato: la sorveglianza e la possibilità d'intervento del giudice italiano, nel caso sia necessario<sup>(50)</sup>.

Si tratta di uno dei temi più delicati in materia di trust interni di protezione. I trust interni, volenti o nolenti, sono un banco di prova (di talune) delle nostre concettuologie tradizionali<sup>(51)</sup>.

Viene sul tappeto un'idea radicata nel tempo, quella per cui il principio di tipicità governa i

#### Note:

(continua nota 49)

ciario, o impiegare per questi, le somme che gli appariranno opportune per soddisfare le sue esigenze di cura e di mantenimento o per adempire obbligazioni da questi contratte o su di esso gravanti in forza di legge o di provvedimento giudiziario (art. 16.A. dell'atto istitutivo del trust); il guardiano può imporre al trustee di corrispondere ulteriori somme al beneficiario solo se: 1) vi siano liquidità disponibili del fondo in trust detratti tutti i costi del trust comprensivi della somma mensile cui il beneficiario ha diritto; 2) non siano in programma spese straordinarie; 3) l'amministratore di sostegno concorda con la richiesta del guardiano; 4) in ogni caso le somme corrisposte di anno in anno non superino dell'80% il reddito annuale del trust, relativo all'anno precedente, che residua detratti tutti i costi del trust (art. 16.B. dell'atto istitutivo del trust). È questa, proprio questa, una delle grandi potenzialità del trust! La dottrina più accorta se n'è avveduta da tempo: per tutti, M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [supra, nota 4], p. 307 s. e P. Martinelli, Limiti della protezione dei soggetti deboli [supra, nota 8], a p. 157 s. Così anche il G. T. (presso il Tribunale) di Bologna, che, con il decreto in com-

mento, anche sotto questo profilo, perimetra, ai sensi dell'art. 405 cod. civ., la misura di sostegno.

Rimane in piedi la questione generale.

Ad avviso di alcuni interpreti la riscossione dei redditi conseguiti attraverso il trust necessiterebbe una specifica autorizzazione: in tal senso militerebbero gli artt. 320, IV comma, 374, n. 2) e 424, I comma, cod. civ.: S. Bartoli, Il Trust [supra, nota 4], p. 641 e, più recentemente, Id., Trust con beneficiari incapaci [supra, nota 4], a p. 564 e D. Muritano, Trust e soggetti deboli [supra, nota 4], a p. 10.

Evitiamo malintesi. Le disposizioni richiamate (al pari degli artt. 372 e 394, II comma, cod. civ.) ci parlano, in realtà, di riscossione di capitali. I capitali, per quanto se ne voglia accogliere una nozione allargata, devono essere comunque distinti dai frutti civili, per i quali è esclusa ogni necessità del controllo giudiziale (arg. ex art. 374, n. 5), cod. civ.). Il beneficiario (minore d'età o privo di autonomia) del reddito del trust consegue non un capitale, ma, appunto, e con buona pace per Jacques II de Chabannes de La Palice, un reddito: il che, pur con una larga approssimazione, può essere assimilato proprio alla riscossione di frutti civili. L'autorizzazione giudiziale non è necessaria, dunque, per la riscossione, in sé, dei redditi del trust: la riscossione è atto neutro sia sotto il profilo giuridico sia sotto il profilo economico-finanziario. L'autorizzazione giudiziale è necessaria, invece, per l'impiego dei redditi del trust in spese diverse da quelle ordinarie di economia domestica, di mantenimento e istruzione e di (ordinaria) amministrazione del patrimonio (arg. ex artt. 371, n. 2) e 374, nn. 1 e 2), cod. civ.; ce lo conferma anche l'art. 30 del T. U. sul debito pubblico, D.P.R. 14 febbraio 1963, n. 1343). L'autorizzazione giudiziale è, pertanto, necessaria per gli atti che determinano una trasformazione dei redditi in capitale o che comunque rientrano in una delle ipotesi previste dagli artt. 320, 374, 394 e 411 cod. civ. Il trustee, quindi, è liberato anche se paga in assenza di una specifica autorizzazione alla riscossione di quei redditi da parte del giudice (al cui vaglio, peraltro, è già stato sottoposto, pur programmaticamente, il conseguimento del vantaggio patrimoniale e v. supra, nota 48). Sull'argomento in generale, A. Jannuzzi e P. Lorefice, Manuale della volontaria giurisdizione [supra, nota 1], p. 359 s.; F. Mazzacane, La giurisdizione volontaria nell'attività notarile [supra, nota 1], p. 166 s. e p. 171 s.; in più ampio ragguaglio, V. Lojacono, voce "Amministrazione (atti di)" [supra, nota 43], a p. 152 s.

(50) In ordine all'ipotesi (non interessata nel trust in esame) della competenza successiva del giudice italiano e del giudice dello Stato la cui legge regola il trust, nel caso in cui il primo declini di provvedere, per tutti, M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 4], p. 285, testo e nota 35 e Id., L'atto istitutivo di trust [supra, nota 4], pp. 234, 499, 519, 524, 541, 548, 561 e 599; ma cfr. S. Bartoli - D. Muritano, Le clausole utilizzate nei trust interni [supra, nota 4], pp. 77 e 156 s.

(51) Si colloca qui una delle ragioni di maggiore resistenza nei confronti dei trust interni: non sempre l'interprete e l'operatore sono disponibili a [ri]verificare le proprie metafore di base, qualsiasi sia, poi, l'esito. Molti dei discorsi sin oggi intessuti non avrebbero neppure ragione d'essere se i trust interni non tenessero in scacco (talune del) le nostre concettuologie tradizionali. Ma qualche finestra si sta aprendo anche nella civilistica italiana. È significativo che l'impatto del diritto comunitario e la sua opera disgregatrice delle concettuologie tradizionali è stato il filo conduttore dell'ultimo Convegno nazionale della SISDiC dal titolo "Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti" svoltosi a Capri il 16-19 aprile 2009 (gli interventi sono consultabili sul sito Internet di "SISDiC" all'indirizzo [http://www.convegnisidic.it/index.php?option=com\\_expose&Itemid=42](http://www.convegnisidic.it/index.php?option=com_expose&Itemid=42): tra essi mi piace segnalare, in particolare, quello di A. Gentili). E non si tratta affatto di una novità, neppure di metodo. Il lettore esperto mi scuserà per il ricordo un po' ritratto di R. Orestano, Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale, Jus, 1960, 149, a p. 196, ma "fissati i concetti in un dato modo" è "opera vana cercare di farvi rientrare a forza, dopo, ciò che noi medesimi abbiamo escluso da essi, prima, nel costruirli. Con un esempio un po' banale, ma evidente, potremmo dire che è come definire il «triangolo» e poi meravigliarsi che non comportando quattro angoli e quattro lati il suo concetto non sia idoneo a rappresentare anche le figure quadrate".

provvedimenti di c.d. volontaria giurisdizione(52).

Ora, se (muoviamo dal convincimento che) i provvedimenti di volontaria giurisdizione sono tipici, ogni discussione sul punto sarebbe bell'e che chiusa, come sostanzialmente si legge in un recente decreto a proposito della nomina giudiziale del guardiano(53). L'unico controllo ed intervento consentito al giudice sarebbe quello, ovviamente successivo, in sede contenziosa: un controllo che potrebbe avere a oggetto esclusivamente la tutela giurisdizionale di diritti. Punto.

Alcuni interpreti hanno dimostrato maggiore sensibilità. Propongono di differenziare il piano della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione dal piano della competenza del giudice italiano. La competenza del giudice italiano andrebbe riconosciuta, pur con significativi distinguo, nelle ipotesi in cui la legge (straniera) regolatrice del trust (interno) prevede l'intervento giudiziale. Si tratterebbe di provvedimenti *sì extra codices*, ma comunque introdotti nel nostro ordinamento con la ratifica della Convenzione de L'Aja(54). Il che consentirebbe ad alcune regole previste dal nostro atto istitutivo di trust di non naufragare: la Trust Jersey Law è una buona isola normativa (v., tra l'altro, gli artt. 13, 15, 33, 40, 43 e 47).

Andrebbe comunque escluso, in ogni caso, che, per quanto non previsto dalla legge (straniera) rego-

#### Note:

(52) Sulla tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione e del loro contenuto, V. Andrioli, Commento al codice di procedura civile, vol. IV, III edizione, Napoli, 1964, pp. 427 e 433; S. Satta, Commentario al codice di procedura civile, vol. IV, Procedimenti speciali, 2, Milano, 1959/1971, p. 24; E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica, Milano, 1971, p. 342 s.; E. Fazzalari, voce "Giurisdizione volontaria", Enc. Dir., vol. XIX, Milano, 1970, a pp. 342 e 345; A. Proto Pisani, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (Appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice), ora riprodotto come saggio introduttivo a M. G. Civinini, I procedimenti in camera di consiglio, I, in A. Proto Pisani (dir.), Giur. sist. dir. proc. civ., Torino, 1994, p. 31, testo e nota 54, e a p. 35; L. Montesano, Su di un provvedimento «innominato» di volontaria giurisdizione, Riv. dir. intern., 1954, 109; G. Arieta, I procedimenti in camera di consiglio, in L. Montesano e G. Arieta, Diritto processuale civile, vol. IV, I processi di rito speciale. I procedimenti in camera di consiglio. L'arbitrato, Torino, 2000, 189, a p. 216 s. e anche a p. 223 s.; F. Verde, La volontaria giurisdizione [supra, nota 33], pp. 212-213; F. De Stefano, Manuale di volontaria giurisdizione, Padova, 2002, p. 54, testo e nota 18; v. anche, pur nella diversità delle tematiche interessate, App. Bologna, sez. min. [?], 2 ottobre 2001, Notariato, 2002, 31 (nota A. Bulgarelli), Trib. Udine, 14 agosto 1998, Riv. not., 1999, 1299 e R. Rordorf, L'omologazione degli atti societari, in Aa. Vv., Le società di capitali, Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone, vol. XVIII, Torino, 1998, pp. 23 e 42 (dall'estratto); e ancora L. P. Comoglio, Procedimento omologatorio e sospensione atipica, nota a Trib. Roma, 12 luglio

1985, Riv. not., 1986, 1208 e Id., Il caso di «trustee» straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari [supra, nota 36], a p. 245.

(53) Alludo, ovviamente, a [Pres.] Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37; Riv. not., 2009, 481 (nota, solo parzialmente adesiva, S. Bartoli e D. Muritano): appartiene al sistema delle norme imperative e come tali inderogabili quella relativa alla titolarità dell'azione processuale e dei rimedi apprestati dal legislatore per la tutela dei diritti e, pertanto, mancando una fonte normativa interna che consenta al Presidente del Tribunale di nominare il guardiano, la relativa istanza deve essere dichiarata inammissibile, e ciò a maggior ragione nel caso in cui l'atto istitutivo di trust vincoli la libertà di scelta del giudice tra due nominativi scelti dal disponente. Sull'atto istitutivo di trust che ha dato vita a questa vicenda, e si tratta di un trust passato agli onori della cronaca come "il trust antimafia", v. M. Lupoi, Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti, in questa Rivista, 2009, 133. Per lo sviluppo della vicenda, M. Lupoi, Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario: variazioni, *infra*, 576; S. Bartoli - D. Muritano, Trust interno e rigetto della nomina da parte del giudice. Osservazioni conseguenti all'intervenuta modifica dell'atto istitutivo del trust, in corso di pubblicazione su Riv. not., 3/2009. *En passant*: la legge scelta dal disponente era la "legge del Regno Unito"; era previsto un compenso per il trustee di euro 120.000 annui (a fronte di una destinazione di partecipazioni societarie e, diciamo così, crediti per un valore complessivo dichiarato di oltre 5.000.000 di euro). Ora, se si dovesse interpretare il riferimento alla "legge del Regno Unito" come alla legge inglese, l'ipotesi presenterebbe una curiosa singolarità: in caso d'incapienza dei beni in trust, il trustee rischierebbe di rispondere con il proprio patrimonio personale delle passività conseguenti alla gestione. La legge inglese, a differenza, ad esempio, della legge di Jersey (una cui traduzione in lingua italiana è ora offerta da E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007, p. 277 s.), non prevede alcuna segregazione, ma "solo" una separazione unilaterale: opportuni ragguagli su questo profilo, spesso trascurato nella prassi operativa, in S. Bartoli - D. Muritano, Note sul trust interno [supra, nota 4], a p. 46 s., testo e nota 19.

(54) *In terminis* S. Bartoli - D. Muritano, Le clausole utilizzate nei trust interni [supra, nota 4], p. 75 ss., segnatamente pp. 76 e 77 s. (da cui le citazioni immediatamente seguenti; degli stessi Aa. v. ora anche Trust interno e nomina del guardiano da parte del giudice a [Pres.] Trib. Crotone, 29 settembre 2008 [supra, nota 53], Riv. not., 2009, 484, a p. 485 s. e, prossimamente, Trust interno e rigetto della nomina da parte del giudice [supra, nota 53], in particolare § 2 e, di D. Muritano, già, Strumenti alternativi per la trasmissione della ricchezza familiare, trust e ruolo del notaio [supra, nota 4], a p. 128). Questi Aa. fanno distinzione tra (i) le modificazioni del contenuto dell'atto istitutivo del trust fondate su un provvedimento del giudice, *in thesi* ammissibili, ma con dei limiti (a p. 67 s., in particolare a pp. 75 s.), (ii) la nomina e la revoca *ope iudicis* del trustee e del guardiano, *in thesi* non ammissibili (a p. 155 s.) e (iii) la (clausola che riconosce al trustee la) possibilità di ottenere dal giudice direttive in ordine a questioni che siano insorte nell'amministrazione del trust, *in thesi* non ammissibili (a p. 156 s.). In relazione alla prima ipotesi, questi Aa. portano l'esempio delle modifiche del contenuto dell'atto istitutivo di un trust a favore di incapaci o nascituri governate dal Variation of Trust Act del 1958 (art. 8, paragrafo 2, lett. h), della Convenzione de L'Aja e richiamano, per una specifica applicazione, Trib. Firenze, G. T., 7 luglio 2004 [supra, nota 2] (su cui cfr., con argomentazioni non convincenti nelle premesse, G. La Torre - A. Fusi, Applicazione della legge straniera [supra, nota 2], a p. 61). Leggendo il ricorso presentato (il decreto è, infatti, privo di motivazione e su questo aspetto, sempre più diffuso, s. v., A. Di Sapio, Lo scioglimento (volontario) del fondo patrimoniale in presenza di figli [supra, nota 46], a p. 1256 s.), scopriamo però che esso fa anche riferimento al combinato disposto degli artt. 424, I comma e 374, n. 3), cod. civ.: poiché, infatti, nel caso di specie il trust aveva natura di liberalità in favore dell'interdetta beneficiaria, la prestazione del consenso alla modifica delle clausole del trust equivale alla stipula, assieme agli altri beneficiari del trust, di un accordo modificativo del contenuto di detta liberalità, accordo che, appunto, deve essere autorizzato dal giudice (il ragionamento sul "negozio di secondo grado" è arguito, a condizione, però, che non lo si legni a un metodo per concetti).

latrice del trust (interno), sia possibile, su base convenzionale, attribuire al giudice poteri che non gli siano espressamente riconosciuti né dalla legge italiana, né dalla legge straniera scelta<sup>(55)</sup>.

C'è spazio per una lettura alternativa che può essere qui solo abbozzata.

Proviamo a pensare al tema della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione come una moneta. Ogni moneta, si sa, ha due facce.

La prima faccia è questa: la tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione garantisce che l'esercizio dell'autonomia dei privati non possa essere limitato oltre i casi considerati dalla legge: art. 14 preleggi. Il principio di tipicità, dunque, costituisce un baluardo del potere di autoregolamentazione dei privati: questo potere non può essere soggetto a restrizioni imposte dall'autorità giudiziaria, salvo che nelle ipotesi e nei modi previsti dalla legge.

In questa sede, però, il tema della tipicità non mi sembra che venga in questione sotto questo profilo. Qui non stiamo discutendo se il giudice, *ex auctoritate*, possa limitare l'esercizio del potere di autonomia dei privati. Qui stiamo discutendo se, nell'esercizio del proprio potere di autoregolamentazione, i privati possano, loro, prevedere l'intervento dell'autorità giudiziaria. Qui stiamo discutendo, ancora, se, nel caso (di minori d'età e) di persone prive di autonomia, il giudice, in funzione della verifica di adeguatezza ed efficienza del trust (e, dunque, non *ex auctoritate*) possa autorizzare questa misura negoziale di protezione a "condizionale" che siano mantenuti dei poteri di sorveglianza e intervento<sup>(56)</sup>.

Siamo così alla seconda faccia della nostra moneta: la tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione garantisce che l'esercizio della funzione giurisdizionale non possa dipendere da una volontà dei privati. Verrebbe incrinata l'autonomia e l'indipendenza del giudice (art. 101, II comma, cost.), con evidente esternalizzazione di costi a carico della collettività<sup>(57)</sup>.

È questo il profilo che qui interessa.

Nell'impianto del codice civile italiano il rapporto tra autonomia privata e autorizzazioni giudiziali è tracciato in negativo, non in positivo: il codice consente ai privati di disattivare il controllo giudiziale<sup>(58)</sup>; tace, invece, sull'ipotesi inversa, quella per cui i privati hanno facoltà, in un certo senso, di attivare un controllo preventivo del giudice non previsto espressamente dalla legge.

L'impianto del codice civile paga, notoriamente, dazio a una impostazione germogliata nel dopoguerra. Epperò, dal dopoguerra a oggi, lo scenario si è modificato. E il diritto, si sa, cambia senza interruzione<sup>(59)</sup>.

Adesso guardiamo ai dati, solo a questi.

Il diritto attuato, quello *in action*, conosce provvedimenti che potremmo intendere come provvedimenti sì "atipici", ma "nominati". *Law in the action vs law in books*, l'autorizzazione del tribunale alla risoluzione del fondo patrimoniale in caso di figli minori è paradigmatica<sup>(60)</sup>.

#### Note:

(55) Così L. F. Risso – D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse [*supra*, nota 2], § 5.

(56) L'ipotesi è solo parzialmente differente rispetto alla precedente. Prevalegono i punti di contatto. L'istituzione del trust è comunque da ricondurre alla volontà dei privati, alla volontà del rappresentante legale e dell'amministratore di sostegno (ma anche del terzo che voglia istituire un trust in favore di un minore d'età o di una persona priva di autonomia), i quali potranno sempre desistere. L'obiezione per cui, in tal caso, l'esercizio del potere di autoregolamentazione sarebbe comunque orientato dal giudice è facilmente confutabile: nel nostro ordinamento, infatti, il sistema legale di protezione dei minori d'età e delle persone prive di autonomia si svolge sotto il controllo del giudice (lo dico, ovviamente, senza alcuna venatura corporativistica: cfr. E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici [*supra*, nota 52], p. 342 s.). Non c'è nulla di arbitrario nel subordinare la verifica di adeguatezza ed efficienza del trust, quale misura negoziale di protezione, alla previsione della sorveglianza e della possibilità d'intervento del G. T.

(57) Volendo esaltare i profili amministrativi dell'attività di volontaria giurisdizione, ma si tratta di una impostazione superata da tempo, si potrebbe anche ricordare quanto disposto dall'art. 97, I e II comma, cost.

(58) Penso agli artt. 169 e 356 cod. civ. V. anche quanto esposto *supra*, nota 46, a proposito della incidenza della volontà testamentaria sulle autorizzazioni dell'esecutore testamentario ai sensi degli artt. 703, IV comma, cod. civ. e 747 cod. proc. civ.

(59) Parlo, ancora una volta, di diritto, non di legge e v. R. Sacco, voce "Circolazione e mutazione dei modelli giuridici", Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., II, Torino, s. d., ma 1988, 365, e Id., La diversità e l'uniformità nel diritto, in R. Sacco e A. Gambaro, Sistemi giuridici comparati, nel Trattato di diritto comparato diretto dallo stesso Sacco, II edizione, Torino, 2002, 25, segnatamente a p. 36 s.

(60) Infatti: per quanto gli interpreti si siano affaticati nel proporre soluzioni più accomodanti, l'autorizzazione del tribunale alla risoluzione del fondo patrimoniale in caso di figli minori non trova uguale, ma, a tutto concedere, solo una somiglianza rilevante in termini di *ratio legis* nell'autorizzazione ex art. 169 cod. civ. Il che, a rigore, ci porta fuori dai canoni dell'interpretazione estensiva (*amplius* N. Bobbio, Teoria dell'ordinamento giuridico, Torino, s.d., ma 1960, p. 171 s.). Nessuna somiglianza è, invece, neppure riscontrabile rispetto al provvedimento di cui all'art. 171, II comma, cod. civ. Sul tema in generale, s. v., anche per i necessari riferimenti di dottrina e giurisprudenza, A. Di Sapia, Fondo patrimoniale [*supra*, nota 46], *passim*, in particolare a p. 840 s., Id., Lo scioglimento (volontario) del fondo patrimoniale in presenza di figli minori [*supra*, nota 46], *passim* e, più recentemente, Id., Patrimoni segregati ed evoluzione normativa [*supra*, nota 5], a p. 1288 s. e a p. 1320 s.

Verifichiamo, ora, se ad analoga apertura possiamo pervenire in tema di trust.

Alcuni interpreti hanno già battuto il sentiero della validità della clausola di proroga della giurisdizione italiana contenuta nell'atto istitutivo di trust, in forza della quale il giudice italiano ha facoltà di impartire direttive al trustee con provvedimento emesso in camera di consiglio: essendo il trustee un ufficio, possono applicarsi estensivamente le norme sugli altri uffici di diritto privato(61).

Il ragionamento è interessante. Ed è pienamente convincente se si desiste dal fargli dire ciò che (il comparatista) non dice e dal fargli fare ciò che (il comparatista) non fa. Se, intendo, si desiste dall'utilizzare le categorie concettuali come strumento di soluzione delle tematiche giuridiche, sradicandole così dal piano ordinante(62).

Bastino due brevi considerazioni.

Primo. Possiamo certamente guardare al trustee come a un ufficio(63). Ma ciò non significa affatto definire una categoria concettuale (appunto, quella di "ufficio di diritto privato") e farvi rientrare o escludervi la nostra ipotesi. Ciò significa, invece, verificare se la *ratio* delle norme che presiedono gli uffici di diritto privato ricorre anche nella nostra ipotesi. E in senso positivo depongono solidi argomenti, anche sistematici, a cominciare dall'art. 2, paragrafo 2, lett. c), della Convenzione de L'Aja.

Secondo. Possiamo certamente dire che l'interpretazione estensiva permette di superare il tema della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione: solo l' analogia, infatti, incontra lo sbarramento dell'art. 14 preleggi. Ma, di là dai riscontri operativi e operazionali del distinguo tra analogia e interpretazione estensiva(64), viene da domandarsi se,

#### Note:

(61) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 4], p. 284 s. e, più in generale, p. 302 s. Nella medesima direzione, M. Dogliotti – F. Piccaluga, La modifica del trust [supra, nota 26], a p. 552 e, sia pure riconoscendo la possibile difficoltà di ricorrere al giudice italiano che potrebbe ritenersi incompetente, F. Steidl, La pubblicità della successione del trustee defunto [supra, nota 2], a p. 306; v. pure G. Petrelli, Formulario notarile commentato [supra, nota 32], p. 1002 e F. Rota – G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia [supra, nota 2], p. 148.

In quest'ordine d'idee si è espressa anche la giurisprudenza a proposito di alcune modificazioni dell'atto istitutivo del trust: come visto (supra, nota 54), Trib. Firenze, G. T., 7 luglio 2004 [supra, nota 2].

I dati giurisprudenziali non si esauriscono qui. Con sentenza, Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265 (nota M. Corabi, Un caso di revoca e sostituzione giudiziale del trustee, ivi, 2004, 31), confermata da App. Milano, 20 luglio 2004, ivi, 2005, 87 e da Cass., 13 luglio 2008, n. 16022, ivi, 2008, 522, ha revocato giudizialmente due trustee nominandone due nuovi in applicazione della Sect. 41 del Trust

Act del 1925 (il trust in questione, regolato dal diritto inglese, col quale aveva più stretti legami ex art. 7 della Convenzione de L'Aja, era stato istituito, nella più ampia cornice delle condizioni di divorzio tra due cittadini italiani residenti in Inghilterra pronunciato dalla Corte di Giustizia di Londra, al fine di amministrare un immobile sito a Londra nell'interesse delle due figlie minori nate dal matrimonio). Ho detto "con sentenza". Il dato non deve però essere sopravvalutato. Certo, il trust, come sappiamo, è un istituto peculiare creato dai tribunali dei paesi di *Common Law*. Certo, questi tribunali fanno applicazione dei principi di *Equity* (interessanti considerazioni su questo profilo in M. Dogliotti – F. Piccaluga, La modifica del trust [supra, nota 26], a p. 553 ss.). Certo, questi paesi non conoscono la distinzione tra procedimenti contenziosi e procedimenti in camera di consiglio (e su alcune delle questioni qui interessate: G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato, Milano, 2001, p. 274 s. e 321 s., ove anche un ampio e puntuale apparato bibliografico). Ma su un punto, almeno su un punto, sarebbe opportuno convergere: anche nel nostro ordinamento, specie dopo la modifica dell'art. 111 cost., il rispetto del principio del contraddittorio non è estraneo ai (o almeno: a tutti i) procedimenti in camera di consiglio (per un primo quadro d'insieme, A. Di Florio, Volontaria giurisdizione e rito camerale, Milano, 2004, p. 193 s., ove i necessari riferimenti). Non mi sembra d'altronde casuale che sia il progetto di legge n. 5494, d'iniziativa dell'On. Paissan (art. 2), sia il progetto di legge n. 2733, d'iniziativa dell'On. Cima e altri (art. 3) prevedevano la competenza del tribunale in camera di consiglio per la nomina e la revoca del trustee (sempre che ne ricorrano le condizioni previste dalla legge regolatrice del trust) e per impartire direttive al trustee nei casi nei quali la legge regolatrice del trust lo consenta (v. anche, con diversità, ma non in punto competenza del tribunale in camera di consiglio, art. 4 del progetto di legge n. 3972, d'iniziativa dell'On. Pepe e altri). Un (*si licet*: vero e proprio) procedimento contenzioso sarà, invece, sicuramente necessario nel caso in cui il trustee (da revocarsi o revocato giudizialmente) non sia cooperativo al trasferimento dei beni al nuovo trustee (per un approfondimento di quest'ultima ipotesi, F. Steidl, La pubblicità della successione del trustee defunto [supra, nota 2], a p. 306 e Id., Il trust: aspetti applicativi [supra, nota 2], a p. 207). *Ratione materiae*, v. pure Trib. Milano, 10 luglio 2007, in questa Rivista, 2007, 579, che ha emesso un provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. di sospensione degli effetti di un atto di revoca del guardiano.

Non si registrano, invece, precedenti giurisprudenziali in ordine alle direttive giudiziali sull'amministrazione dei beni in trust.

(62) Per la questione di metodo, v. ancora R. Sacco, La parte generale del diritto civile, I, Il fatto, l'atto, il negozio, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2005, *passim* e, pur nella sintesi ma con ugual incisività, Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo, Riv. dir. civ., 2005, I, 417.

(63) In ordine a questo inquadramento teorico della figura giuridica del trustee, per tutti, M. Lupoi, Trusts [supra, nota 4], p. 269 s. e Id., I trust nel diritto civile [supra, nota 4], p. 285 e p. 293 s. e S. Bartoli, Il Trust [supra, nota 4], p. 206 s., pp. 444 e 516, ove ulteriori riferimenti; ma cfr., senza argomentazione alcuna, A. C. Di Landro, Trusts per disabili [supra, nota 4], a p. 155, nota 59 ed Ead., Ipotesi applicative e istituti alternativi nel nuovo sistema di protezione dei disabili [supra, nota 4], a p. 348.

(64) Lo stesso distinguo tra analogia e interpretazione estensiva non va, infatti, sopravvalutato. Certamente valido in astratto, esso denota, in concreto, non poche trasversalità, da tempo messe in luce dagli studiosi più avvertiti: N. Bobbio, di cui, in particolare, voce "Analogia", ora riprodotto in Id., Contributi ad un dizionario giuridico, Torino, 1994, 1.

Le cose non mi pare cambino anche a tagliare con il coltello il distinguo tra analogia e interpretazione estensiva. Un po' di disincanto offre sempre ottimi servigi. Ammettiamolo pure: se ragioniamo in termini di somiglianza rilevante avuto riguardo alla *ratio legis*, siamo nell'area dell'analogia e non in quella dell'interpretazione analogica. Ma la franchezza non può essere *ex uno latere*. Già. Non fermiamoci alle *regole declaratorie*.

(segue)

così ragionando, non si avalli, in una certa misura, un procedimento argomentativo che tende a invertire la premessa con la conclusione. L'idea della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione deve infatti essere verificata con i dati a nostra disposizione. Il nostro a priori sono proprio questi dati. Non la tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione che potrebbe eventualmente essere il nostro a posteriori.

Andiamo all'osso del nostro tema. Senza remore. I dati a nostra disposizione mostrano che, sul piano operativo, i giudici sono chiamati, con sempre maggior frequenza, a ricucire vuoti normativi, così svolgendo una funzione di cerniera.

Non so fino a che punto può essere ritenuto ardito ipotizzare, per certi versi e pur con tutte le necessarie precisazioni che questa sede non consente neppure di sfiorare, una sorta di "privatizzazione dell'attività giurisdizionale"<sup>(65)</sup>. Certo è, comunque, che i possibili benefici di prevenzione giudiziale di una possibile lite sono sensibilmente inferiori ai costi<sup>(66)</sup>.

A darci una mano non ci sono solo dati operazionali. Ci sono anche alcuni significativi dati positivi che si muovono, appunto, su questa falsariga.

Sono registrabili almeno due solchi normativi nella direzione qui tratteggiata.

Il primo solco normativo è tracciato dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6.

Da un lato, gli artt. 405 e 427 cod. civ., come rinnovati, prevedono che il giudice modelli, caso per caso, la necessità dell'intervento giudiziale fissando gli atti che l'amministratore di sostegno deve compiere previa autorizzazione del G. T. e gli atti di ordinaria amministrazione che possono essere compiuti dall'interdetto senza l'intervento ovvero con l'assistenza del tutore e gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che possono essere compiuti dall'inabilitato senza l'assistenza del curatore, e quindi senza autorizzazione.

D'altro lato, l'art. 410 cod. civ., come rinnovato, ci dice che nello svolgimento dei suoi compiti, l'amministratore di sostegno deve tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario (I comma). Non basta. Ci dice anche che l'amministratore di sostegno deve tempestivamente informare il beneficiario circa gli atti da compiere nonché il G. T. in caso di dissenso con il beneficiario stesso e che, in caso di contrasto, di scelte o di atti dannosi ovvero di negligenza nel perseguire l'interesse o nel soddi-

sfare i bisogni o le richieste del beneficiario, questi, il pubblico ministero o gli altri soggetti di cui all'art. 406 cod. civ. possono ricorrere al G. T., che adotta con decreto motivato gli opportuni provvedimenti (II comma).

La legge 9 gennaio 2004, n. 6, piaccia o no, dà al giudice un telaio, ma lo lascia libero nella tramatura e anche, in una certa misura, nell'ordito<sup>(67)</sup>. Gli artt. 405, 427 e 410 cod. civ. possono dunque costituire un solido aggancio positivo per ribadire la validità della clausola del nostro atto istitutivo di protezione in forza della quale il giudice mantiene la sorveglianza della persona priva di autonomia e ha un potere d'intervento al fine di risolvere anticipatamente un contrasto (anche in tema di revoca del trustee e del guardiano e di nomina di un nuovo trustee o di un nuovo guardiano) o al fine di prevenire un atto dannoso.

Tale clausola delinea un adeguato ed efficiente assetto dello statuto oggettivo e soggettivo di gestione dei beni a tutela del beneficiario. La sua validità può

#### Note:

(continua nota 64)

Guardiamo le *regole operazionali*. Come accennato (*supra*, nota 60), con riguardo alla risoluzione del fondo patrimoniale in presenza di figli minori, lo scoglio della tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione è superato applicando l'art. 169 in forza, appunto, di una somiglianza rilevante in termini di *ratio legis*. E ciò dimostra, ancora una volta, che il distinguo tra analogia e interpretazione estensiva (con tutte le conseguenze che se ne vorrebbero trarre) non è sempre registrato dalla giurisprudenza nei termini in cui gradirebbe la dottrina: un attento e informato regesto in G. Alpa, Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza Esempi, tecniche, stili, ora riprodotto in Id., Trattato di diritto civile, I, Storia, fonti, interpretazione, Milano, 2000, 833.

Come volevasi dimostrare: anche [Pres.] Trib. Crotone, 29 settembre 2008 [*supra*, nota 53], fa riferimento all'analogia, pur escludendola: ma su quest'ultimo punto si può dissentire dal Giudice calabrese, così come sul preteso onere del ricorrente di indicare la disposizione in forza della quale il Presidente del Tribunale avrebbe dovuto nominare il guardiano (ovvio, *iura novit curia*: ma chi può escludere che non si stesse giocando una partita diversa? e possono essere anche qui utili le riflessioni, prive di ogni scelta per il candore, proposte da P. G. Monateri, «Correct our watches by public clocks»: l'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto, in J. Derrida – G. Vattimo (curr.), M. Bussani (coord.), Diritto, giustizia e interpretazione, Annuario Filosofico Europeo, Bari, 1998, 189, segnatamente p. 206).

(65) Per i presupposti di questo (abbozzo di) ragionamento, s.v., A. Di Sapio, La cura giuridica della disabilità [*supra*, nota 8], a p. 29 s.

(66) Il principio di economia processuale è anche questo. Alla prevenzione delle liti mirava anche, in qualche misura, il procedimento di omologazione degli atti delle società di capitali e cooperative: conf., per tutti, R. Rordorf, intervento alla tavola rotonda sul II procedimento di omologazione degli atti societari, organizzata dalla rivista Le società, ivi, 1984, 1111, a p. 1112.

(67) *Amplius*, s.v., A. Di Sapio, La cura giuridica della disabilità [*supra*, nota 8], a p. 31.

dunque confermarsi in funzione di una maggiore e più penetrante tutela della persona priva di autonomia(68).

I solchi normativi nella direzione qui tratteggiata sono due, l'ho detto prima. Non c'è solo la legge 9 gennaio 2004, n. 6. C'è anche l'art. 11 della Convenzione de L'Aja, che ci viene in soccorso relativamente alla competenza del giudice italiano allorché la legge (straniera) regolatrice del trust (interno) preveda l'intervento giudiziale.

L'art. 11 della Convenzione de L'Aja obbliga il giudice del foro a riconoscere al singolo trust, costituito in conformità alla legge a esso applicabile, gli effetti da essa previsti. Gli effetti. L'art. 11 citato si preoccupa de "gli effetti": dunque, si muove sul piano funzionale. Ora, se il giudice italiano è obbligato a riconoscere al singolo trust gli effetti previsti dalla legge a esso applicabile e se la legge straniera regolatrice del trust riconosce al giudice l'esercizio di funzioni giudiziarie, è evidente che il giudice italiano che si dichiara incompetente rischia di compromettere la stessa effettività del trust(69) e, in taluni casi, di svuotare di contenuto la portata della legge applicabile al trust(70). Questo rilievo vale per tutte le ipotesi in cui la legge straniera regolatrice del trust riconosce al giudice l'esercizio di funzioni giudiziarie. Sicché lascia perplessi il suggerimento di quegli interpreti che propongono invece di distinguere a seconda della tipologia di controllo e intervento.

Da questa prospettiva, che, ripeto, è una prospettiva funzionale, si arricchisce di ulteriore spessore l'argomentazione per cui, nel trust interno, il giudice italiano è certamente il giudice più vicino alle parti e all'oggetto delle direttive che gli si richiedono e, in questo senso, il foro italiano è *forum conveniens*(71).

Il cerchio si chiude. La clausola contenuta nell'atto in esame in forza della quale il giudice mantiene la sorveglianza e la possibilità d'intervento, nel caso sia necessario, costituisce un valido ed efficace punto d'equilibrio e di garanzia del beneficiario a conseguire i redditi del trust che fa da contrappunto alla non necessità delle autorizzazioni giudiziali per l'attività di straordinaria amministrazione del trustee.

Si apre, tuttavia, un interrogativo di più ampio respiro: se, nei termini suddetti, il principio di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione non presenti margini di metafora(72). Nulla di of-

## Note:

(68) Ci si può domandare se, per questa via, sia possibile prevedere che, nel caso in cui beneficiario del trust sia un minore d'età o una persona priva di autonomia, il trustee debba ottenere le autorizzazioni giudiziali previste per gli atti di straordinaria amministrazione. La regola, beninteso, sarebbe negoziale e non legale.

Il tema affrontato sopra, al § 7, risulta così in un certo senso rovesciato. L'abbiamo visto: la regola legale è che l'attività di gestione del trustee deve sì perseguire l'interesse del beneficiario, ma non è vincolata al regime autorizzatorio giudiziale. Ciò non esclude, mi pare, che, in linea generale, l'atto istitutivo del trust possa contemplare una clausola in forza della quale il trustee deve invece far ricorso al giudice. La flessibilità del trust non mi sembra incontri restrizioni. L'abbiamo visto: l'alternatività delle misure di protezione (legali e negoziali) non esclude una loro possibile simmetria (*supra*, § 3). Ben potrebbe essere quindi che, in alcuni casi concreti, il trust si dimostri una misura di protezione adeguata ed efficiente anche in considerazione del controllo giudiziale. Ma, ripeto, questa sarebbe una regola negoziale, ancorché autorizzata dal giudice.

Si registrano due precedenti sul punto: Trib. Perugia, G. T., 16 aprile 2002 [*supra*, nota 2], il quale ha previsto che per l'utilizzo di "tutte le somme di denaro che [...] verranno [...] immesse nel trust" il trustee "dovrà richiederne a questo Giudice espressa autorizzazione" e Trib. Modena, Sez. Dist. Sassuolo, G. T., 11 dicembre 2008 [*supra*, nota 2], il cui atto istitutivo autorizzato prevedeva che il trustee, fino alla maggiore età della beneficiaria, dovrà munirsi delle autorizzazioni richieste dal nostro ordinamento per il compimento di atti di straordinaria amministrazione in rappresentanza di un incapace. Si tratta, come accennato (*supra*, nota 38), di una soluzione già suggerita in dottrina: P. Piccoli, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano* [*supra*, nota 38], a p. 46.

Entrambi i decreti sono stati oggetto di critica: L. F. Risso, di cui, relativamente al primo decreto, L. F. Risso - D. Parisi, *Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse* [*supra*, nota 2], a p. 70 e, relativamente al secondo decreto, Id., *Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse* [*supra*, nota 4], §§ 2, 4 e 5.

Se, però, leggiamo questi decreti in filigrana, ci accorgiamo di un dato comune: in entrambe le vicende trustee era il rappresentante legale del beneficiario. Per quanto macchinosa, la soluzione adottata con questi decreti mirava, pertanto, a sbrogliare quella difficile matassa che si viene a creare tutte le volte in cui vi sia coincidenza del trustee con il rappresentante legale (su cui ci siamo già intrattenuti al § 4, testo e nota 32). A essa, molto probabilmente, non si sarebbe giunti nel caso in cui trustee fosse stato un terzo e guardiano fosse stato il rappresentante legale: in tale ipotesi si riduce considerevolmente ogni (ipotetico) rischio di svuotamento del sistema di protezione dei minori d'età e delle persone prive di autonomia e v. anche, in un ordine di idee non distante, F. Mazza Galanti, *Trust con disponente minorenni* [*supra*, nota 2], a p. 204 s.

(69) Così, ad esempio, se la legge straniera consente la revoca giudiziale del trustee e la conseguente nomina giudiziale di un altro trustee e il giudice italiano si ritenesse incompetente, la vacanza dell'ufficio creerebbe una situazione d'*impasse* che potrebbe portare all'impossibilità di funzionamento del trust e questo è esattamente ciò che la Convenzione de L'Aja ha voluto evitare: conf., relativamente al caso deciso da [Pres.] Trib. Crotone, 29 settembre 2008 [*supra*, nota 53], S. Bartoli e D. Muritano, *Trust interno e nomina del guardiano da parte del giudice* [*supra*, nota 54], a p. 486 s., facendo perno sul *Variation of Trust Act* del 1958.

(70) Non distante mi pare l'ampio e articolato ragionamento sviluppato da G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato* [*supra*, nota 61], p. 289 s., p. 290 ss. e p. 318 s.

(71) L'argomentazione è ancora di M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* [*supra*, nota 4], p. 234.

(72) Per una interessante indicazione di rotta v. P. Martinelli, *Limiti della protezione dei soggetti deboli* [*supra*, nota 8], a p. 161, l'ago della cui bussola, non senza buoni motivi, punta sull'art. 3, II comma, cost. Sulla metafora del giudice *bouche qui prononce les paroles de la loi* v., per un primo inquadramento generale, R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica* (*segue*)



fensivo, per carità. Ma, in fondo, proprio questi margini si vanno a toccare dicendo, sia pure in modo indiretto e con tutte le levigature del caso, che il tema della tipicità è mal posto con riguardo ai provvedimenti previsti dal diritto straniero che regola il trust (interno).

Il dibattito sul passaggio dalla tutela dei diritti alla gestione degli interessi è cominciato da tempo. Il nostro argomento non ne è immune. E anche il tema delle “funzioni giurisdizionali necessarie” si presta a essere nuovamente meditato, con una verifica, appunto, degli attuali confini e delle attuali porosità tra la tutela giurisdizionale dei diritti e la gestione giurisdizionale degli interessi<sup>(73)</sup>. Ma anche questa è una verifica *ex post*, che deve partire dalle effettive regole operazionali. Non una verifica *ex ante*: il rischio di costruire l’ennesima metafora sarebbe altrimenti garantito<sup>(74)</sup>.

### ■ La durata del trust e i beneficiari finali. Trust liberali, trust solvendi causa e trust (gratuiti) a causa familiare

Il trust in esame si segnala infine per la coerente determinazione della durata. C’è simmetria. Siamo in presenza di un trust di protezione. Il venir meno dello scopo che ha motivato l’istituzione del trust e quindi il riacquisto della piena autonomia del beneficiario (prevedendo specifiche cautele al riguardo) pone termine al trust; in mancanza, il trust ha termine finale nel giorno del decesso del beneficiario (art. 7.A. dell’atto istitutivo del trust).

Vengono in questione i “beneficiari finali” cui il trustee dovrà trasferire i beni essendo stato raggiunto o esaurito lo scopo per il quale è stato istituito il trust. Beneficiari finali, nel caso di specie, sono la persona da assistere, se in vita e, in mancanza, gli eredi testamentari o legittimi del medesimo, essendo gli effetti del trust cessati prima della sua morte ed essendo quindi egli rientrato nella piena disponibilità del suo patrimonio (art. 7.B. dell’atto istitutivo del trust).

Il nostro beneficiario è celibe e senza discendenti né ascendenti; non ha fratelli, né sorelle.

Ci si può domandare se il disponente avrebbe potuto designare dei beneficiari ulteriori rispetto a se medesimo.

Un indirizzo affacciato in dottrina si esprime nel senso che, ove il trust abbia termine con la morte del

beneficiario privo di autonomia, non potranno essere previsti beneficiari residuali o, a tutto concedere, l’atto istitutivo dovrebbe limitarsi a prevedere che i beni spetteranno agli eredi o legatari del disponente. In caso contrario, il disponente, *in thesi*, realizzerebbe una donazione indiretta che infrange nel divieto di donare posto dall’art. 777, Il comma, cod. civ.<sup>(75)</sup>.

Il nostro caso riguarda, tuttavia, una persona soggetta ad amministrazione di sostegno: gli interpreti ammettono che, se non è diversamente disposto nel provvedimento giudiziale, il “beneficiario” di un’am-

#### Note:

(continua nota 72)

ca italiana all’inizio del nuovo secolo [*supra*, nota 63], a p. 420 (ulteriori riferimenti in A. Di Sapio, La cura giuridica della disabilità [*supra*, nota 8], a p. 30 s.). Sulle metafore giuridiche “vive” e “spente”, M. Lupoi, Metafore giuridiche e finzione: “la parola data”, in F. Brunetta d’Usseaux (cur.), Le finzioni del diritto, negli Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova, 80, Milano, 2002, 159.

(73) In questa latitudine si incrina lo stesso impianto dell’impostazione tradizionale, su cui, con chiarezza e rigore, A. Proto Pisani, Usi e abusi della procedura camerale [*supra*, nota 52], a p. 31, nota 54, e a p. 35.

A proposito della dissociazione tra diritto soggettivo e interesse in materia di trust, senz’altro, M. Graziadei, Diritto positivo, potere, interesse, in G. Alpa - M. Graziadei - A. Guarnirei - U. Mattei - P.G. Monateri - R. Sacco (curr.), La parte generale del diritto civile, 2, Il diritto soggettivo, nel Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 3, a p. 73 s.

Stimolanti riflessioni in argomento, partendo proprio dall’amministrazione di sostegno, in A. Bortoluzzi, Disabilità, persona, mercato [*supra*, nota 8], a p. 10 s. e Id., Incapacità e amministrazione di sostegno: norme e prassi a confronto, in Id. [cur.], L’amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza, Torino, 2005, 1, *passim*, del quale a v. pure la voce “Proporzionalità”, Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg.\*\*\*, II, Torino, s. d., ma 2007, 1089, a p. 13 e ora, le originali Lezioni di diritto di impresa. Storia delle fonti. Il diritto di impresa tra consuetudine e norma. Il diritto di impresa tra potere centrale e potere diffuso, Varese, 2008, il cui rizoma, mi pare, si colloca proprio su questo terreno.

(74) Sulla questione di metodo sono preziose le osservazioni di M. Graziadei, Diritto positivo, potere, interesse [*supra*, nota 73], a p. 23 s.

(75) Così S. Bartoli - D. Muritano, dei quali Le clausole utilizzate nei trust interni [*supra*, nota 4], p. 137 ss., in particolare p. 139 s. e Note sul trust interno [*supra*, nota 4], a p. 45 s. (v. anche D. Muritano, Trust e soggetti deboli [*supra*, nota 4], a p. 12 s.): la designazione di beneficiari ulteriori sarebbe valida unicamente nei casi di cui agli artt. 774, 165, 166 e 777 cod. civ. e nel caso (notoriamente controverso) di amministrazione di sostegno c.d. non incapacitante con attribuzione all’amministratore di sostegno di una rappresentanza concorrente. Questi Aa., *ivi*, p. 138 s., nota 5, ci informano dell’esito di due delle vicende giudiziarie, più volte ricordate nelle note precedenti, che prevedevano la designazione di beneficiari ulteriori: il trust autorizzato da Trib. Firenze, G. T., 8 aprile 2004 [*supra*, nota 2], non fu stipulato; relativamente al trust autorizzato da Trib. Ferrara, 28 febbraio 2006 [*supra*, nota 2], non è invece noto l’esito della vicenda, ma il professionista incaricato richiese un parere al Consiglio Nazionale del Notariato (i pareri richiesti furono anzi due, perché, com’è ormai d’uso, due furono i professionisti incaricati; si tenga però anche conto che il trust in parola era regolato dalla legge italiana e dai principi espressi dall’ordinamento giuridico italiano e, solo per quanto non previsto e quindi in subordine, dalla legge inglese).

ministrazione di sostegno (anche c.d. incapacitante) ha capacità di compiere donazioni (art. 1 legge 9 gennaio 2004, n. 6, e artt. 409, 411 e 779 cod. civ.) o comunque, valutate le concrete condizioni della persona, questi può essere autorizzato dal giudice a compiere donazioni(76).

Ma c'è spazio per allargare il compasso. Non è necessario cristallizzare ogni ipotesi sul trust liberale. Il trust liberale, infatti, non è l'unica ipotesi configurabile. Esistono anche gli atti gratuiti non donativi e, tra essi, stanno vivendo una stagione assai significativa gli atti a causa familiare. Un trust a causa familiare è sì gratuito, ma non liberale, con conseguente inapplicabilità del divieto di donare limitatamente alla designazione di familiari determinati quali "beneficiari finali". Ma questa è un'altra storia(77).

#### Note:

(76) Nel primo senso, G. Bonilini, Le norme applicabili all'amministrazione di sostegno, in G. Bonilini e A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno, seconda edizione, Padova, p. 314 s. e Id., La capacità di testare e di donare del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, Fam. pers. succ., 2005, 9, a p. 15 s. e già S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili sostanziali, Nuova giur. civ., 2004, II, 29, a p. 55; nel secondo senso, A. Coccia - M. R. Marella, Gli atti patrimoniali nell'interesse del beneficiario, in G. Ferrando - L. Lenti (curr.), Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione, Torino, 2006, 169, a p. 181 s. e già F. Anelli, Il nuovo sistema delle misure di protezione, Jus, 2005, 163, a p. 228. Ma cfr. G. Salito, in G. Salito - P. Matera, Amministrazione di sostegno: il ruolo del notaio, Notariato, 2004, 662, a p. 665 s. ed E. Calò, Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6, Milano, 2004, p. 130.

(77) *Amplius* A. Di Sapio e A. Gianola, Di una "donazione" del tutore dell'interdetto [supra, nota 43], *passim*, ove riferimenti. Distingue, in qualche modo, tra trust e donazione modale alla quale ultima soltanto è applicabile il divieto posto dall'art. 777 cod. civ. Trib. Ferrara, 28 febbraio 2006 [supra, nota 2].

La causa familiare può venire in gioco non solo nell'ipotesi, qui presa in esame, del trust auto-destinato istituito da una persona priva in tutto o in parte di autonomia, ma anche nell'ipotesi, diversa ma imparentata, del trust istituito da terzi a favore di una persona priva in tutto o in parte di autonomia. In ordine a quest'ultima ipotesi, relativamente ai rapporti tra la tutela della persona priva di autonomia e la tutela degli altri legittimari, con una specifica argomentazione incentrata sull'adempimento di un'obbligazione legale familiare che muove da una lettura evolutiva del titolo XIII del libro primo del codice civile, alla luce degli artt. 2, 3, 30 e 38 Cost., M. Lupoi, di cui, tra l'altro, Trusts [supra, nota 4], p. 645 s., Id., I trust nel diritto civile [supra, nota 4], p. 336 e Id., Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [supra, nota 4], p. 85 s. e, a proposito dei negozi di affidamento fiduciario, p. 328 s.; P. Amenta, Trust a protezione del disabile [supra, nota 4], a p. 619; A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli, a p. 50 e Amministrazione di sostegno e trust, a p. 1214; M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust, a p. 360 s. [supra, nota 4], testo e nota 52 ed Ead., Trust e soggetti deboli [supra, nota 4], a p. 150; G. De Rosa, Trust: le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa [supra, nota 32], a p. 14; G. Garrone, Soggetti deboli in famiglia e trust quale tutela etica, in questa Rivista, 2004, 310; G. Magri, Il trust a favore di disabile [supra, nota 4], § 2; A. Tonelli, Tecnica difensiva e opposta aggressività degli atti di trust - II parte, in questa Rivista, 2004, 367, a p. 371 s. ed Ead., Trust in luogo di am-

ministrazione di sostegno e con finalità successorie, ivi, 2007, 643; G. La Torre - A. Fusi, Applicazione della legge straniera [supra, nota 2], a p. 59 s.; F. Rota - G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia [supra, nota 2], p. 129, nota 113 (in questa direzione si muovevano anche il progetto di legge n. 5494, d'iniziativa dell'On. Paissan, art. 2 e il progetto di legge n. 2733, d'iniziativa dell'On. Cima e altri, art. 2); ma cfr. A. C. Di Landro, Trusts per disabili [supra, nota 4], a p. 175 s.; F. Viglione, Vincoli di destinazione nell'interesse familiare [supra, nota 4], p. 109; S. Bartoli - D. Muritano, Le clausole utilizzate nei trust interni [supra, nota 4], p. 147 s. (di S. Bartoli v. anche Il Trust [supra, nota 4], p. 664 s.; di D. Muritano, Strumenti alternativi per la trasmissione della ricchezza familiare, trust e ruolo del notaio [supra, nota 4], a pp. 118 e 119); G. F. Condò, Trust in favore di disabili [supra, nota 4]; M. C. Di Profio, Trust e tutela dei soggetti deboli [supra, nota 2], a p. 3270 s.; in argomento, v. pure A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi [supra, nota 4], a p. 197, con richiamo a Cass. francese, 20 febbraio 1996, n. 1226.

Abbracciata la prospettiva suggerita nel testo, risulta condivisibile la decisione di Trib. Genova, G. T., 14 marzo 2006 [supra, nota 2], che ha autorizzato una persona sottoposta ad amministrazione di sostegno a istituire un trust autodestinato con designazione, quale beneficiario ulteriore, dell'unico figlio del disponente, affetto da "sindrome dissociativa di innesto in soggetto cerebropatico" ed invalido civile al 100% [ma non sottoposto ad alcuna misura giuridica di protezione]: l'istanza per l'autorizzazione fu presentata, in uno alla richiesta di nomina di se medesima come amministratore di sostegno, dal coniuge del disponente.

# La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust

di **Amalia Chiara Di Landro**

Il sistema di protezione dei soggetti deboli è stato oggetto di modifiche e apporti normativi diversi, dalla L. 9 gennaio 2004, n. 6 all'art. 2645 *ter* cod. civ.

Ciò suggerisce una nuova riflessione sulla utilizzazione del trust in favore di disabili, inizialmente pensata in rapporto a interdizione e inabilitazione, per valutarne i vantaggi, le criticità, l'ambito applicativo entro il quale l'istituto manifesta una persistente utilità.

## ■ Introduzione

Il quadro delle misure a protezione dei soggetti deboli si compone oggi di strumenti diversi per presupposti, modalità operative, effetti.

Fra questi, la riflessione sull'opportunità del ricorso al trust è maturata, com'è noto, nelle pieghe delle critiche ai previgenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione che, insieme all'annullamento dell'atto compiuto dal soggetto in stato di incapacità naturale, esaurivano il quadro degli strumenti (generali) di protezione degli inabili.

Qui non è possibile dar conto di tutti i limiti che tali misure presentavano, legati all'estrema rigidità del trattamento – e ciò tanto con riferimento ad atti personalissimi e a vicende particolarmente incidenti nella sfera giuridica di un soggetto, come nel caso del matrimonio dell'interdetto, quanto con riferimento agli atti di c.d. “spicciola patrimonialità”(1) – ed alla emarginazione giuridica riservata ai destinatari: tali limiti si traducevano spesso nella rinuncia all'attivazione dei diversi strumenti, anche per timore dello stigma sociale che essi evocavano.

I suddetti istituti c.d. di protezione complessiva si inseriscono oggi nell'ambito delle misure poste a tutela delle persone prive in tutto o in parte di autonomia; a tale materia è stata dedicata una riforma con legge 9 gennaio 2004, n. 6 (di seguito, “legge n. 6 del

2004”), che ha modificato talune disposizioni della previgente disciplina e introdotto la nuova figura dell'amministratore di sostegno.

Alle citate misure di protezione dei soggetti deboli si deve poi affiancare l'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'art. 2645 *ter* cod. civ., relativo alla “trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche”. Si tratta di norma significativa, perché la possibilità di destinare taluni beni ad uno scopo, assistita dalla separazione patrimoniale, trovava un aspetto problematico nella compatibilità con il principio della responsabilità patrimoniale universale del debitore sancito dall'art. 2740 cod. civ. Anche a motivo della sua collocazione e della concisione del suo dettato, l'interpretazione della suddetta disposizione è risultata controversa sotto diversi punti di vista; ma è certo – perché risulta dal dato testuale – che essa legittima espressamente la possibilità, rimessa all'autonomia privata, della realizzazione di un'articolazione patrimoniale allo scopo della realizzazione degli interessi dei soggetti deboli(2).

*Amalia Chiara Di Landro* – Ricercatore di diritto privato e docente di Diritto dei Trusts presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria

### Note:

(1) Cfr. sul punto A. Falzea, *Infermità di mente e problemi di capacità della persona*, in Aa. Vv., *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, p. 20; C. M. Mazzoni, *Libertà e salvaguardia nella disciplina dell'infermità di mente*, ivi, p. 489 s.; L. Brusuglia – G. Del Medico – G. Germano – F. Giardina, *L'amministrazione dei beni nella protezione del malato di mente*, ivi, p. 443; R. Pescara, *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in *Tratt. di dir. priv. diretto da P. Rescigno*, 4, vol. III, Torino, 1997, 772.

(2) L'art. 2645 *ter* cod. civ. trova, d'altra parte, il suo precedente più immediato, nel dibattito parlamentare, nel progetto di legge n. 3972, “Disciplina della destinazione di beni in favore di soggetti portatori di gravi handicap per favorirne l'autosufficienza”, su cui cfr., fra l'altro, M. Bianca – M. D'Errico – A. De Donato – C. Priore, *L'atto notarile di destinazione*, Milano, 2006, p. 30 e p. 92 s.

Poiché, dunque, tanto le misure di protezione quanto gli atti di destinazione sono stati oggetto di modifiche normative relativamente recenti, non è senza significato riflettere sulle relazioni fra questi strumenti e sullo spazio lasciato ancora al trust dai nuovi istituti in commento. Questo, anzi, appare il punto centrale della discussione, che trascende peraltro lo specifico contesto della tutela dei soggetti deboli.

## ■ Le misure di protezione in favore dei soggetti deboli

### I presupposti

Un primo dato significativo, nell'analisi dei profili applicativi della legge n. 6 del 2004, è che nell'impianto della nuova disciplina interdizione e inabilitazione(3) presentano carattere residuale, potendosi ricorrere a tali istituti solo ove non siano sufficienti ed adeguate le altre misure previste dall'ordinamento. Il dato testuale e l'interpretazione giurisprudenziale sono in questo senso.

Anzitutto, è stato rilevato(4) che, alla luce della disciplina di cui alla legge n. 6 del 2004, l'interdizione non deve oggi essere pronunciata nei confronti dell'infermo di mente se il giudice non ne ravvisi l'indispensabilità per assicurare all'interessato una adeguata protezione.

È stato, inoltre, evidenziato(5) che la dichiarazione di interdizione presuppone, oltre all'abituale infermità mentale dell'interessato (art. 414 cod. civ.), un patrimonio rilevante al punto da richiedere un'attività di gestione complessa; diversamente, la nomina di un amministratore di sostegno deve ritenersi sufficiente a fornire adeguata protezione al beneficiario.

Quanto alla situazione del soggetto da proteggere, si è ritenuto(6) che sussista la condizione invalidante necessaria per l'adozione dello strumento dell'interdizione qualora una persona sia affetta da una menomazione psichica di gravità tale che la privi della possibilità di svolgere autonomamente persino le operazioni più elementari di gestione delle proprie risorse, necessitando di una cura e di una assistenza totale anche rispetto al compimento di quegli atti volti a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana(7).

Quanto all'inabilitazione, la giurisprudenza(8) ha ritenuto che non debba disporsi questa misura per

prodigalità (che ne è pure un presupposto testuale, ex art. 415 cod. civ.), bensì nominarsi – anche in via provvisoria – un amministratore di sostegno, allorché si accerti che le patologie di cui l'inabilitando è affetto non ne inficiano le capacità cognitive, ma incidono negativamente sulla gestione della vita quotidiana da parte dell'inabilitando medesimo.

Rispetto a questi istituti, l'amministrazione di sostegno presenta notevoli possibilità operative (sia quanto a potenziali beneficiari che a presupposti concreti), unita a grande versatilità e notevole semplicità nelle procedure di applicazione; per questo, tale misura è oggi considerata(9) strumento ordinario per la protezione dei soggetti deboli, soprattutto qualora l'interessato risulti protetto da una rete familiare e sociale attenta e vigile.

La giurisprudenza(10) ha precisato, da questo punto di vista, che può nominarsi un amministratore di sostegno anche a beneficio di soggetto affetto da

#### Note:

(3) Cfr., sul punto, Trib. Catania, 21 novembre 2007, Giust. civ., 2008, 3027.

(4) Trib. Modena, sez. II, 27 marzo 2008, Giurisprudenza locale – Modena, 2008. L'interdizione e l'inabilitazione vengono dunque "mantenuti ragionevolmente in vita dal legislatore per garantire il più ampio spettro delle possibili tutele con una sorta di delega del potere legislativo a quello giudiziario per l'individuazione di situazioni comportanti, eccezionalmente e nell'ampissima varietà di casi concreti, l'adozione dei desueti strumenti per meglio proteggere la persona".

(5) Trib. Modica, 22 giugno 2006, Cor. merito, 2006, 1115.

(6) Trib. Vicenza, sez. I, 4 agosto 2006, Redazione Giuffrè, 2007.

(7) Peraltro, il Tribunale di Torino, 26 febbraio 2007, Dir. famiglia, 2007, 1237, ha precisato che, qualora vi sia da proteggere un soggetto gravemente disabile perché afflitto da vasto, cronico, profondo, irreversibile deficit intellettivo e psichico che lo rende del tutto incapace di provvedere ai propri interessi ed alle proprie necessità, va disposta, a sua adeguata tutela, l'interdizione e non l'amministrazione di sostegno; essa, infatti, presuppone nell'assistito una sia pur ridotta consapevolezza e capacità di giudizio, e, secondo la giurisprudenza, per la discrezionalità che la connota, "può tradursi in un regime "custodialistico" e "paternalistico" determinante, a carico dell'assistito, una "incapacitazione di fatto" senza alcuna concreta e certa garanzia per quest'ultimo, nuocendo, altresì, all'affidamento dei terzi ed al principio insopprimibile di certezza".

(8) Trib. Napoli, 3 luglio 2006, Cor. merito, 2006, 985.

(9) Trib. Trieste, 5 ottobre 2006, Giur. it., 2007, 1, 84 (nota P. Cendon); App. Firenze, sez. I, 2 ottobre 2006, Redazione Giuffrè, 2007 e Trib. Milano, sez. IX, 4 febbraio 2008, Giustizia a Milano, 2008, 3, 17; Trib. Messina, sez. I, 13 marzo 2007, In Lure Praesentia, 2007, 95; Trib. Reggio Emilia, 9 gennaio 2007, Merito, 2007, 7-8, 42; Trib. Bari, sez. I, 3 maggio 2008, consultabile sul sito Internet di "Giurisprudenza barese" all'indirizzo <http://www.giurisprudenza.barese.it>; Trib. Palermo, sez. I, 14 luglio 2006, Merito, 2007, 8.

(10) Trib. Modena, 20 marzo 2008, Giurisprudenza locale – Modena, 2008.

disabilità consistenti in una forma abbastanza grave psicotico-depressiva, di persone anziane con progressiva perdita della lucidità(11), dovuta ad esempio al morbo di Alzheimer(12) o a demenza senile(13) o in condizioni di impossibilità di gestire un patrimonio pur modesto(14) o le ordinarie attività della vita quotidiana o di manifestare all'esterno la propria volontà per una patologia intellettiva.

L'infermità può, inoltre, influire pure su alcuni specifici aspetti della personalità del soggetto (ad esempio, la schiavitù del gioco d'azzardo), senza determinare una complessiva perdita di capacità di gestione dei propri affari.

Rispetto a interdizione e inabilitazione, l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno va dunque individuato con riguardo non già al diverso, e meno intenso, grado di infermità o di impossibilità di attendere ai propri interessi del soggetto carente di autonomia(15), ma piuttosto con riferimento alla maggiore capacità di tale strumento di adeguarsi alle esigenze del soggetto debole, in relazione alla sua flessibilità ed alla maggiore agilità della relativa procedura applicativa.

## Gli effetti

Centrale, nell'interdizione, nell'inabilitazione e nell'amministrazione di sostegno, è la figura di un soggetto che, con differente peso in relazione al diverso residuo grado di capacità del beneficiario, si occupa della gestione del patrimonio (e/o della persona) di quest'ultimo.

L'interdetto, analogamente a quanto accade per il minore (art. 424 cod. civ.), non può compiere atti negoziali; la gestione del patrimonio è affidata al tutore, che agisce nel suo interesse ed in sua sostituzione, e che deve chiedere, per gli atti particolarmente incidenti sul patrimonio del beneficiario, le autorizzazioni giudiziali di cui agli artt. 374 e 375 cod. civ.

Nelle disposizioni sull'interdizione i doveri del tutore sembrano ancora riguardare prevalentemente la cura del patrimonio dell'interdetto (artt. 424 e 357 s. cod. civ.), ancorché egli debba essere scelto (art. 424, II comma cod. civ., che richiama l'art. 408 cod. civ.) "con esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario".

Peraltro, una delle novità della legge n. 6 del 2004 è che, nella sentenza che pronuncia l'interdizione o l'inabilitazione o in successivi provvedimenti, il giudice può stabilire che taluni atti di ordinaria ammi-

strazione possano essere compiuti dall'interdetto personalmente, ovvero senza l'assistenza del tutore, e che taluni atti eccedenti l'ordinaria amministrazione possano essere compiuti autonomamente dall'inabilitato, senza l'intervento del curatore (art. 427 cod. civ.).

Si è detto che soprattutto l'interdizione è stata oggetto di critiche, in quanto misura fortemente penalizzante per il soggetto ad essa sottoposto. Tuttavia, d'altronde, l'interdetto non può contrarre matrimonio (art. 85 cod. civ.), riconoscere figli naturali (art. 266 cod. civ.), fare testamento (art. 591, II comma, n. 2 cod. civ.); può essere richiesta, nei suoi confronti, la separazione giudiziale dei beni (art. 193 cod. civ.), l'esclusione dalla società di persone (art. 2286 cod. civ.) e dalla società cooperativa (art. 2533 cod. civ.).

Permangono, dunque, sia pure con i ridimensionamenti di cui all'art. 427 cod. civ., i rilievi sulla estrema rigidità di questa misura.

L'inabilitato può compiere da solo gli atti di ordinaria amministrazione (art. 424 cod. civ.); per gli atti di straordinaria amministrazione, invece, deve essere assistito da un curatore nominato dal giudice tutelare e chiamato ad integrare – non a sostituire – la volontà dell'inabilitato, previo ottenimento dell'autorizzazione giudiziale (art. 394, III comma cod. civ.).

### Note:

(11) Trib. Modena, G. T., 22 febbraio 2005 e Trib. Genova, G. T., 3 marzo 2005, citate in M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto, in questa Rivista, 2006, 354, a p. 356, nota 17.

(12) Trib. Genova, G. T., 16 gennaio 2005, inedita.

(13) Trib. Modena, 15 novembre 2004, Guida al diritto, 2004, n. 50, 62.

(14) Ad esempio, la casa di abitazione e la pensione sociale: Trib. Palmi, G. T., 15 novembre 2004 e Trib. Modena, 15 novembre 2004, Guida al diritto, 2004, n. 50, 62.

(15) Trib. Bologna, sez. I, 31 gennaio 2008, Guida al diritto, 2008, n. 23, 100. Il giudizio di adeguatezza implica, pertanto, una relazione tra misura di protezione e interessi da tutelare, tenuto conto essenzialmente del tipo di attività che deve essere compiuta per conto del beneficiario, e considerate anche la gravità e la durata della malattia, ovvero la natura e la durata dell'impedimento, nonché tutte le altre circostanze caratterizzanti la fattispecie (così, Cass., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584, Giust. civ. Mass., 2006, 6; Guida al diritto, 2006, n. 27, 81 (nota P. Fiorini); Dir. famiglia, 2006, 1671; Giust. civ., 2006, 2722, Dir. famiglia, 2007, 126 (nota A. Venchiarutti)). La Suprema Corte (Cass., sez. I, 28 maggio 2007, n. 12466, Dir. famiglia, 2007, 1651; Giust. civ. Mass., 2008, 2) ha confermato questo orientamento, precisando che nel corso del giudizio di interdizione o inabilitazione spetta al giudice di valutare, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 6 della legge n. 6 del 2004, se trasmettere gli atti al giudice tutelare perché valuti l'opportunità di nominare l'amministratore di sostegno; di tale scelta, tuttavia, egli deve dare conto in motivazione, stante la finalità della nuova normativa di sacrificare nella minor misura possibile la capacità di agire delle persone.

Quanto all'amministrazione di sostegno, l'istituto presenta una estrema flessibilità, poiché i suoi effetti non sono predeterminati dalla legge, ma concretamente individuati dal giudice tutelare nel decreto, secondo formule che possono comportare una amministrazione sostitutiva o di assistenza(16).

Significativa del cambiamento di prospettiva di questa misura rispetto agli istituti di protezione complessiva è la disposizione contenuta nell'art. 409 cod. civ.: il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il soggetto interessato non è dunque incapacitato *tout court* (se non per gli atti che devono essere compiuti dall'amministratore) e può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana. Viceversa, gli atti per i quali sia necessaria l'assistenza dell'amministratore non possono essere compiuti dall'interessato da solo; altrimenti, tali negozi sono annullabili (art. 412, II comma cod. civ.).

Il giudice tutelare può inoltre disporre che determinati effetti, limitazioni o decadenze (ad esempio, relativamente alla capacità di testare) previste per l'interdetto e l'inabilitato si estendano al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, considerato l'interesse del medesimo (art. 411, IV comma cod. civ.). Si applicano fra l'altro all'amministratore di sostegno, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 374, 375 e 376 cod. civ.: in tali casi i relativi provvedimenti sono emessi dal giudice tutelare.

## ■ Il procedimento (cenni)

La nomina del tutore, così come quella del curatore e dell'amministratore di sostegno, comporta un giudizio complesso(17), nel quale concorrono autorità giudiziaria, operatori sanitari e sociali, famiglia. Si tratta di un dato da considerare, nel quadro di questa analisi comparata delle misure di protezione con gli strumenti rimessi alla scelta dell'autonomia privata.

Quanto all'interdizione, i genitori (e fra questi chi per ultimo ha esercitato la potestà) hanno la facoltà di designare la persona che verrà poi nominata tutore dal giudice tutelare (art. 348 cod. civ.) con testamento, atto pubblico, scrittura privata autenticata. Ma il loro potere di determinazione si ferma qui.

La scelta della persona che ricopra l'ufficio di amministratore di sostegno deve, invece, avvenire

avendo esclusivo riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario e va fatta seguendo le indicazioni eventualmente svolte dalla persona interessata – mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata – in previsione della propria futura incapacità(18). Questo dato ha fatto dire che l'amministrazione di sostegno è misura in qualche modo contrattata, perché decisa attraverso la consultazione, e talvolta tramite la scelta dello stesso beneficiario che, appunto, vi può anche provvedere in un momento in cui sia perfettamente capace, ed in vista della propria futura incapacità(19).

La determinazione dei poteri dell'amministratore lasciata al giudice nel decreto di nomina può rappresentare un limite applicativo dell'istituto dal punto di vista della tutela dell'affidamento dei terzi, poiché coloro che contrattano con il soggetto sottoposto a questa misura – persona spesso con un *deficit* (intellettuale) non evidente – potrebbero non essere in condizione, se non dopo il controllo del decreto di

### Note:

(16) Cfr., sul punto, S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale, Nuova giur. civ., 2004, 57.

(17) Così M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno [*supra*, nota 11], a p. 361.

La Cassazione (Cass., sez. I, 30 agosto 2007, n. 18322, Giust. civ. Mass., 2007, 7-8) ha precisato che nel giudizio di interdizione è riservato al giudice del merito l'accertamento in concreto dell'esistenza e della misura della patologica alterazione delle capacità mentali e della conseguente incapacità, da parte dell'interdicendo, di provvedere ai propri interessi; e, a tal fine, il giudice può recepire le conclusioni del consulente d'ufficio, senza necessità di esporre dettagliatamente tutte le ragioni per le quali ritenga di doverle accogliere.

(18) In mancanza, dovrà preferirsi il coniuge non legalmente separato, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio, i fratelli, i parenti entro il quarto grado (art. 408, I comma cod. civ.).

(19) L'interdizione e l'inabilitazione producono i loro effetti dal giorno della pubblicazione della sentenza di primo grado, ancorché non passata in giudicato (art. 421 cod. civ.). Il decreto di nomina del tutore e del curatore provvisorio e la sentenza d'interdizione o d'inabilitazione devono essere annotati dal cancelliere nell'apposito registro (art. 48 disp. att. cod. civ.) e comunicati entro dieci giorni all'ufficiale di stato civile, che deve procedere alle annotazioni a margine dell'atto di nascita (art. 423 cod. civ.). Anche il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno, il decreto di chiusura e ogni altro provvedimento assunto dal giudice tutelare devono essere annotati a cura del cancelliere nell'apposito registro (art. 405, VII comma cod. civ.).

Ma, a tutela della socializzazione del beneficiario, significativa, da questo punto di vista, la posizione della giurisprudenza (Trib. Modena, sez. II, 22 luglio 2008, Giurisprudenza locale – Modena, 2008): è stato, infatti, disposto che, con il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, il giudice tutelare possa disporre che la cancelleria non provveda all'annotazione del decreto stesso nel registro di cui all'art. 47 disp. att. cod. civ., né a darne comunicazione all'ufficiale dello stato civile per l'annotazione a margine dell'atto di nascita del beneficiario, ove la capacità di agire di quest'ultimo non sia stata in alcuna misura limitata dalla predetta misura di protezione.

nomina, di conoscere gli atti che egli può compiere da solo o quelli nei quali è necessaria una attività di assistenza, o di sostituzione, dell'amministratore(20).

Si deve, inoltre, aggiungere che l'interdizione offre una serie di garanzie processuali (provvedimento collegiale, obbligo di inventario, presenza del difensore in giudizio(21)) di cui è privo il procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno.

### ■ L'art. 2645 ter cod. civ. e gli atti di destinazione in favore di disabili

Ove si voglia privilegiare l'aspetto della destinazione di taluni beni ad un soggetto debole, abdicando alla tutela complessiva della sua persona o affiancandola ad una misura già adottata, si potrà scegliere lo strumento di cui all'art. 2645 ter cod. civ.

La norma suddetta è stata introdotta nel codice civile con l'art. 39 novies del decreto legge del 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51.

Essa contiene un primo riconoscimento normativo della possibilità di destinare taluni beni ad uno scopo ed, in genere, alla realizzazione di interessi diversi da quelli dell'autore dell'atto di destinazione(22). Ciò potrà avvenire ricorrendo ad un atto pubblico, con riferimento a beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, in funzione dello scopo della "realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni o ad altri enti o persone fisiche", per un periodo "non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria". Il rispetto di queste prescrizioni rende il relativo atto trascrivibile, e ciò vale a rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.

Si è detto che la norma è stata oggetto di numerose discussioni, quanto all'ambito applicativo (se essa generalizzi la possibilità di creare patrimoni separati, in deroga all'art. 2740 cod. civ.(23)), alle modalità di costituzione (se riferibili solo agli atti unilaterali o estensibili ai contratti(24)), alle regole di responsabilità(25), alla configurabilità di un negozio innominato di destinazione avente ad oggetto beni di diversa natura(26) (mobili non registrati, somme di denaro, titoli di credito), al rapporto con i negozi fiduciari(27) ed alla configurabilità dell'attribuzione di beni ad un gestore(28), alla tassatività dell'elenco degli scopi per cui è ammessa la destinazione e alla portata della clausola di "meritevolezza dell'interesse"(29).

#### Note:

(20) S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 16], a p. 57.

(21) Sulla possibilità di prescindere dalla presenza del difensore nell'ambito del giudizio relativo alla nomina dell'amministratore di sostegno, cfr. App. Venezia, sez. III, 16 gennaio 2006, Giur. merito, 2006, 1126 (nota A. Di Marzio); Dir. e giust., 2006, 32 (nota R. Russo); Giur. it., 2007, 692 (nota V. De Roma); Corte Cost., 19 aprile 2007, n. 128, Giust. civ., 2007, 792; Giur. cost., 2007, 2; Dir. famiglia, 2007, 1558; Dir. famiglia, 2008, 9 (nota A. Di Sapio); Cass., sez. I, 29 novembre 2006, n. 25366, Giust. civ. Mass., 2006, 11, Giust. civ., 2006, 2685; Guida al diritto, 2006, n. 49, 36 (nota P. Fiorini); Riv. notariato, 2007, 486 (nota E. Pedron); Giur. it., 2007, 2259 (nota A. Socci); Dir. famiglia, 2007, 1613.

(22) Cfr. sul punto, M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169; Riv. not., 2006, 467.

(23) Cfr. le varie voci in M. Bianca (cur.), La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, Milano, 2007 e in G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile), Padova, 2008; A. Picciotto, Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice, Contratto e impresa, 2006, 1314; P. Manes, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, ivi, 627; R. Quadri, L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione, ivi, 1717; A. Gambaro, Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui, in questa Rivista, 2007, 169.

(24) A. Falzea, Riflessioni preliminari, in M. Bianca (cur.), La trascrizione dell'atto di destinazione [*supra*, nota 23], p. 5; M. Nuzzo, Atto notarile e interessi meritevoli di tutela, ivi, p. 60; Trib. Reggio Emilia, 26 marzo 2007, in G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust [*supra*, nota 23], p. 420; Guida al diritto, 2007, n. 18, 58 (nota A. Tonelli).

(25) F. Gazzoni, Osservazioni in M. Bianca (cur.), La trascrizione degli atti di destinazione [*supra*, nota 23], p. 234; G. Oppo, Riflessioni preliminari, ivi, p. 16.

(26) Cfr., sul punto, A. Falzea, Riflessioni preliminari [*supra*, nota 24], p. 6; G. Palermo, Configurazione allo scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi, in M. Bianca (cur.), La trascrizione dell'atto di destinazione [*supra*, nota 23], p. 79; A. De Donato, Il negozio di destinazione nel sistema delle successioni a causa di morte, in M. Bianca (cur.), La trascrizione degli atti di destinazione [*supra*, nota 23], p. 41; A. Picciotto, Brevi note [*supra*, nota 23], a p. 1318.

(27) A. Gambaro, Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui [*supra*, nota 23], a p. 171.

(28) Sulla distinzione tra "destinazione e "attribuzione", entrambe varianti della "disposizione", cfr. P. Spada, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta, in Aa. Vv., Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Milano, 2007, p. 122, ed ivi i riferimenti a Bekker, Zur Lehre vom Rechtsobjekt, in Jehrings Jahrb, 12, p. 60 s.; M. Bianca, Atto negoziale di destinazione e separazione, in G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust [*supra*, nota 23], p. 25.

(29) In effetti la norma esemplifica questo requisito con un "decrecendo di intensità etica" (P. Spada, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta [*supra*, nota 28] p. 126), facendo riferimento, fra l'altro, alla tutela dei soggetti disabili, e introduce, inoltre, per gli atti di destinazione il controllo di meritevolezza ex art. 1322 cod. civ. Sul punto, cfr. anche M. Nuzzo, Atto notarile [*supra*, nota 24], p. 68; F. Gazzoni, Osservazioni [*supra*, nota 25], p. 218. G. Palermo, Interesse a costituire il vincolo di destinazione e tutela dei terzi, in G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust [*supra*, nota 23], p. 287. A. Falzea, Riflessioni preliminari [*supra*, nota 24], p. 6; G. Vettori, Atti di destinazione e trust, in G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust [*supra*, nota 23], p. 9. Secondo M. Bianca - M. D'Errico - A. De Donato - C. Priore, L'atto notarile di destinazione

(segue)

Dubbio, soprattutto, è il rapporto con il trust: oggetto di discussione è se la nuova norma legittimi il trust c.d. interno, o se, invece, rappresentando la risposta italiana all'esigenza di creare patrimoni separati, sia significativa di un atteggiamento restrittivo rispetto alla possibilità del ricorso a modelli stranieri(30).

Certo è che la destinazione allo scopo contiene un "frammento di trust"(31), in quanto condivide con questo l'effetto della realizzazione di una forma di titolarità nell'interesse altrui e la funzione di governo della specializzazione patrimoniale(32).

## ■ Trust in favore di soggetti deboli

Senza entrare nella problematica relativa all'ammissibilità dei trust c.d. interni, su cui del resto parte della dottrina, la giurisprudenza, la prassi notarile(33) e la legislazione fiscale si sono espresse in modo favorevole, è opportuno segnalare talune peculiarità della struttura del trust in favore di disabili(34).

Allo schema ordinario, per cui il disponente (ad esempio, i genitori che vogliono provvedere in favore del proprio figlio disabile) trasferisce uno o più beni a persona di fiducia (trustee), che ne diventa titolare, ma con l'obbligo di amministrarli in conformità dello scopo del trust o in favore del beneficiario (in ipotesi, il soggetto debole), nei trust liberali(35) è particolarmente frequente aggiungere la nomina di un guardiano.

Poiché, infatti, centrale in ogni fattispecie di trust è la presenza e l'attribuzione di poteri al trustee, l'accentramento di funzioni in capo a costui può rendere necessario un controllo sul suo operato, o comportare che, in un'ottica di maggiore funzionalità, i diversi poteri siano distribuiti tra più persone(36). Così potrà prevedersi che il guardiano sostituisca il trustee che abbia male amministrato e ne nomini uno nuovo(37), che egli possa esprimere un veto all'operato del trustee, o che debba richiedersi il suo preventivo consenso per l'alienazione di beni in trust, per la distribuzione di reddito ai beneficiari, per la formazione delle quote al termine del vincolo(38).

### Note:

(continua nota 29)

[*supra*, nota 2], § VI), il riferimento alla meritevolezza degli interessi contiene una precisa indicazione del legislatore, nel senso che tale strumento non deve essere utilizzato al mero fine della realizzazione di una separazione patrimoniale.

(30) Alcuni autori hanno in particolare letto nell'introduzione di una figura "tutta italiana di destinazione di beni ad uno scopo" l'intento di chi-

udere alla "inurbazione di istituti stranieri come il trust" (M. Bianca, *Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione*, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* [*supra*, nota 23], p. 34. Sulla stessa linea, Id., *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in G. Vettori (cur.), *Atti di destinazione e trust* [*supra*, nota 23], p. 45). Altri hanno ritenuto che l'atto di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ. non sia in grado "di offrire al nostro ordinamento un istituto che possa competere o anche solo confrontarsi" con il suddetto strumento (A. Zoppini, *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto di destinazione* [*supra*, nota 23], p. 100) per la mancanza di regole che disciplinano l'amministrazione dei beni, i rimedi in favore del disponente e beneficiari, le modalità di separazione.

(31) M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione"* [*supra*, nota 22], a p. 169 s.

(32) A. Luminoso, *Contratto fiduciario, trust e atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.*, *Riv. not.*, 2008, 1002.

(33) Cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, *Studio del 10 febbraio 2006*, in questa Rivista, 2006, 459.

(34) Sui trust a protezione di disabile si vedano anche P. Amenta, *Trust a protezione di disabile*, in questa Rivista, 2000, 616; D. Caruso, *Trust in favore di soggetto portatore di handicap*, *ivi*, 612; G. F. Condò, *Trusts in favore di disabili consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia"* all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; A. Fusi, *Il trust a tutela della persona debole*, consultabile *ivi* all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; G. La Torre, *Trust in favore di disabili*, consultabile *ivi* all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 644; D. Muritano, *Trust auto-dichiarato per provvedere ad un fratello con handicap*, in questa Rivista, 2002, 473; G. De Rosa, *Trust: le principali applicazioni per la famiglia e per l'impresa*, in questa Rivista, 2002, 11.

In giurisprudenza, *Trib. Pisa*, 22 dicembre 2001, *ivi*, 241.

(35) A. Venchiarutti, *La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno*, in questa Rivista, 2006, 46, segnala l'opportunità, nei trust in favore di soggetti deboli, di aggiungere allo schema ordinario talune condizioni protettive, sull'esempio dei *protective trusts* di altri ordinamenti: in tali casi, infatti, al verificarsi di determinate circostanze (ove, ad esempio, il beneficiario cerchi di trasferire i suoi diritti derivanti dal trust ai creditori, o questi tentino di sottoporre i redditi del beneficiario alla soddisfazione delle loro pretese) i diritti spettanti al beneficiario divengono oggetto di un trust discrezionale a sostegno dello stesso beneficiario, o del coniuge e dei discendenti o, in subordine, dei soggetti che in mancanza del beneficiario avrebbero diritto ai beni e ai redditi del trust.

(36) Il guardiano viene definito quale "holder of power [...] of directing a trustee in matters relating to the trust and in respect of which matters the trustee has a discretion [...] and of appointment or dismissal of trustees": Cook Islands, *International Trusts Amendment Act*, 1989, *sect. 3*; ripreso in Nevis, *International Exempt Trust Ordinance 1994, sect. 2* e in M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 34], p. 399, nota 318. Sul punto, P. Matthews, *Protector Caselaw*, trad. it. Il proctector nella giurisprudenza, in questa Rivista, 2000, 366.

(37) Sulla possibilità di revoca - da parte del giudice - dei trustee che non abbiano adempiuto ai loro doveri "e non siano stati imparziali, non tenendo conto dei diritti di tutti i beneficiari del trust", cfr. *Trib. Milano*, 20 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 265.

Cfr., sul punto, anche *Trib. Crotone*, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per la nomina di un guardiano del trust, per la mancanza di una norma che legittimasse l'invocato intervento del Presidente del Tribunale in sede di volontaria giurisdizione "non potendo semplicemente richiamarsi al negozio giuridico che ne ha previsto la facoltà che, altrimenti, si arriverebbe all'assurdo di riconoscere ad un atto privato il valore di fonte normativa del potere giurisdizionale".

(38) È stato evidenziato come questa duplicazione di funzioni sarebbe, peraltro, coerente con il diverso, duplice profilo in cui si articola anche  
(segue)



Se questa in estrema sintesi è la struttura del trust in favore di disabili, nell'ambito della quale, com'è noto, i ruoli possono essere combinati in maniera flessibile, dovranno essere analizzati: 1) i vantaggi, connessi, ad esempio, alla possibilità di pianificazione familiare e di inclusione dei beni della natura più varia; 2) le criticità, soprattutto dal punto di vista delle compatibilità con le norme imperative del nostro sistema; 3) lo spazio operativo e l'ambito di applicazione entro il quale lo strumento manifesta un'oggettiva utilità pratica, in rapporto alle recenti modifiche legislative.

## I vantaggi

Il trust non consiste in una attribuzione diretta di un bene al beneficiario (al pari di quanto normalmente accade, ad esempio, con un lascito testamentario o con una donazione).

Ciò comporta:

a) La possibilità del ricorso ad un procedimento più semplice rispetto all'attivazione di una misura istituzionale, che preveda il ricorso all'autorità giudiziaria; la mera stipula di un atto istitutivo permetterebbe a dei genitori, o a soggetti che volessero provvedere ad una persona in difficoltà, di prevedere un'attribuzione di beni di cui sia beneficiario il disabile ed amministratore una persona di fiducia perfettamente capace.

Nell'atto di trust, peraltro, i disponenti potrebbero dettare le regole per la successione e la sostituzione del trustee, veicolando la scelta ugualmente su persona di loro fiducia. Tale potere, come si è visto, si configura in maniera diversa nel caso di un tutore e, in parte, di un amministratore di sostegno.

b) L'opportunità della pianificazione familiare, con una composizione dei vari interessi coinvolti;

- il trust permette di risolvere problemi di gestione di un patrimonio che si voglia destinare a vantaggio di un soggetto disabile, ma senza poter attribuire a lui la titolarità e l'amministrazione degli stessi beni;

- è possibile che il disponente si riservi di nominare successivamente, nel corso della durata del trust, con atto autentico o testamento, ulteriori beneficiari o di modificarli: per tale via egli avrebbe la possibilità di monitorare nel tempo i comportamenti e le situazioni relative ai soggetti che intende effettivamente beneficiare<sup>(39)</sup>;

- il trust garantisce, inoltre, la possibilità di designare beneficiari del reddito (ad esempio, il soggetto

disabile) e beneficiari finali (ad esempio, gli altri eventuali coeredi, i fratelli ecc.), favorendo in momenti differenti diversi soggetti;

- è possibile, in più, che il disponente nomini sé stesso beneficiario, volendo disporre, nel momento in cui è perfettamente in grado di intendere e di volere, in vista della propria futura eventuale incapacità, o, ancora, che designi sé stesso quale trustee. Rispetto alla designazione di cui all'art. 408 cod. civ., l'istituzione di un trust permette, altresì, di destinare beni, contando sull'operatività del vincolo e la segregazione patrimoniale.

Si aggiunga che, come è stato rilevato<sup>(40)</sup>, nella disciplina italiana di tutela dell'incapace, basata sul sistema dell'autorizzazione "atto per atto", manca una visione complessiva e programmatica della gestione; questo aspetto è invece proprio del trust, che si caratterizza anche per la presenza di un soggetto deputato ad attuarla.

c) La possibilità di scaglionare l'attribuzione eventualmente in momenti diversi, oltre che di far partecipare qualunque altro terzo soggetto che voglia disporre in favore del vincolo già istituito, attraverso la stipulazione in stadi differenti di atto istitutivo e negozi dispositivi.

Può prevedersi una iniziale dotazione patrimoniale, cui può seguire successivamente il trasferimento di altri beni mobili o immobili.

d) La possibilità che l'istituzione del trust si con-

### Note:

(continua nota 38)

la funzione tutoria, secondo il dettato codicistico (art. 357 cod. civ.) (M. Lupoi, Trusts [supra, nota 34], p. 646).

Sulla prassi dei trust liberali in Italia, e in particolare su un caso di ufficio di guardiano svolto in forma collegiale, e composto inizialmente dai disponenti, si veda, F. R. Lupoi, Cura di un archivio storico di famiglia, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. Sull'applicazione della figura dell'enforcer ad un trust avente come scopo di assicurare ai congiunti del disponente rendite periodiche, cfr. E. Incisa di Camerana, Reddito eterno ai discendenti consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. Su un trust istituito per tenere unito un ingente patrimonio immobiliare, isolando fonti di reddito da destinare a rendite per i congiunti del disponente dopo la sua morte, A. Lupoi, Patrimonio di famiglia, consultabile ivi all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>: anche in tal caso il guardiano inizialmente istituito si identifica con il disponente. Per una esemplificazione della descrizione dei poteri del guardiano in un atto istitutivo, L. F. Risso, Acquisto di un appartamento, consultabile ivi all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(39) Cfr. A. Tonelli, Trust in luogo di amministrazione di sostegno e con finalità successorie, in questa Rivista, 2007, 643.

(40) L.F. Risso - D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse, in questa Rivista, 2009, 373.

figuri come atto *inter vivos* con effetti *post mortem*, nel quale, cioè, l'evento della morte (dei disponenti) si inserisce come termine di efficacia dell'attribuzione.

Il ricorso al trust, con una particolare scansione temporale, parametrata sulla valutazione, con atto di autonomia privata, delle diverse esigenze del soggetto debole, permette ai genitori di provvedere per il "dopo di noi", per quando non potranno più assistere personalmente il loro congiunto, anche nei particolari più pratici della vita quotidiana: la residenzialità del disabile, l'organizzazione della sua vita di relazione, la destinazione delle risorse economiche in suo favore.

La morte del disponente non funziona, peraltro, come unico possibile limite temporale per l'attribuzione: l'effettivo trasferimento può avvenire in un momento successivo a questo momento, ad esempio quando cessa la condizione invalidante per il beneficiario.

e) I costi di istituzione e di gestione del trust appaiono contenuti, soprattutto se confrontati con l'ulteriore possibilità di istituire un soggetto autonomo, una fondazione fiduciaria, nell'interesse del beneficiario.

f) I beni conferiti in trust sono individuati, e non riguardano necessariamente tutto il patrimonio del disponente: ciò consente di mantenere eventualmente nella sua personale disponibilità altri beni, che gli garantiscano una autonoma gestione della sua vita quotidiana.

Non è da escludere la convivenza con altri strumenti già previsti con lo strumentario codicistico, per esempio la possibilità per il disponente di conferire la nuda proprietà di un bene, riservandosene l'usufrutto.

## I limiti e le criticità

Nell'analisi delle implicazioni dell'istituzione di un trust in favore di disabile, dovrà tenersi conto anzitutto dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja, che espressamente stabilisce l'inderogabilità delle normative in materia, tra l'altro, di: "a) protezione di minori e di incapaci; [...] c) testamenti e della devoluzione dei beni successori, in particolare la successione necessaria; [...] f) protezione dei terzi in buona fede".

Tenendo presente questa norma, potranno essere esaminati i limiti e le criticità, anche dal punto di vista applicativo, che questo istituto presenta.

a) La perdita del diritto del disponente, non compensata da un immediato, corrispondente arricchimento del beneficiario.

L'aspetto pratico che forse risalta di più, per chi voglia procedere all'istituzione di un trust in favore di un proprio congiunto, è la perdita della titolarità del diritto del disponente, che peraltro, nell'immediato, viene attribuito non al soggetto beneficiario, ma ad un "terzo" (il trustee) amministratore.

Mentre, secondo lo strumentario codicistico, la donazione è caratterizzata dalla stretta relazione tra impoverimento del donante e arricchimento del donatario; mentre la possibilità di attribuire beni per il periodo successivo alla morte è attribuita con il testamento, che è atto revocabile *usque ad supremum vitae exitum* (art. 587 cod. civ.), il disponente esce di scena dopo l'istituzione del trust, e ciò suscita difficoltà nel ricorso a tale strumento.

Ad arginare i timori connessi a tale operazione, potrà, però, ricordarsi: 1) che il trustee è scelto in base ad un rapporto fiduciario, e tra persone nelle quali i disponenti possono riporre non solo la massima fiducia, ma che in genere forniscono garanzia di essere al riparo da azioni esecutive di creditori: possono essere trustee gli stessi disponenti; può essere scelto un congiunto stretto(41); 2) i disponenti possono riservarsi il ruolo di guardiani, con possibilità di veto sull'operato del trustee o di sua sostituzione; 3) I trustee possono essere nominati nel numero di due o più, con necessità di compiere congiuntamente tutti gli atti di straordinaria amministrazione, per garantire – insieme a quello del guardiano – anche un reciproco controllo e una maggiore ponderazione delle scelte; 4) nell'atto istitutivo può prevedersi che, previa autorizzazione del giudice tutelare del competente Tribunale, il beneficiario abbia facoltà di porre anticipatamente fine al trust, per ottenere eventualmente e direttamente i beni; si tratta di principio da tempo affermato nella legge inglese(42), che ha rilevanza anche, come vedremo, dal punto di vista dei diritti successori.

b) La tutela della legittima.

Uno dei dubbi che sono emersi con più evidenza riguarda la possibilità che oggetto del trasferimento al trustee siano beni che fanno parte della legittima.

Qui si pone un problema tanto di protezione dei soggetti, diversi dal soggetto debole, che abbiano diritto a succedere al disponente, tanto di tutela della

### Note:

(41) Ad esempio, i fratelli del beneficiario, come nel caso di cui all'atto autorizzato da Trib. Firenze, 8 aprile 2004, in questa Rivista, 2004, 567.

(42) Cfr. *Saunders v Vautier*, 1841, in questa Rivista, 2004, 294; *Variation of Trust Act* del 1958.

sfera giuridica dello stesso beneficiario disabile, eventualmente leso dal trasferimento al trustee dei beni, pure amministrati in suo favore e di cui pure durante il trust percepisce le utilità.

È evidente che si tratta di problemi che l'istituzione di un trust pone in ogni caso<sup>(43)</sup>, e che si consiglia di prevenire con una attenta formulazione dell'atto istitutivo e dei diversi assetti patrimoniali; essi, peraltro, assumono connotazioni particolari nel caso di trust in favore di soggetti deboli.

Quanto al primo aspetto, la destinazione di somme, ad esempio da parte dei genitori disponenti al figlio disabile, potrebbe essere considerata non come donazione – soggetta a riduzione – animata da spirito di liberalità, ma quale adempimento dell'obbligo di mantenimento e di assistenza. Nei confronti dei fratelli, eventualmente lesi da queste attribuzioni, potrebbe, altresì, profilarsi un'anticipazione dell'obbligo di prestazione degli alimenti, ai quali questi sarebbero tenuti alla morte dei genitori. La devoluzione dei beni al trust comporterebbe non un ostacolo definitivo all'attribuzione di beni a questi soggetti, ma solo un differimento nel tempo, in quanto questi ultimi potrebbero essere contemplati nell'atto istitutivo quali beneficiari finali<sup>(44)</sup>.

Quanto alla posizione del disabile primo beneficiario, titolare di un diritto alla percezione delle utilità e delle rendite derivanti dai beni gestiti dal trustee, ed ai possibili profili di lesione della legittima a lui spettante, anche egli, come si è detto, potrebbe, in teoria, vantare un diritto a conseguire materialmente la titolarità dei beni corrispondenti alla quota a lui spettante; tenendo presente, fra l'altro, che l'art. 549 cod. civ. stabilisce il divieto di imporre pesi o condizioni sulla quota legittima<sup>(45)</sup>.

Anche al beneficiario è, dunque, da riconoscere la facoltà di esercitare l'azione di riduzione; in aggiunta si potrà, però, considerare il disposto dell'art. 551 cod. civ.<sup>(46)</sup>, in base al quale costui potrebbe, considerando il trust in suo favore come legato in sostituzione di legittima, scegliere di conseguire le rendite, così perdendo il diritto a chiedere un supplemento nel caso in cui il valore del suddetto legato sia inferiore alla legittima e rinunciando in sostanza all'acquisto della qualità di erede e all'esercizio dell'azione di riduzione.

Si è detto, inoltre, che nell'atto istitutivo può prevedersi la facoltà per il beneficiario (del reddito, non anche i beneficiari finali), previa autorizzazione del giudice tutelare del competente tribunale, di porre

anticipatamente fine al trust, per ottenere eventualmente e direttamente i beni.

c) Le autorizzazioni.

Nel quadro della discussione sul citato art. 15 della Convenzione, un altro problema che è stato sottoposto all'esame della dottrina e della giurisprudenza è stato il seguente: se, nel compimento di atti di straordinaria amministrazione nell'ambito della gestione di un trust avente quale beneficiario un minore o un incapace, un trustee debba soggiacere alle regole in tema di autorizzazione prescritte dagli artt. 320 s. cod. civ., 374 s. cod. civ. e 747 cod. proc. civ.<sup>(47)</sup>.

In teoria, infatti, ove la soluzione del trust sia stata l'unica scelta per provvedere a soggetti deboli, le regole sulla protezione degli incapaci previste dal nostro ordinamento non verranno nemmeno in considerazione. Potrà, però, discutersi di una applicazione analogica, in relazione all'identità di *ratio* dei diversi provvedimenti; soprattutto, dovrà riflettersi se le norme imperative in materia di protezione degli incapaci, cui fa riferimento la norma convenzionale suddetta, siano da identificarsi fra l'altro con quelle relative al regime autorizzatorio<sup>(48)</sup>.

#### Note:

(43) Su trust e norme successorie, M. Lupoi, Legittimità dei trust "interni", in I. Beneventi (cur.), *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 29 s.; A. Palazzo, Trust e successioni, in S. Buttà (cur.), *Introduzione ai trust e profili applicativi*, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, p. 37; M. Lupoi, Lettera ad un notaio conoscitore dei trust, in questa Rivista, 2002, 169; Riv. not., 2001, 1159; E. Moscati, Trust e tutela dei legittimari, Riv. dir. comm., 2000, I, 13.

(44) P. Amenta, Trust a protezione di disabile [*supra*, nota 34], a pp. 619-620; M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 34], p. 645. Per talune argomentazioni relative al problema della legittimazione passiva dell'azione di riduzione, si veda G. F. Condò, Trust in favore di disabile [*supra*, nota 34], 1.

(45) Cfr. M. Lupoi, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano*, Milano, 1994, p. 159 s.; A. Palazzo, Trusts e successioni [*supra*, nota 43].

(46) Sulla possibile operatività, in quest'ambito, dell'art. 551 cod. civ. e sulla compatibilità con gli artt. 713, II e III comma, 733, 706 e 734 cod. civ., si veda S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 661.

(47) Per un atto di adesione a un trust già istituito, e per la relativa richiesta di autorizzazione al giudice tutelare da parte di un genitore, rappresentante legale della figlia minore, ed allo stesso tempo trustee, si veda Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 584.

(48) La questione aveva ricevuto risposta negativa già prima dell'entrata in vigore della Convenzione, sulla base della prevalente considerazione del trustee quale proprietario, come tale non qualificabile come titolare di una potestà su situazioni giuridiche altrui, rispetto al quale fosse necessario attivare il regime autorizzatorio citato. Per la dottrina precedente all'entrata in vigore della Convenzione, cfr. G. Cassoni, Il "trust" anglosassone quale istituzione sconosciuta nel nostro ordinamento, *Giur. it.*, 1986, I, 753; L. P. Comoglio, Il caso di "trustee" straniero che agisce in Italia per la vendita di beni ereditari: un dubbio ricorrente di giurisdizione  
(segue)

Il punto centrale che è stato oggetto di riflessione è, peraltro, nel generale riconoscimento della necessità del rispetto del regime autorizzatorio, se esso possa essere evitato con una precisa scelta del disponente nell'atto istitutivo: ciò sulla base di due norme, gli artt. 169(49) e 356(50) cod. civ., che in materia di fondo patrimoniale e donazione o disposizione testamentaria a favore di minore consentono nella sostanza di effettuare una liberalità in favore di un incapace "disponendo altrimenti" rispetto alle autorizzazioni di cui agli artt. 374 e 375 cod. civ.(51).

Se il parametro per valutare la natura precettiva ed inderogabile della complessa disciplina in materia di tutela è appunto la protezione degli incapaci, tale ultima istanza potrà considerarsi prevalente con riferimento ad atti particolarmente incidenti sul patrimonio destinato al beneficiario, quali quelli di straordinaria amministrazione, senza, invece, dover appesantire la gestione ordinaria.

D'altra parte, l'amministrazione del trustee, sebbene legittimata da una titolarità piena, non può essere, per sua stessa natura, che vincolata.

Ove, dunque, non si acceda all'idea della necessità di un controllo giudiziale, sarà opportuna una costante verifica da parte del guardiano, soprattutto in tutti i casi di trust auto-dichiarato(52).

Non sfuggirà, però, la differenza di peso tra autorizzazione giudiziaria e consenso preventivo del guardiano.

Quest'ultimo si può, infatti, iscrivere entro i confini dell'art. 1379 cod. civ., che regola un divieto di alienazione di natura convenzionale (applicabile all'atto istitutivo di trust ex art. 1324 cod. civ.) e, dunque, obbligatoria, con la conseguenza che la mancata concessione del consenso del guardiano ed il compimento dell'atto da parte del trustee in assenza della suddetta autorizzazione legittimerà il beneficiario ad agire contro il trustee solo in via risarcitoria.

#### Note:

(continua nota 48)

zione volontaria internazionale, Riv. not., 1985, 243, a pp. 246 e 252, nota 38. In giurisprudenza, Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in questa Rivista, 2003, 93; Riv. not., 1985, 240. Nella dottrina successiva all'entrata in vigore della Convenzione, l'orientamento seguito è stato, invece, di segno opposto, ritenendosi prevalentemente (M.B. Deli, in Aa. Vv., Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, a cura di A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli, sub art. 15, Nuove leggi civ., 1993, 1211, a pp. 1289-1290; P. Piccoli, Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja, Riv. not., 1995, 37, a p. 46; V. Salvatore, Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato, Padova, 1996, pp. 102-103) che gli atti di disposizione su beni vincolati in trust debbano essere assogget-

tati alle autorizzazioni previste dalle norme suddette. Sulla superfluità di tali adempimenti ove trustee siano i genitori dei beneficiari minorenni e dall'atto istitutivo del trust consti un'apposita clausola che escluda la necessità dell'autorizzazione per gli atti di straordinaria amministrazione, M.B. Deli, *supra*, in questa nota, a pp. 1289-1290.

Altra dottrina (S. Bartoli, Il Trust [*supra*, nota 46] p. 640 s.) ha ritenuto di dover distinguere tra attività di straordinaria amministrazione compiuta dal trustee sul *trust fund* ed attività di straordinaria amministrazione relativa ai diritti del beneficiario incapace aventi fonte nel trust.

Anche secondo A. Di Sapio, Trust e amministrazione di sostegno, in questa Rivista, 2009, 364 (I - Parte), *infra*, 480 (II - Parte), l'attività di gestione del trustee può nel caso in esame considerarsi estranea al regime autorizzatorio giudiziale, perché i beni vincolati non sono più del disponente - beneficiario. Se la *ratio* del controllo del giudice, inoltre, è quella di proteggere la persona da una gestione dei beni non oculata svolta da chi ha il potere e il dovere di amministrarli, un tale scopo sarebbe già soddisfatto dalla verifica in sede di valutazione dell'efficacia e adeguatezza del trasferimento in funzione segregativa della proprietà. Soggetti ad autorizzazione giudiziale sarebbero solo gli atti di istituzione del trust, quelli d'ingresso dei beni in trust, e gli atti relativi ai beni usciti dal trust ed entrati nella sfera giuridica del minore, dell'incapace e della persona soggetta ad amministrazione di sostegno, sempre che siano qualificabili come di straordinaria amministrazione.

Ricostruzioni come quelle riferite, secondo altra dottrina (A. Palazzo, Osservazioni sulla giurisprudenza italiana in materia di trusts: il trust autodichiarato a beneficio di minori o incapaci ed i problemi connessi, in Atti del Congresso Nazionale dell'Associazione "Il trust in Italia", Roma, 21-23 Ottobre 2005, p. 10, in [www.il-trust-in-italia.it](http://www.il-trust-in-italia.it)) manifestano il loro limite nei casi in cui una gestione disordinata e scorretta dei beni del trust incida negativamente sui diritti del beneficiario.

(49) L'art. 169 cod. civ., che prescrive un regime di autorizzazione per gli atti di disposizione dei beni vincolati secondo quell'analogo meccanismo di separazione dei patrimoni che è il fondo patrimoniale, è stato considerato derogabile dai coniugi (in questo senso, C. M. Bianca, Diritto civile, Vol. II. La famiglia. Le successioni, Milano, 1985, p. 107; F. Mazzacane, La giurisdizione volontaria nell'attività notarile, Roma, 1986, pp. 122-123. In giurisprudenza, Trib. Roma, 27 giugno 1979, Riv. not., 1979, 952; Trib. Trapani, 26 maggio 1994, Vita not., 1994, 1559; Trib. Roma, 9 giugno 1998, Riv. not., 1999, 166): con volontà espressa nell'atto costitutivo essi potrebbero, pur in presenza di figli minori, non solo consentire atti di straordinaria amministrazione da parte del singolo coniuge, ma anche escludere la necessità di autorizzazione giudiziale. Cfr. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 34], p. 624 s; Id., Lettera a un notaio conoscitore dei trusts [*supra*, nota 43], a p. 183; F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su *trust* e trascrizione), Riv. not., 2001, I, 11; M. L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi [*supra*, nota 43], p. 125; in giurisprudenza, Trib. Milano, 8 ottobre 2002, in questa Rivista, 2003, 270).

(50) Com'è noto quest'ultima disposizione prevede la possibilità della nomina di un curatore speciale, da parte di un donante o di chi dispone per testamento, per l'amministrazione dei beni donati o lasciati ad un minore, anche soggetto alla potestà dei genitori; la norma suddetta contempla, inoltre, la possibilità di "disporre altrimenti" rispetto al dettato degli artt. 374 e 375 cod. civ. per gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal curatore stesso. Questa disposizione è stata considerata applicabile anche agli interdetti (su questa linea, G. Santarcangelo, La volontaria giurisdizione nell'attività negoziale, Milano, 1985-1989, II, 811; A. Guerra, Il curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati ad incapaci, Riv. not., 1960, 173. Sulla materia in questione, si vedano, inoltre, S. Tondo, Controllo notarile sui presupposti dell'atto negoziale, in Aa. Vv., Consiglio Nazionale del Notariato, Studi e Materiali, I, Milano, 1985, p. 368, pp. 377-378; C. Ruperto, ove "Curatori speciali (dir. civ.)", Enc. dir., vol. XI, Milano, 1962, 533, a pp. 539-540; A. Torrente, La donazione, Milano, 1956, pp. 374-375) per l'esplicito richiamo contenuto nell'art. 424, I comma cod. civ.

(51) Cfr., sul punto, anche S. Bartoli, Trust con beneficiari incapaci e rispetto delle norme imperative in materia, in questa Rivista, 2003, 560, a p. 563.

(52) A. Palazzo, Osservazioni [*supra*, nota 48], a p. 11.

L'atto del trustee compiuto senza le necessarie autorizzazioni giudiziali sarà, invece, annullabile, su istanza del beneficiario, ex art. 322 cod. civ.(53).

d) La compatibilità con il divieto di sostituzione fedecommissaria.

L'analisi del trust a tutela dei disabili sollecita un confronto con l'istituto della sostituzione fedecommissaria: lo scopo comune della cura di un infermo di mente, unito ad una apparente analogia strutturale (attribuzione ad un soggetto di alcuni beni successivamente destinati ad altro beneficiario), impone questa ulteriore riflessione; ciò per verificarne le interferenze, sia dal punto di vista dell'ammissibilità del trust anche alla luce del divieto di cui all'art. 692 cod. civ. in relazione al citato art. 15 della Convenzione de L'Aja(54), sia, allo stesso tempo, per saggiare le diverse possibilità di applicazione del trust rispetto a questo istituto.

L'art. 692 cod. civ., ponendo stretti limiti soggettivi e funzionali, ha, infatti, vietato la sostituzione fedecommissaria, per ragioni ricollegabili all'esigenza di evitare limitazioni alla libera circolazione dei beni(55).

Tali limiti sono forse alla base della scarsa fortuna che l'istituto ha avuto nella sua applicazione pratica, perché l'estrema rigidità della sua disciplina si manifesta sia quanto ai soggetti legittimati ad attivarla (genitori, ascendenti, coniuge) che a quelli nei cui confronti è invocabile (interdetti e minori in condizioni di abituale infermità tali da far presumere che interverrà la pronuncia di interdizione nell'ultimo anno della loro minore età).

Anche qui si tratta di scegliere se considerare gli istituti interni come altrettanti limiti di conformità per il trust o quali meri strumenti alternativi rispetto ai quali verificare ulteriori possibilità applicative. Può dirsi, infatti, che:

- L'esiguità dei casi nei quali la sostituzione fedecommissaria è ammessa rende utile il trust ove si voglia provvedere ad un soggetto debole e questi non sia interdetto, o non si trovi nella relazione di parentela o coniugio cui fa riferimento la norma citata.

- D'altra parte, dal punto di vista della compatibilità con il divieto di cui agli artt. 692 s. cod. civ., il trust non appare in contrasto con il divieto di sostituzione fedecommissaria, nel senso che non risulta perfettamente sovrapponibile a questo istituto: su questa soluzione la dottrina, la giurisprudenza(56) ed i contributi della prassi(57), pur pervenendovi attra-

verso percorsi diversamente motivati, sono abbastanza concordi.

Le ragioni di questa soluzione possono essere così sintetizzate:

1) Nel trust, in primo luogo, non è rinvenibile una doppia istituzione(58): istituito non sarebbe il trustee (al limite considerabile come onerato della disposizione fiduciaria), né il beneficiario immediato (nel caso esemplare, che si è preso in considerazione

#### Note:

(53) Cfr., sul punto, Trib. Milano, 20 ottobre 2002, confermata da App. Milano, 2 luglio 2004, inedite. Quanto ad istanze non previste dal nostro ordinamento, ma qualificabili come atti di volontaria giurisdizione, quali la richiesta di nomina del trustee o di direttive da parte di quest'ultimo, si è rilevato (L.F. Riso - D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse [*supra*, nota 40], p. 12) che la ratifica della Convenzione dell'Aja ha determinato l'introduzione di queste nuove ipotesi *extra codices* di provvedimenti, normalmente caratterizzati da tipicità.

(54) L'analogia opererebbe ove il trustee fosse incaricato di destinare il reddito dei beni in trust a più beneficiari successivi, ciascuno alla morte dell'altro: cfr. M. Lupoi, Introduzione [*supra*, nota 45], nota 692: l'esempio che si fa è l'affidamento ad un trustee perché attribuisca i redditi ad A, B, C e attribuisca la piena proprietà all'ultimo nato di C.

(55) Così la dottrina più tradizionale: V. Durante, voce "Fedecommissario", Enc. giur. Treccani, vol. XIV, Roma, 1989; V. Terzi, Sostituzione semplice e sostituzione fedecommissaria, in P. Rescigno (cur.) Successioni e donazioni, Padova, 1994, p. 1153; M. Bernardini, Sostituzione fedecommissaria, Riv. not., 1993, 1081, a pp. 1081-1110; G. Iudica, Fondazioni, fedecommissarie, trusts e trasmissione della ricchezza familiare, Nuova giur. civ., II, 77, poi in Aa. Vv., La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio, Padova, 1995, p. 97. In giurisprudenza, Cass., 11 giugno 1975, n. 2306, Giust. civ., 1975, I, 1417; Cass., 10 luglio 1979, n. 3969, Giur. it., 1980, I, 1, 882 (nota M. Vita De Giorgi); Cass., 11 luglio 1980, n. 4443, Giur. it., 1981, I, 1, 1874 (nota E. Perego); Cass., 19 gennaio 1985, n. 150, Riv. not., 1985, II, 150; Cass., 27 novembre 1990, n. 11428, Giust. civ., 1991, I, 1229 (nota N. Di Mauro); Cass., sez. II, 17 aprile 2001, n. 5604, Giust. civ. Mass., 2001, 799; Cass., sez. II, 18 luglio 2005, n. 15130, Giust. civ. Mass., 2005, 6; Riv. not., 2006, 783 (nota A. La Mendola).

(56) Trib. Lucca, 23 settembre 1997, Foro it., 1998, II, 2007, confermata da App. Firenze, 9 agosto 2001, in questa Rivista, 2002, 244.

(57) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 34], pp. 645 e 660. Sul punto, si veda, inoltre, P. Amenta, Trust a protezione di disabile [*supra*, nota 34], a p. 618; A. Palazzo, Trust e successioni [*supra*, nota 43], a p. 39; M. Lupoi, Aspetti gestori e dominicali, segregazione: "trust" e istituti civilistici, nota a Trib. Lucca, 23 settembre 1997, Foro it., 1998, I, 3391.

(58) È discusso se nell'istituto in commento si verifichi una doppia delazione contestuale o successiva. La dottrina prevalente (A. Cicu, Successioni per causa di morte, Parte generale: Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria, in Tratt. dir. civ. e comm. diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1961, 363; L. Coviello jr., Diritto successorio, Bari, 1962, p. 433; G. Caramazza, Delle successioni testamentarie, artt. 587-712, in Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da De Martino, Roma, 1982, 420; G. Grosso - A. Burdese, Le successioni. Parte generale, in Trattato Vassalli, Torino, 1977, 258; S. Piras, La sostituzione fedecommissaria, Milano, 1952, p. 154; M. Talamanca, Successioni testamentarie, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1978, 367; G. Capozzi, Successioni e donazioni, II, Milano, 1982, 609) è attestata sulla seconda tesi, secondo la quale la delazione si rinnova alla morte dell'istituto a favore del sostituito, in coerenza con il dettato dell'art. 696 cod. civ. Cfr. anche P. Amenta, Trust a protezione di disabile [*supra*, nota 34], a p. 618.

in questa materia, il disabile, che non diviene proprietario dei beni, ma è solo percettore dei frutti e del reddito), ma solo il beneficiario finale.

2) Nel trust non sarebbe nemmeno rinvenibile un obbligo di conservazione e restituzione dei beni devoluti, perché il (primo) beneficiario non è proprietario e nemmeno può, conseguentemente, disporre del bene; il trustee, effettivo proprietario, è, invece, libero di disporre dei beni, pur eventualmente sotto il controllo del guardiano e con le autorizzazioni e nei limiti dello scopo del trust, ma non può profittarne, né godere dei beni, ed ha l'obbligo di far percepire i frutti e i redditi ai beneficiari iniziali e di devolvere gli eventuali beni residui a favore dei beneficiari finali(59).

Nella sostituzione fedecommissaria, se è vero che l'art. 694 cod. civ. abilita l'istituto ad alienare ed a costituire ipoteche sui beni oggetto della sostituzione solo in caso di utilità evidente, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria e con reimpiego delle somme ricavate, l'art. 693 cod. civ. consente all'istituto il godimento e la libera (ordinaria) amministrazione dei beni che formano oggetto della sostituzione(60).

3) L'art. 695 cod. civ. sancisce l'inalienabilità in *executivis* del diritto fedecommissario in capo all'istituto: i suoi creditori personali potranno agire solo sui frutti, e non sui beni della sostituzione, per l'ovvia necessità di evitare che eventuali azioni esecutive possano deludere l'aspettativa del sostituito. Anche su tale vincolo di inesecutività si potrà riflettere: la dottrina ha parlato, a tal proposito, di patrimoni separati, ma in quest'ultimo caso la separazione non è netta e durevole come nel trust.

4) Un'ulteriore notazione, in questa logica di parallelismo e di individuazione delle affinità dei due istituti, riguarda l'oggetto della sostituzione: potrà essere fedecommissaria qualunque situazione giuridica compatibile con l'istituto, anche, dunque, un diritto reale limitato, una situazione di nuda proprietà o un diritto di credito. Ma non potrà costituire oggetto del lascito, per l'espresso divieto contenuto nell'art. 698 cod. civ.(61), un diritto di usufrutto, una rendita o un'annualità (per alcuni anche una servitù, un pegno, un'ipoteca). Un trust, invece, potrà avere ad oggetto anche tali situazioni giuridiche.

5) Ciò che costituisce un punto problematico comune riguarda la possibilità, espressamente ammessa anche per la sostituzione fedecommissaria dall'art. 692 cod. civ. *post* riforma, che confluiscono in fedecommissario anche i beni costituenti la legittima dell'interdetto istituito. La questione può considerarsi parallela

a quella relativa alla possibilità che un soggetto disponga, istituendo un trust, anche dei beni costituenti la legittima dello stesso beneficiario o di altri, così esponendosi al rischio dell'esperimento dell'azione di riduzione da parte degli eredi preteriti o lesi.

Il nodo problematico è comune ai due istituti, ma riceve soluzioni diverse, anche nei passaggi logici che le sostengono. Della tutela successoria nel trust si è già parlato. Nella sostituzione fedecommissaria, la possibilità che il testatore inserisca fra i beni fedecommissari anche quelli costituenti la legittima non può, allo stato, dar luogo ad azione di riduzione, appunto perché una tale eventualità è espressamente contemplata dall'art. 692, I comma cod. civ.

Il riferimento a tale ultima disposizione costituisce uno spunto significativo se si considera l'analogia tra i due istituti, anche per la *ratio* comune della tutela del soggetto debole: l'inciso di cui all'art. 692 cod. civ. potrebbe giustificare, secondo un'applicazione analogica, il lascito in trust in favore del soggetto disabile, e costituire una ulteriore argomentazione per salvarne il contenuto, senza ricorrere all'art. 551 cod. civ.(62).

## Lo spazio lasciato dagli altri strumenti

Si è detto degli strumenti tradizionali e degli atti di destinazione a protezione dei soggetti deboli.

Si tratta a questo punto di precisare l'eventuale diverso ambito applicativo delle varie misure e lo spazio lasciato agli strumenti di protezione rimessi all'autonomia privata.

Si consideri anzitutto che, nell'impianto della nuova disciplina, la pronuncia di interdizione, inabi-

### Note:

(59) Naturalmente i suoi poteri saranno più o meno ampi anche a seconda che si tratti di trust fissi o discrezionali, ma in quest'ultimo caso non si porrebbe a monte un problema di parallelismo tra i due istituti, poiché il destinatario finale non sarebbe scelto dal disponente al momento dell'istituzione.

(60) Cfr. G. Capozzi, Successioni e donazioni [*supra*, nota 58], p. 581.

(61) Sul rapporto tra art. 15 della Convenzione de L'Aja e divieto di usufrutto successivo, cfr. A. Palazzo, Trust e successioni [*supra*, nota 43], a p. 127. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 34], p. 660, specifica che, ove il trust integri il caso di attribuzione di più rendite successive vietate, esso avrà efficacia limitatamente alla prima istituzione beneficiaria.

(62) D'altra parte la possibilità di destinare taluni beni ad uno o più soggetti in ordine sequenziale, con destinazione successiva, è anche realizzabile con una fondazione familiare: la dottrina subordina ancora questo istituto ad una finalità socialmente utile, nel rispetto del limite fissato dall'art. 698 cod. civ. La destinazione familiare presenta qualche interferenza, anche dal punto di vista del problema della durata, con l'art. 2645 *ter* cod. civ.

litazione (o amministrazione di sostegno) – ove se ne presentino i presupposti indicati – non è più obbligatoria, ma deve essere emessa “quando è necessario per assicurare una adeguata protezione” ai soggetti sottoposti (nuovo testo dell’art. 414 cod. civ.)(63).

In questa ricostruzione, inoltre, dovrà tenersi altresì conto del fatto che il trust non si pone necessariamente in alternativa alle misure di protezione dei soggetti deboli, poiché esso può affiancarsi ai medesimi.

A tal proposito, la giurisprudenza(64) si è, in molti casi, pronunciata positivamente sulla autorizzazione dell’amministratore di sostegno a procedere all’istituzione di un trust in favore di soggetto debole, concedendo talvolta l’autorizzazione a vincolare beni in trust contestualmente alla nomina dello stesso amministratore di sostegno; ancora, ha autorizzato i genitori di un minore disabile a vincolare in trust somme del minore stesso e dei genitori(65); ha autorizzato il tutore di un beneficiario interdetto a prestare il consenso alla modifica di clausole di un atto istitutivo di trust(66); ha autorizzato l’istituzione di un trust su beni di un minore, disponendo talune modificazioni (nomina non prevista del guardiano) da apportare alla bozza dell’atto istitutivo(67).

La dottrina, dal canto suo, ha rilevato che le parti potrebbero ricorrere ad una combinazione negoziabile fra i vari strumenti: in particolare è stata evidenziata(68) la possibilità di realizzare un modello non legale di “fiducia rinforzata”, concludendo un contratto fiduciario cui venga collegato un atto di destinazione: destinando cioè determinati beni ad uno scopo e attribuendo gli stessi in proprietà ad un fiduciario incaricato di gestirli e di assicurare l’attuazione dello scopo indicato nell’atto di destinazione, ciò determinerebbe un rafforzamento della posizione del beneficiario verso l’esterno.

Lo spazio lasciato all’autonomia privata è, dunque, ormai significativo, sia pure con i limiti che si sono evidenziati: la distinzione tra misure istituzionali e misure rimesse alla scelta del singolo risiede nel fatto che, nel primo caso, la gestione degli effetti (il grado di incapacitazione del beneficiario con le relative conseguenze) sarà rimessa alla legge o, nel caso dello strumento più flessibile quale l’amministrazione di sostegno, alle determinazioni dell’autorità giudiziaria. Nel secondo caso, sia pure nei limiti normativi, la determinazione degli effetti sarà lasciata all’atto di destinazione o all’atto istitutivo: sarà in questo documento, ad esempio, che il conferente potrà dare indicazioni precise in ordine alla disposizione dei be-

ni destinati, distinguendo tra atti di disposizione conformi alla destinazione ed atti contrari(69).

Quanto al problema di una possibile sovrapposizione e di un conseguente necessario coordinamento tra trust e istituti posti a protezione degli incapaci, è evidente che tale situazione si presenta allorché l’handicap incida al punto da determinare una incapacità di provvedere ai propri interessi e si scelga di attivare le misure di protezione di cui agli artt. 404 s. cod. civ.

All’atto istitutivo sarà allora affidato il compito di delimitare i diversi ambiti operativi, evitando sovrapposizioni tra trustee e tutore, curatore o amministratore di sostegno, e determinando i poteri del trustee, l’eventuale successione o amministrazione congiuntiva di più trustee, diversificate possibilità di intervento che consentano un adeguamento delle cure alla variabile situazione del soggetto debole, con la possibilità di richiedere il consenso espresso del beneficiario o dei suoi familiari.

Il soggetto designato quale amministratore di sostegno, tutore o curatore potrà essere egli stesso nominato quale trustee, ove presenti doti di professionalità nell’amministrazione di patrimoni e nella gestione della relazione con il disabile. Ove sia persona diversa, nell’atto istitutivo può prevedersi che il trustee consegni annualmente una relazione all’amministratore di sostegno, al tutore o al curatore: ciò permetterà un duplice controllo sul suo operato.

La diversa titolarità dei beni comporta una diversa autonomia rispetto al beneficiario. L’amministratore di

#### Note:

(63) Il passaggio dalla dizione “devono essere interdetti” del vecchio art. 414 cod. civ. alla nuova formulazione è stato posto in risalto anche dalla giurisprudenza (Trib. Bari, sez. I, 3 maggio 2008, consultabile sul sito Internet di “Giurisprudenza barese” all’indirizzo <http://www.giurisprudenzabarese.it>) che ha rilevato che il nuovo testo dell’art. 414 cod. civ., rubricato “Persone che possono essere interdette”, sottintende proprio l’eliminazione del carattere obbligatorio della misura interdittiva.

(64) Cfr. Trib. Genova, 14 marzo 2006, Giur. merito, 2006, 2644 (nota D. Di Profio) e in questa Rivista, 2006, 415; Trib. Bologna, G. T., 23 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 631; Trib. Rimini, 21 aprile 2009, in questa Rivista, 2009, 409.

(65) Trib. Firenze, 8 aprile 2004, in questa Rivista, 2004, 567.

(66) Trib. Firenze, 7 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 85.

(67) Trib. Modena, sez. distaccata di Sassuolo, 11 dicembre 2008, in questa Rivista, 2009, 177. Nel relativo ricorso il tutore espressamente si era proposto quale trustee. Su questa pronuncia, cfr. L.F. Riso – D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse [*supra*, nota 40].

(68) A. Luminoso, Contratto fiduciario [*supra*, nota 32], a p. 1004.

(69) M. Bianca – M. D’Errico – A. De Donato – C. Priore, L’atto notarile di destinazione [*supra*, nota 2], p. 44.

sostegno, il tutore o il curatore non sono titolari di diritti sui beni del beneficiario e possono compiere sui cespiti dello stesso gli atti stabiliti dalla legge o nel decreto di nomina. Con il trust i beni saranno destinati esclusivamente alle finalità stabilite nell'atto istitutivo, eventualmente dallo stesso beneficiario/disponente.

Risulta forse più problematico, nella pratica, delimitare il diverso campo applicativo rispetto agli atti di destinazione. È possibile, infatti, come si è visto, che la destinazione negoziale sia utilizzata per sorreggere patrimonialmente soggetti in condizioni di disabilità, sia essa caratterizzata o meno da incapacità formalizzata. Si è ritenuto<sup>(70)</sup> che la menzione dei disabili, anzi, costituisca chiave di lettura dell'art. 2645 *ter* cod. civ., e "concetto relazionale" per individuare gli (altri atipici) interessi meritevoli di tutela.

Sono state altrove evidenziate le significative differenze tra trust e atti di destinazione<sup>(71)</sup>.

Poiché centrale risulta la destinazione di beni e rimessa all'interprete è la configurabilità di una struttura bilaterale e della presenza di un gestore legato al conferente da un rapporto fiduciario, nella neutralità dello strumento previsto dall'art. 2645 *ter* cod. civ., per ciò che riguarda lo specifico scopo della protezione dei soggetti deboli potrà anzitutto rilevarsi che la cura della persona non è demandata ad un soggetto deputato specificamente a questo.

La diversa utilità del trust rispetto alle misure indicate consiste allora nel fatto che esso coniuga tutti i citati elementi e le illustrate funzioni: la presenza di un soggetto, il trustee, deputato alla gestione di taluni beni e titolare degli stessi, con l'esistenza di uno o un insieme di cespiti vincolati ad uno scopo stabilito nell'atto istitutivo.

Il trust, dunque, permette, con un solo istituto, di soddisfare l'esigenza di provvedere ad un soggetto destinandogli dei beni e di risolvere contestualmente il problema della gestione degli stessi ed eventualmente della sua persona; e ciò inoltre, diversamente da quanto accade con gli strumenti istituzionali di protezione, anche nella prospettiva di provvedere ai soggetti deboli per il periodo successivo alla morte dei disponenti, costituendo un patrimonio "segregato", con tutte le garanzie di intangibilità che esso comporta (e tenuto presente che la sostituzione fedecommissaria risulta inefficiente rispetto a questi scopi). Vincolando dei cespiti ed affidandoli a persona di fiducia il trust vale, così, a rafforzare "le autonomie del beneficiario, nello spirito del nuovo titolo XII del I libro del codice civile"<sup>(72)</sup>.

Dunque, le parti potranno decidere quale istituto o quale combinazione di strumenti risulta più efficiente in relazione alle loro esigenze: da tale scelta non saranno estranee la valutazione dei profili fiscali<sup>(73)</sup>, la scelta sulla incapacitazione o meno del proprio congiunto in relazione al suo stato di salute psicofisico, gli specifici doveri fiduciari di cui si vorrà gravare il gestore ed, in sostanza, il grado di fiducia che le parti saranno in grado o vorranno riporre su quest'ultimo; la linea di demarcazione con l'art. 2645 *ter* cod. civ. sarà legata al grado di espansione che si ritenga di attribuire alla suddetta norma, il cui ambito applicativo appare legato al contenuto della formula della "meritevolezza dell'interesse" (nel caso della tutela dei disabili, però, esplicitamente risolto) ed allo spazio lasciato all'autonomia privata per compensare i numerosi *deficit* di disciplina.

#### Note:

(70) M. Bianca – M. D'Errico – A. De Donato – C. Priore, L'atto notarile di destinazione [*supra*, nota 2], p. 16.

(71) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" [*supra*, nota 22], a p. 169; Aa. Vv., Negozio di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato [*supra*, nota 28], p. 18 s.

Per i limiti alla utilizzazione del vincolo di destinazione in favore di soggetti deboli, esaminato in rapporto al contratto di affidamento fiduciario, cfr. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, p. 327.

(72) Come evidenziato da Trib. Bologna, 23 settembre 2008 [*supra*, nota 64]. In questo senso anche Trib. Padova, 2 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 628, che ha autorizzato l'estromissione di beni da un fondo patrimoniale ed il loro vincolo in trust. Significativo anche il parere del giudice tutelare, che ha ritenuto che il trust "non realizza una sicura tutela delle esigenze della famiglia e, quindi, dei beni dei figli minori", ma ha considerato "che l'art. 169 c.c. consente, però, l'alienazione di beni del fondo patrimoniale e ritenuto che il conferimento di alcuni beni nel trust è atto di disposizione meno incidente di un'alienazione".

(73) Sul punto, da ultimo, cfr. Circolari n. 48/E del 2007, n. 3/E e n. 28/E del 2008 dell'Agenzia delle Entrate, in questa Rivista, rispettivamente 2007, 630; 2008, 211; 2008, 340 (su cui, v. Aa. Vv., Analisi interpretative e novità della circolare 3/E2008 dell'Agenzia delle Entrate, Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Roma, 2008) e Circolare ABI, serie Tributaria n. 10-12-5-2008, in questa Rivista, 2008, 428. Si considerino gli aspetti problematici della distinzione tra momento attuale di tassazione – all'atto della segregazione – e successivo arricchimento del beneficiario: ad esempio, l'eventualità che l'individuazione del beneficiario sia rimessa ad un atto successivo (del disponente o del trustee) rispetto al momento della stipulazione dell'atto istitutivo, del trasferimento al trustee e della segregazione del patrimonio, fattispecie impositiva del tributo sulle successioni e donazioni secondo la citata Circolare 3/2008: in tal caso una interpretazione rigorosa comporterebbe l'applicazione dell'aliquota massima per la suddetta imposta, non potendo operare nessuna esenzione o franchigia. La generale affermazione della soggettività tributaria del trust nelle imposte sulle successioni e donazioni risulta criticabile anche quanto agli effetti che ciò avrebbe sulla tassazione dei trust c.d. auto-dichiarati. Cfr. sul punto, T. Tassani, I trust: trattamento tributario, in Aa. Vv., Analisi interpretative e novità della circolare 3/E2008 dell'Agenzia delle Entrate [*supra*, in questa nota], p. 46; F. Formica, Il trattamento fiscale degli atti di destinazione, *ivi*, p. 17 s.



# L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi

di Nicola de Renzis Sonnino

La giurisprudenza di merito, con la sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Firenze n. 30 del 2009(1), sottolinea, in assenza di disposizioni specifiche nei confronti del trust in materia di imposizione indiretta, la necessaria "attribuzione" di beni o diritti o, meglio, il "trasferimento di ricchezza" a favore di un terzo soggetto onde poter configurare il presupposto dell'imposta sulle donazioni, individuato nella "costituzione di vincoli di destinazione"; con la conseguente inapplicabilità della suddetta imposta qualora il soggetto terzo sia titolare di una mera posizione di "aspettativa giuridica" nei confronti del trust, equiparabile ad un diritto sottoposto a condizione sospensiva al contrario di quanto da tempo sostenuto dall'Agenzia delle entrate. La stessa Agenzia delle entrate ha affermato, con la risoluzione n. 110/E(2), che il conferimento di una azienda in trust, qualora strumentale al passaggio generazionale, può essere configurato quale fattispecie (ricompresa nell'ambito applicativo del tributo ma) esente dall'imposta ai sensi dell'art. 3, comma 4-ter, del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, laddove ricorrano tutte le condizioni stabilite dalla disposizione.

## ■ Delimitazione dell'ambito applicativo delle imposte indirette

Il trust è stato recentemente riconosciuto ai fini delle imposte sui redditi quale soggetto giuridico avente autonoma soggettività passiva(3) nell'ambito di un rapporto impositivo contestualmente regolamentato, sia con specifico richiamo al quadro normativo vigente(4), sia previa introduzione di alcune disposizioni peculiari(5).

Viceversa, nell'ambito dell'imposizione indiretta, nonostante i numerosi interventi normativi al ri-

guardo e le riforme che in questi ultimi anni si sono succedute(6), non vi è a tutt'oggi alcuna norma o formulazione che contempri espressamente il trust. Questo dato rappresenta il punto di partenza per comprendere le numerose problematiche ed i relativi confronti tra le diverse posizioni in tema di imposizione indiretta del trust: occorre infatti individuare la fattispecie normativa che risulti applicabile nei confronti del trust e dei singoli atti che coinvolgono lo stesso (trust), onde individuarne la relativa tassazione indiretta.

La seconda premessa concerne la duttilità ed eterogeneità dell'istituto del trust: non esiste un trust, ma una molteplicità di tipologie di trust; occorrerà dunque verificare caso per caso il regime ai fini dell'imposizione indiretta applicabile al singolo atto e/o vicenda che riguardi uno specifico trust(7).

Nicola de Renzis Sonnino - *Avvocato in Firenze*

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Corr. trib.*, 2009, 2032: ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

Note:

(1) In questa Rivista, 2009, 425.

(2) In questa Rivista, 2009, 449.

(3) Cfr. l'art. 73 del T.U.I.R., nella formulazione recentemente modificata.

(4) Il riferimento è naturalmente alle disposizioni del T.U.I.R.

(5) Si tratta delle modifiche introdotte con l'art. 1, comma 74, lett. b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007). In argomento, cfr. M. Lupoi, *Imposte dirette e trust*, *Corr. trib.*, 2007, 253; N. L. De Renzis Sonnino, *Il trust ed i redditi dei beneficiari*, in questa Rivista, 2007, 361; G. Fransoni, *L'individuazione dei beneficiari e il regime della "trasparenza"*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, *Trusts, Quaderni*, n. 9, Milano, 2008, 35.

(6) Anche contestualmente alle modifiche apportate all'art. 73 del T.U.I.R. in materia di imposte sui redditi. Basti pensare all'art. 2, commi 47-53, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, di cui v. *infra*.

(7) La stessa Agenzia delle entrate, oltre che la dottrina, ha più volte sottolineato simile molteplicità del trust.

## ■ Imposta sulle successioni e donazioni

In questo contesto, assume ovviamente particolare importanza la recente reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni(8). Invero, il tributo ha visto modificato - rispetto al passato - il presupposto impositivo, che oggi ricomprende, oltre ai "trasferimenti di beni e diritti per causa di morte" ed alla "donazione", i "trasferimenti a titolo gratuito" e la "costituzione di vincoli di destinazione"(9), pur nell'ambito delle disposizioni del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 ("D. Lgs. n. 346/1990"), che restano applicabili al nuovo tributo "in quanto compatibili". Si tratta di due espressioni che - entrambe - caratterizzano il trust:

a) il conferimento di beni e diritti a favore del trustee è infatti a titolo gratuito;

b) così come, per altro verso, l'istituzione di un trust costituisce sicuramente momento in cui si viene a creare un vincolo di destinazione su determinati beni (quelli che saranno conferiti al trust) o attività (poste in essere dal trustee).

È dunque importante delimitare l'ambito applicativo della reintrodotta (e potremmo dire, sotto questo punto di vista, nuova) imposta sulle successioni e donazioni in relazione al trust. Infatti, da un lato, le espressioni utilizzate nell'ambito della disposizione in tema di "oggetto del tributo" sono - come detto - conferenti al trust, nel senso che integrano, in effetti, alcune delle possibili caratteristiche essenziali dello stesso (trust); dall'altro lato, tuttavia, posto che le stesse espressioni non sono comunque e necessariamente riferite *tout court* al trust, dovrà essere compiuta un'attenta disamina quanto alla sussistenza dei presupposti (vecchi e nuovi) dell'imposta sulle successioni e donazioni nei confronti del singolo trust in questione, caso per caso, non potendosi apoditticamente affermare un generale assoggettamento del trust alla nuova imposta senza le necessarie ulteriori verifiche, in relazione alle disposizioni normative ed al contesto del D. Lgs. n. 346/1990.

## ■ Trasferimento di ricchezza quale presupposto impositivo del tributo

La Commissione Tributaria Provinciale di Firenze, con la sentenza n. 30 del 2009(10), offre una prima ricostruzione dell'ambito applicativo dell'imposta sulle donazioni nei riguardi di un sin-

golo trust. Si trattava di un atto di conferimento di beni immobili da parte del disponente a favore di un trust c. d. liberale, ossia istituito nell'ambito di un programma/intento liberale o, in altri termini, avente una causa liberale; il trust, una volta realizzato il programma, e comunque al momento della scadenza, avrebbe poi dovuto trasferire tali beni ad alcuni soggetti, i c. d. beneficiari finali, che venivano individuati in base al verificarsi o meno di tutta una serie di circostanze ed eventi futuri.

Nel suddetto caso, il ricorrente contestava l'imposizione proporzionale, a titolo di imposte sulle donazioni, ipotecarie e catastali, in relazione al conferimento iniziale dei beni a favore del trust, sostenendo che simile imposizione avrebbe dovuto avvenire (non in tale occasione ma solo) al momento (successivo) del trasferimento finale dei suddetti beni in capo ai beneficiari finali, ossia quando si sarebbe concretamente integrato il relativo presupposto, consistente nell'effettivo trasferimento dei beni (da parte del trust) a vantaggio di determinati soggetti (in tale contesto definitivamente individuati ed aventi un diritto certo a siffatto arricchimento).

La problematica sottesa alla controversia concerneva dunque, non tanto il principio di teorica applicabilità del tributo agli atti di trasferimento a favore (o da parte) del trust, quanto l'individuazione del momento in cui si verifica il presupposto imponibile, cui è ricollegata la nascita dell'obbligazione impositiva.

La Commissione adita ha condiviso la ricostruzione offerta dal contribuente, in base ai seguenti passaggi motivazionali:

a) in materia di imposizione indiretta non vi è una disposizione che si riferisca espressamente al trust;

b) le circolari dell'Agenzia delle entrate "sono

### Note:

(8) Cfr. l'art. 2, commi 47-53, del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262, per il cui tramite è stata reintrodotta l'imposta sulle successioni e donazioni di cui al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

(9) In realtà, le modifiche apportate in sede di reintroduzione concernono anche altri aspetti (ad esempio le aliquote d'imposta) che non interessano tuttavia in questa sede.

(10) *Supra*, nota 1; GT - Riv. giur. trib., 2009, 534, con commento di D. Stevanato, Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa.

meri pareri di parte”(11), e dunque la posizione dell’Agenzia delle entrate ivi enunciata non è certo vincolante;

c) l’espressione, utilizzata in sede di presupposto impositivo, “vincoli di destinazione” non è direttamente conferente e riferibile al trust, ma può essere eventualmente oggetto di applicazione al trust solo in via “analogica e estensiva”;

d) il soggetto passivo è il trustee, perché il trust “non è soggetto di diritto”;

e) la nuova disposizione in tema di imposta sulle donazioni fa riferimento al “valore dei beni o diritti attribuiti a favore” di un soggetto; da ciò discende che è irrilevante, e non può dunque essere assoggettata “a tassazione”, la “mera costituzione del vincolo di destinazione”; l’atto - per essere tassato - deve consistere nella “attribuzione” di beni o diritti “a favore di un soggetto terzo rispetto al disponente”;

f) qualora, come nel caso sottoposto alla Commissione, i beneficiari, pur indicati, abbiano una mera “aspettativa giuridica”, che non consente loro di ottenere i beni al momento dell’istituzione del trust, non si realizza alcun arricchimento tassabile in capo agli stessi; i suddetti beneficiari hanno una posizione analoga a colui che è titolare di un diritto incontrovertibile ma sottoposto a condizione sospensiva; la incontrovertibilità del diritto rileva non in quanto tale, ma solo in quanto si ricolleggi alla possibilità concreta di ottenere i beni suddetti; possibilità che si verificherà nella fattispecie specifica solo al momento del verificarsi degli eventi condizionati;

g) la funzione dell’atto di conferimento dei beni è quella “pienamente strumentale, di consentire al trust, attraverso il controllo dei beni stessi, di attuare il programma predisposto nell’atto istitutivo”; l’atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee è dunque un atto “né gratuito né oneroso, bensì neutro” da un punto di vista impositivo;

h) in coerenza con la ricostruzione civilistica dell’istituto, all’atto originario di conferimento le imposte indirette devono essere applicate nella misura fissa e non proporzionale;

i) infatti, solo “successivamente”, ossia quando “il trustee, realizzato il programma predisposto dal disponente nell’atto istituito, attribuirà il *trust fund* ai beneficiari, sarà integrato il presupposto impositivo”; ciò in quanto “l’oggetto della tassazione deve concretizzarsi in un trasferimento di ricchezza “a favore di un soggetto terzo” e, anche in presenza di “vincoli di destinazione” è costituito dall’incremento netto di

ricchezza conseguito dal beneficiario dell’elargizione, quindi dal suo effettivo arricchimento”;

l) per cui, solo “al momento in cui si verificherà la condizione, ossia quando il beneficiario acquisterà non solo in modo “incontrovertibile” ma anche definitivo” (anche perché, ad esempio, “nulla esclude che il beneficiario rinunci al beneficio stesso”), scatterà “l’obbligo di denuncia ai sensi dell’art. 19 del D.P.R. n. 131/1986, con conseguente pagamento delle imposte dovute” in misura proporzionale.

Due sono, a parere di chi scrive, i passaggi fondamentali della sentenza in commento.

Anzitutto, il necessario riferimento all’intero impianto normativo dell’imposta sulle donazioni di cui al D. Lgs. n. 346/1990, onde verificare i termini di assoggettabilità al tributo di atti che riguardano un singolo trust; ciò, a maggior ragione, avuto riguardo al fatto che nessuna disposizione si riferisce espressamente al - e dunque disciplina compiutamente il - trust.

Da ciò discende l’inquadramento della fattispecie nel contesto del suddetto D. Lgs. n. 346/1990, in cui - tra l’altro e per quanto qui interessa - l’imposizione viene ad applicarsi in relazione ad atti di trasferimento che devono essere effettivi e non condizionati; in quest’ultimo caso scontando, ai sensi dell’art. 58 del D. Lgs. n. 346/1990, la sola imposta in misura fissa, essendo quella proporzionale dovuta viceversa al momento del verificarsi della condizione e del ricollegato incremento patrimoniale a favore del beneficiario.

Alla luce della ratio e dei principi generali che caratterizzano il tributo, la Commissione sottolinea la necessità che l’imposizione colpisca un trasferimento effettivo di ricchezza quale fatto economico generatore di capacità economica/contributiva: la mera apposizione di vincoli di destinazione (già conosciuti nel nostro ordinamento in tema di c.d. fondo patrimoniale), così come la istituzione di un trust senza trasferimenti economici, così come, infine, il riconoscimento di posizioni di aspettativa in capo a terzi, non concreta né attuale, siccome ricollegata a valutazioni discrezionali del trustee o al verificarsi di eventi futuri ed incerti, rappresenterebbero fattispe-

#### Nota:

(11) In tal senso, la sentenza richiama Cass., S.U., 2 novembre 2007, n. 23031, GT - Riv. giur. trib., 2008, 303, con commento di F. Cerioni, Efficacia “normativa” e “fattuale” delle circolari in materia tributaria, e R. Lupi, Corr. trib., 2008, 41.

cie in tutto analoghe al trasferimento sottoposto a condizione sospensiva, assoggettato ad imposta in misura fissa dal già ricordato art. 58(12).

Per altro verso, il Collegio fiorentino ha ribadito la impossibilità di individuare nel trust, o nel trustee, il soggetto cui far riferimento onde accertare il presupposto impositivo, proprio perché esso (trust o trustee) non sarebbe il destinatario della donazione ma solo il soggetto cui incombe l'onere di realizzare il programma del disponente con finale devoluzione al soggetto beneficiario.

Nell'ipotesi del trust sottoposto all'attenzione della Commissione fiorentina, i beneficiari, seppur sin *ab origine* indicati, non avevano un diritto certo e soprattutto attuale ad ottenere i beni del trust: il trasferimento era infatti condizionato al verificarsi di tutta una serie di condizioni e fatti, che influivano altresì sulla stessa individuazione dei soggetti cui attribuire i beni in questione.

Onde la conclusione nel senso della impossibilità di assoggettare ad imposizione proporzionale il conferimento di beni ad un trust i cui beneficiari finali non siano individuati in via definitiva e, soprattutto, attuale e certa, ma solo in termini condizionati e futuri.

La ricostruzione dei giudici fiorentini è coerente all'assetto complessivo del tributo e merita di essere approfondita e condivisa, sia pure con alcune precisazioni.

Anzitutto, se è vero che il trust "non è soggetto di diritto", o meglio è privo di soggettività giuridica da un punto di vista prettamente civilistico, è altrettanto vero che lo stesso trust è stato recentemente riconosciuto avere soggettività passiva ai fini IRES, ed è dunque destinatario delle disposizioni dettate ai fini delle imposte sui redditi, "benché privo di soggettività giuridica di tipo civilistico": il riconoscimento della "soggettivizzazione" a fini impositivi del trust potrebbe dunque assumere rilevanza anche ai fini delle imposte indirette (IVA, imposta di registro, imposta sulle donazioni, ecc.). Ma la questione è tuttora aperta e meriterebbe una seria riflessione, non conferente in questa sede(13).

Ancora, pare a chi scrive che l'imposizione debba essere applicata ad un atto economicamente e giuridicamente rilevante ed attuale: dovendosi dunque attendere il perfezionamento e la definitiva concretizzazione di tale atto prima di assoggettarlo ad imposizione proporzionale, come nel caso della condizione sospensiva. Tra l'altro, lo stesso D. Lgs. n.

346/1990 contiene ulteriori disposizioni che soccorrono in questo senso: l'art. 58 chiarisce che, laddove vi siano oneri a favore di soggetti individuati, è in capo a questi ultimi che si considera realizzata la donazione(14); donazione a favore del beneficiario che non può non configurarsi come sottoposta a condizione sospensiva laddove - appunto - condizionata al verificarsi di determinati eventi futuri incerti. Qualora, viceversa, il diritto del beneficiario risulti, oltre che "incontrovertibile", certo ed attuale, allora la relativa imposizione non potrà che essere sin da subito (ossia già al momento del conferimento dei beni a favore del trust) piena ed esaustiva, ossia proporzionale.

Del resto, il requisito di certezza, attualità ed immediatezza del diritto del beneficiario alla titolarità dei beni rileva anche ai fini della imposizione sui redditi del trust ed è garanzia di corretta e definitiva applicazione dell'imposizione(15).

Sarà quindi necessario valutare attentamente gli atti e i documenti del singolo trust onde verificarne il regime impositivo; distinguendo le varie possibili individuazioni dei beneficiari, che tra l'altro possono essere indicati in relazione al capitale/patrimonio del trust ma anche in ordine al reddito; ipotesi, quest'ultima, che ovviamente non rileva ai fini del tributo qui in commento.

La posizione più volte ribadita dall'Agenzia delle entrate(16), nel senso di anticipare l'intero prelievo a titolo di imposta sulle donazioni già al momento del conferimento iniziale a favore del trust, sembra dunque corretta e condivisibile solo in relazione ad alcune delle possibili tipologie di atti che riguardano il trust, ossia qualora vi siano beneficiari di tale ric-

#### Note:

(12) Simile ricostruzione è contraria alla posizione assunta dall'Agenzia delle entrate negli ultimi anni e chiarita nelle varie circolari che si sono succedute: dalla circolare 6 agosto 2007, n. 48/E; in questa Rivista, 2007, 630 (con nota di M. Lupoi, *ivi*, 497; *Corr. trib.*, 2007, 2785) alla circolare 22 gennaio 2008, n. 3/E, in questa Rivista, 2008, 211 (cfr. G. Fransoni, *Corr. trib.*, 2008, 645).

(13) Sul tema della soggettività del trust ai fini delle imposte indirette, si richiama per tutti G. Corasaniti, *La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte diverse da quelle sui redditi*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust* [*supra*, nota 5], p. 65.

(14) La norma stabilisce testualmente che "Gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente, si considerano donazioni a favore dei beneficiari".

(15) Cfr. risoluzione 5 novembre 2008, n. 425/E, in questa Rivista, 2009, 71.

(16) Cfr. al riguardo la circolare n. 48/E del 2007 [*supra*, nota 12].

chezza conferita che abbiano un diritto certo, attuale ed incondizionato.

### ■ Termini e condizioni di applicabilità delle agevolazioni

Anche l'Agenzia delle entrate, con la risoluzione 23 aprile 2009, n. 110/E(17), è recentemente tornata ad occuparsi, in particolare, dei termini di applicabilità dell'imposta sulle successioni e donazioni nei riguardi dei conferimenti a favore del trust.

Il caso esaminato riguardava un trust istituendo in base alla legge di Jersey(18) ed avente la durata di dieci anni, con successivo conferimento allo stesso delle partecipazioni societarie di proprietà del disponente. Scopo del trust sarebbe stato quello "di conservare ed incrementare il valore dei beni conferiti mediante la gestione unitaria delle partecipazioni sociali ed eventualmente anche attraverso l'acquisto di nuove partecipazioni"; alla fine del periodo di dieci anni, il trustee avrebbe deciso se trasferire o meno ai beneficiari, già individuati nel coniuge e nei figli del disponente, le quote societarie e/o i beni o diritti di proprietà della società in questione.

Il quesito investiva la possibilità di applicare all'atto di trasferimento delle quote societarie al trust l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni di cui all'art. 3, comma 4-ter, del D. Lgs. n. 346/1990, con i conseguenti chiarimenti in ordine alle varie condizioni e termini ricollegati alla suddetta agevolazione.

Si tratta, in altri termini, della esenzione dal tributo stabilita dall'art. 3, comma 4-ter, del D. Lgs. n. 346/1990 in relazione ai c. d. trasferimenti generazionali di azienda, la cui applicabilità si ritiene possa coinvolgere anche i conferimenti a favore del trust, se ed in quanto siano integrati i presupposti ivi previsti.

Al riguardo, l'Agenzia fornisce alcune precisazioni e chiarimenti assolutamente rilevanti.

A) Anzitutto, è ivi ribadita la posizione espressa più volte dall'Agenzia, di cui si è detto sopra, nel senso che "l'unicità della causa del trust fa sì che l'imposta sulle successioni e donazioni dovuta sulla costituzione di vincoli di destinazione debba essere corrisposta in misura proporzionale al momento della segregazione del patrimonio"; tesi, questa, che - come si è visto - non assume pacificamente una portata generale.

B) Per altro verso, la stessa Agenzia riconosce che

"l'istituto del trust può essere utilizzato per una molteplicità di scopi. Ciò impedisce a priori categorizzazioni assolute e qualsiasi proposta interpretativa unitaria". Onde la conferma del fatto che il regime impositivo del trust debba essere individuato non in via astratta ma caso per caso.

C) Con specifico riferimento alle agevolazioni in materia di imposta sulle successioni e donazioni, pure la loro applicabilità al trust "va valutata caso per caso, tenendo conto del contenuto del negozio risultante dalla legge regolatrice del trust e dalle clausole contrattuali in esso contenute".

D) Venendo, infine, alla esenzione oggetto di attenzione, "anche nel caso di trasferimento dell'azienda in trust la costituzione del vincolo di destinazione, qualora sia strumentale alla finalità liberale del passaggio generazionale ai discendenti o al coniuge del disponente, potrà godere dell'esenzione in esame purché siano soddisfatte le condizioni prescritte dal predetto articolo 3, comma 4-ter"(19). Si tratta di un riconoscimento assai importante: l'agevolazione può spettare anche laddove intervenga un trust, sempre per realizzare le finalità avute di mira dal legislatore ed a condizione che ricorrano le relative condizioni.

E) Nel caso di specie, l'Agenzia deduce dalle clausole dell'atto di trust sottoposte che "al termine della durata del trust il trustee ha il potere di disporre discrezionalmente del trasferimento delle partecipazioni di controllo" e che "a favore dei beneficiari non è previsto un diritto incondizionato al trasferimento delle partecipazioni di controllo della società"; in altri termini, non vi sarebbe alcuna garanzia (essendovi una piena discrezionalità in tal senso del trustee) in ordine al trasferimento delle quote societarie al termine del trust a favore dei familiari.

L'Agenzia ritiene dunque che le quote societarie per un verso sono trasferite ad un soggetto (il trust) diverso rispetto ai familiari e per l'altro non sono necessariamente destinate ai suddetti familiari alla scadenza dei dieci anni; sarebbe dunque "disattesa la ratio della norma agevolativa di favorire il passaggio generazionale ai discendenti o al coniuge del disponente".

#### Note:

(17) *Supra*, nota 2.

(18) Sulla quale cfr. *amplius* E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007.

(19) In tal senso si era già pronunciata la circolare n. 48/E del 2007 [*supra*, nota 12].

te”, con la conclusione nel senso della inapplicabilità della suddetta agevolazione, non ritenendosi “soddisfatte le condizioni per applicare” la stessa.

Al di là della pronuncia sul caso in esame, al cui riguardo non è consentito al commentatore alcun approfondimento, la posizione dell’Agenzia assume una valenza generale significativa: le agevolazioni in materia di imposta sulle successioni e donazioni nei riguardi del trust, così come le condizioni di applicabilità dello stesso tributo, debbono essere verificate caso per caso, senza nessuna pregiudiziale o riferimento a dogmi o definizioni generali ma avendo riguardo alle clausole e caratteristiche del singolo trust, che può essere ricompreso nelle singole fattispecie e disposizioni di cui al D. Lgs. n. 346/1990.

## ■ Alcune questioni tuttora irrisolte in tema di imposizione indiretta nei confronti del trust

Dai recenti orientamenti di cui si è dato conto è possibile trarre spunto per una brevissima riflessione.

Le argomentazioni che i giudici fiorentini hanno offerto in ordine al momento impositivo afferente ai conferimenti dei beni al trust sono particolarmente significative nei confronti dei c.d. trust con beneficiari; dovendosi verificare le posizioni dei suddetti beneficiari onde stabilire se gli stessi possano essere considerati o meno titolari dei diritti sui beni del trust.

In termini più generali, il dato che emerge dalla sentenza è che l’assoggettamento all’imposta sulle successioni dell’atto di conferimento di beni a favore del trust, al di là delle possibili argomentazioni e disquisizioni in relazione alle singole disposizioni (ed al nuovo presupposto impositivo), non può comunque andare scisso dal necessario inquadramento dell’atto nel contesto della ratio, della giustificazione giuridica ed economica del tributo, della struttura essenziale e della connotazione dei soggetti, attivo e passivo, del discendente rapporto obbligatorio(20).

La recente estensione del presupposto impositivo, che oggi ricomprende “gli atti a titolo gratuito” e “i vincoli di destinazione”, non dovrebbe poter consentire all’interprete di fuoriuscire dalla giustificazione storica e dal contesto sistematico del tributo, che non a caso resta definito “imposta sulle successioni e donazioni” e colpisce gli atti che comportano un arricchimento a titolo di liberalità o *mortis causa* a favore di un terzo soggetto, individuato quale soggetto

passivo del tributo, siccome appunto “erede”, “legatario”, “donatario” e “beneficiario”, ossia concreto destinatario dell’arricchimento a titolo di liberalità, che tale ricchezza acquisisce nella propria sfera giuridica e disponibilità. In assenza di questi elementi, oggettivo (trasferimento di ricchezza a titolo di liberalità) e soggettivo (arricchimento di un soggetto terzo conseguente alla liberalità ricevuta), pare davvero difficile poter sostenere l’applicabilità del tributo in parola.

Simile considerazione consente di affrontare un profilo diverso, afferente all’imposizione indiretta nei confronti dei trust privi di beneficiari, detti anche trust di scopo. In tali ipotesi mancano infatti i riferimenti soggettivi, ossia i destinatari finali, del programma di liberalità del disponente, evidentemente destinato ad uno specifico scopo o ad una collettività di persone. In tal caso, delle due l’una:

a) o si ritiene che il trust possa essere considerato soggetto passivo dell’imposizione indiretta, ma allora è pacifico(21) che non vi è alcun arricchimento per spirito di liberalità a favore del trust (o trustee), il quale riceve i beni (che restano a tale titolo segregati) al solo fine di realizzare quanto stabilito dal disponente (non acquisendo alcunché al proprio patrimonio personale), e dunque il trasferimento dovrebbe rientrare nell’ambito applicativo dell’imposta di registro, in presenza dei relativi presupposti, piuttosto che dell’imposta sulle successioni e donazioni;

b) o si riconosce che il trust non assume alcuna rilevanza in questo contesto, ossia non può neppure essere considerato destinatario del trasferimento (se ed in quanto non avente piena disponibilità del fondo allo stesso pur trasferito) ed anche sotto questo profilo l’assenza di beneficiari finali impedisce di applicare il tributo sulle donazioni, dovendo nuovamente farsi riferimento all’imposta di registro, quale tributo che colpisce un fatto atipico seppur economicamente rilevante.

Analogamente, i c.d. trust solutori e commerciali, ossia i trust che non sono caratterizzati da alcun in-

### Note:

(20) In ordine alle problematiche in tema di imposizione indiretta del trust, cfr. tra i tanti A. Fedele, Il trasferimento dei beni al “trustee” nelle imposte indirette, in Teoria e pratica della fiscalità dei trust [supra, nota 5], p. 13, e G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell’Agenzia delle entrate sulla tassazione indiretta dei trusts, ivi, p. 21.

(21) E lo ha sempre ribadito la stessa Agenzia delle entrate, sin dalla circolare n. 48/E del 2007 [supra, nota 12].

tento liberale a favore di chicchessia, o per essere destinati all'adempimento di un'obbligazione o per realizzare intenti, programmi od operazioni economiche/commerciali, non possono verosimilmente essere attratti nella sfera dell'imposta sulle donazioni, dovendo piuttosto ricadere nell'ambito applicativo dell'imposta di registro. Ed anche simile profilo è già stato oggetto di alcuni, primi orientamenti della giurisprudenza di merito(22).

La necessità di coordinare le modifiche in parola nel tessuto normativo del redivivo D.Lgs. n. 346/1990 dovrebbe consentire di delimitare le nuove fattispecie assunte quale presupposto dell'imposta (ripetesi, "i trasferimenti a titolo gratuito" e "la costituzione di vincoli di destinazione"), attribuendo rilevanza impositiva solo a quei trasferimenti e vincoli che siano comunque riconducibili nella categoria degli atti liberali in senso ampio, ossia posti in essere per una finalità liberale, un *animus donandi*, una volontà di arricchire il beneficiario, in una visione ampia della "vicenda" donazione, che resta l'oggetto esplicito del tributo ("imposta sulle donazioni") e può articolarsi, come già detto, in più attività ed atti, liberalità indirette, atti di trasferimento a titolo gratuito, costituzione di vincoli di destinazione, ecc., ma sempre in via prodromica e strumentale al raggiungimento del risultato finale, ossia l'arricchimento personale del beneficiario della liberalità.

Insomma, la pur riconosciuta peculiarità dell'istituto del trust non può certo consentire all'interprete di rivoluzionare gli schemi e la struttura del tributo sulle donazioni, configurando intenti di liberalità ed arricchimenti personali dove simili intenti e arricchimenti non sussistono(23). È infatti evidente che i principi consolidati nel tempo ed applicati unanimemente non possono essere negati in presenza di un trust, al cui riguardo si arriverebbe a forzare e snaturare la natura stessa del tributo, al punto da renderlo applicabile a situazioni e fatti che nulla hanno a che vedere con lo stesso, così come pretenderebbe oggi l'Agenzia delle entrate.

Su tali profili, dunque, è auspicabile un serio approfondimento, se non addirittura un meditato e motivato ripensamento, da parte della Agenzia delle entrate, onde addivenire ad una precisa e corretta delimitazione degli ambiti applicativi dei vari tributi indiretti nei riguardi del trust.

.....  
**Note:**

(22) Cfr. Comm. Trib. Prov. di Lodi, 12 gennaio 2009, n. 12 in questa Rivista, 2009, 296; GT – Riv. giur. trib., 2009, 540, con commento di D. Stevanato, Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa.

(23) La stessa Agenzia ha infatti riconosciuto più volte (cfr. al riguardo, per tutte, la circolare n. 3/E del 2008 [*supra*, nota 12]) il principio in base al quale "l'imposta possa essere assolta solo in relazione a vincoli di destinazione costituiti mediante trasferimento di beni".

# L'azione promossa da un beneficiario per far valere l'intervenuto termine del trust

di Igor Valas

La posizione processuale delle parti di un trust, disponente, trustee, beneficiari, va valutata di volta in volta ed a seconda dei casi e delle posizioni soggettive oggetto di causa. Il trustee è sempre parte in causa, ma a seconda delle situazioni con un maggiore o minore interesse a resistere e difendersi. Il disponente, di norma, non ha alcuna posizione processuale nelle cause tra uno o più beneficiari ed il trustee per domande che riguardino diritti in trust. I beneficiari, a seconda dei diritti loro riconosciuti dal trust, hanno comunque quasi sempre diritto di intervento in causa, mentre di norma non sono da ritenersi litisconsorti necessari. Ciò nonostante, deve ritenersi che siano tali, litisconsorti necessari, i beneficiari che abbiano dei diritti, o li possano veder venire meno, laddove la causa verta sull'intervenuto, o meno, termine del trust.

Ancora una volta siamo in presenza di una sentenza relativa ad un trust: Tribunale di Firenze, 6 settembre 2008(1); ciò ovviamente non perché l'istituto sia foriero di una particolare litigiosità o sia sempre causa di peculiari situazioni giuridiche poste al vaglio dell'autorità giudiziaria, ma, al contrario, perché il trust è ormai un istituto sempre più conosciuto e sempre più utilizzato nella quotidianità. La sentenza in esame ne è la prova lampante: non si discute in alcun modo delle tematiche di cui alle prime decisioni dei tribunali di merito, se cioè il trust sia ammissibile nel nostro ordinamento o che cosa sia o quali siano i suoi effetti. Queste questioni sono superate. Le parti ed il Giudice entrano direttamente nel merito delle domande rispettivamente formulate, sostanzialmente volte all'accertamento del verificarsi o meno della condizione prevista dal trust per il suo termine e così per l'attribuzione o meno del fondo in trust ai beneficiari, o almeno ad alcuni di essi a discapito degli interessi contrapposti degli altri.

Verrebbe da dire che gli operatori del diritto hanno raggiunto un ulteriore traguardo.

Come si vedrà meglio in seguito, la sentenza in oggetto fornisce alcuni spunti di riflessione. Alcuni aspetti prettamente procedurali sono determinati dal necessario inquadramento degli aspetti sostanziali dell'istituto del trust che sui primi si riflettono: le parti ed il ruolo delle stesse, ad esempio.

## ■ Gli antefatti: l'atto di trust ed i motivi che ne hanno determinato l'istituzione

Come riassunti dall'estensore dell'atto di trust(2), i fatti che hanno portato all'istituzione dello stesso possono essere sintetizzati, brevemente e per quanto qui di interesse, come segue.

Il Sig. F. S. vantava un credito nei confronti del Sig. E. C. il quale, verosimilmente al fine di vanificare le pretese del primo, provvedeva a vendere un capannone industriale alla società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s.

Il Sig. F. S., accortosi di tale transazione e ritenendola operata in danno alle proprie pretese, agiva in revocatoria di tale atto nei confronti del Sig. E. C. e della società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s.

La soc. Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. nelle more era dichiarata fallita e la curatela provvedeva ad alienare l'immobile. Il Sig. F. S. otteneva in primo grado una sentenza positiva, confermata in ap-

Igor Valas – *Avvocato in Torino*

Note:

(1) *Infra*, 549.

(2) L'atto di trust è pubblicato in bozza in questa Rivista, 2007, 141 con commento di D. Zanchi, A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento, *ivi*, 123, a p. 125 s. al quale si rimanda anche per qualsiasi ulteriore approfondimento relativamente ai profili giuridici legati alla situazione di per sé.



pello, che riconosceva l'effettivo diritto di quest'ultimo e rinviava ad altro giudizio la quantificazione delle somme da retrocedersi.

La situazione, già di per sé articolata, veniva ulteriormente complicata dal fatto che il Sig. E. C. proponeva ricorso in Cassazione avverso la sentenza di appello per far rilevare la simulazione della compravendita; tale ricorso avrebbe potuto comportare la cassazione della sentenza stessa e nell'immediato influiva sull'instaurazione del giudizio di merito volto alla quantificazione delle somme dovute, con diretto risvolto sul definitivo accertamento del credito di F. S. nei confronti del fallimento.

La liquidazione dell'attivo del fallimento della Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s., nel frattempo, procedeva alacremente tanto da portare al pagamento integrale dei creditori con un avanzo da restituire alla società od alle socie della stessa, non appena ritornate *in bonis* a seguito della chiusura del fallimento.

Tale chiusura, che a tal punto si rendeva sempre più auspicabile e dovuta a tutela dei diritti della società stessa e delle socie di tornare *in bonis*(3), sarebbe stata immediatamente esperibile, eccezion fatta per la sussistenza dell'azione revocatoria e dei diritti di credito del Sig. F. S., ammessi al passivo del fallimento, seppur con riserva.

Al fine, dunque, di procedere all'immediata chiusura del fallimento, il curatore otteneva dal Giudice Delegato l'autorizzazione all'istituzione dell'atto di trust sotteso alla sentenza commentata, provvedendo a vincolarvi parte delle somme residue e così procedendo alla chiusura del fallimento stesso(4).

### ■ Alcune clausole dell'atto di trust rilevanti ai fini della sentenza in commento

Il fondo in trust, come già detto, è costituito da una certa somma risultante dall'attivo residuo della positiva liquidazione fallimentare.

La procedura, infatti, ha integralmente pagato i creditori iscritti, eccezion fatta per il Sig. F. S., il cui diritto è ancora in fase di accertamento definitivo.

Come si evince dalle stesse premesse, le finalità del trust consistono proprio nel garantire ed assicurare i diversi interessi contrapposti: la chiusura del fallimento in questione i cui creditori sono stati integralmente pagati e la tutela dei legittimi diritti della soc. Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. e dei suoi soci a tornare *in bonis*; per converso, la tutela dei

diritti creditori ammessi, seppur condizionatamente, quale quello del Sig. F. S., che aveva trascritto la propria domanda di revocatoria.

La conseguente remissione *in bonis* della società fallita per l'integrale pagamento delle pretese creditorie, da un lato, sarebbe stata oltremodo ritardata, esclusivamente in attesa dell'esito definitivo e così del giudicato sulla predetta azione revocatoria. D'altro canto, vi era la necessità di tutelare e garantire adeguatamente le pretese del creditore in revocatoria.

Da ciò la scelta di istituire un fondo in trust esclusivamente destinato a soddisfare le pretese di tale creditore, per il caso del verificarsi delle condizioni, o, diversamente, di quelle contrapposte della società tornata *in bonis* e dei soci della medesima, relativamente alla restituzione del residuo ricavato dalla liquidazione.

Premesse queste finalità, la durata del trust è stata individuata al verificarsi del primo tra determinati eventi, tutti legati e correlati al credito vantato dal Sig. F. S., e cioè(5):

“A. la Durata del Trust decorre dalla data della sottoscrizione del presente atto da parte del Disponente e del Trustee fino ad un mese dopo il verificarsi del primo dei seguenti eventi:

- 1) la definizione con sentenza passata in giudicato o comunque con titolo esecutivo inappellabile e definitivo della somma garantita dalla azione revocatoria di cui in premessa dovuta da E. C. a F. S.;
- 2) perfezionamento di un accordo stragiudiziale fra i Beneficiari sulla ripartizione del fondo in Trust;
- 3) perfezionamento di un accordo stragiudiziale

#### Note:

(3) Deve rilevarsi che il diritto per i soggetti falliti di rientrare *in bonis* al più presto e così a che le procedure concorsuali siano le più celeri possibili, sono diritti e doveri oggi maggiormente riconosciuti e tutelati a seguito della novella alla legge fallimentare intervenuta con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ed il successivo D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, e così con la previsione di cui all'art. 142 della esdebitazione.

(4) Si segnala che su un analogo trust di garanzia e liquidatorio è di recente intervenuta una decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Lodi, Sez. I, 12 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296, che ha portato una importante interpretazione, sempre auspicata e caldeggiata, almeno dal sottoscritto, in materia di imposizione indiretta. La Commissione Provinciale di Lodi, infatti, adita avverso un avviso di liquidazione con il quale veniva applicata l'imposta proporzionale sulle donazioni, nel caso di specie indicata nell'8%, ha sancito che l'istituzione di un trust con finalità liquidatorie non soggiace all'imposta di donazione, dovendo quest'ultima essere valutata caso per caso, a seconda della natura del negozio e degli effetti che lo stesso produce.

(5) Si riporta il testo integrale della clausola n. 6, “La Durata del Trust”, dell'atto definitivo di trust.

fra il sig. E. C. ed il sig. F. S., approvato anche dagli altri Beneficiari, sulla somma dovuta da E. C. a F. S.;

4) in ogni caso, con la intervenuta prescrizione del diritto di credito vantato dal sig. F. S.

I Beneficiari del trust sono il sig. F. S., la società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. ove tornata in bonis, in mancanza, i soci della stessa secondo i loro rispettivi diritti”(6).

Sopraggiunto, dunque, il termine del trust per il verificarsi di una delle predette condizioni, il fondo viene destinato ai beneficiari, come sopra individuati, in misura diversa a seconda della situazione: per quanto attiene al creditore Sig. F. S., il fondo viene attribuito nella misura “che risulterà di sua spettanza” (dovendosi intendere quella risultante o dalla sentenza o dall’accordo), per il residuo agli altri beneficiari, ai quali, peraltro, spetta integralmente qualora il trust “si estingua per intervenuta prescrizione del diritto di credito vantato dal sig. F. S.”(7).

## ■ I fatti di causa

I fatti di causa sono presto riassunti: la soc. Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s., tornata *in bonis*, eccependo per vari motivi, che in questa sede non rilevano, che il credito vantato dal Sig. F. S. si fosse prescritto e, dunque, invocando il sopraggiunto termine del trust, espressamente previsto in tale prescrizione al punto 4 della clausola di durata del trust sopra richiamata, citava in causa il trustee affinché il Tribunale di Firenze lo condannasse alla corresponsione del fondo in trust, specificatamente indicato nella somma, oltre ogni reddito e/o utilità prodotta dal fondo ai sensi dell’art. 3 dell’atto istitutivo di trust.

Il trustee, società fiduciaria di noto istituto di credito, si è costituito in causa facendo sostanzialmente rilevare di aver già anzitempo informato delle richieste della società immobiliare attrice l’altro beneficiario, il Sig. F. S., il quale aveva argomentato diversamente, sostenendo che il credito non si fosse in alcun modo prescritto e, dunque, tenendo ferma la propria posizione contraria ai lamentati diritti dell’attrice. Il trustee, dunque, facendo rilevare sia l’inesistenza di alcuno degli atti formali previsti dall’atto istitutivo di trust per poter dichiarare il verificarsi del sopraggiunto termine di durata, sia la propria incompetenza a decidere sull’intervenuta prescrizione o meno del diritto, sia, infine, la propria estraneità ai fatti controversi e così il proprio dovere di neutralità rispetto ai beneficiari, si limitava a richiedere il rigetto delle domande attoree, rimetten-

dosi a giustizia per qualsiasi decisione del Tribunale in merito all’assegnazione delle somme del fondo.

Alla prima udienza compariva e si costituiva anche il Sig. F. S. che, nella propria comparsa di intervento volontario, oltre a chiedere l’integrazione del contraddittorio nei confronti del Sig. E. C. con il quale era ancora pendente il ricorso in Cassazione, per quanto più attinente ai fatti in commento eccepiva e contestava che fosse intervenuta alcuna prescrizione del proprio diritto, dal momento che la stessa era stata interrotta dall’atto in revocatoria.

La causa veniva ritenuta matura per la decisione già in prima udienza e così, concessi i termini di rito per le comparse conclusionali e le repliche, il Tribunale di Firenze pubblicava la sentenza in commento che, di fatto, statuisce esclusivamente che non si è verificata la prescrizione del diritto di F. S. e che, dunque (non essendo giunto il termine del trust), è stato legittimo il rifiuto del trustee di corrispondere all’attrice le somme richieste.

## ■ Il diverso ruolo, sostanziale e processuale, delle parti: il disponente

Come poc’anzi rilevato, la sentenza in commento si è limitata a statuire che il trustee ha ben agito e che, dunque, è stato legittimo il rifiuto di questi di corrispondere ad uno dei beneficiari il fondo in trust.

La sentenza in questione ha una portata innovativa, già evidenziata: è una delle prime sentenze inter-

### Note:

(6) Si riporta il testo integrale della clausola n. 5, “I Beneficiari”, dell’atto definitivo di trust:

“Art. 5. “I Beneficiari”

Il termine “Beneficiari” indica:

- F. S.,

- La soc. Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s., ove tornata in bonis, in mancanza, i soci della stessa secondo i loro rispettivi diritti”.

(7) Si riporta il testo integrale della clausola n. 8, “Appartenenza del Fondo in trust ai Beneficiari”, dell’atto definitivo di trust:

“Art. 8. “Appartenenza del Fondo in trust ai Beneficiari”

A. Sopraggiunto il termine finale di durata del Trust, il Trustee, se il Trust è cessato in forza di sentenza passata in giudicato o di titolo esecutivo inappellabile e definitivo, versa il Fondo in Trust:

- Al sig. F. S., nella quota che risulterà di sua spettanza;

l’eventuale residuo del Fondo in Trust

- Alla Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. ove tornata in bonis o, in mancanza, ai soci della stessa secondo i loro rispettivi diritti.

B. Nel caso in cui il Trust sia cessato in forza di accordo stragiudiziale, il Trustee versa il Fondo in Trust a chi spetti sulla base delle risultanze di detto accordo;

C. Nel caso in cui il Trust si estingua per intervenuta prescrizione del diritto di credito vantato dal sig. F. S., il Trustee versa il fondo in Trust alla Soc. Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. ove tornata in bonis o, in mancanza, ai soci della stessa secondo i loro rispettivi diritti”.

venute non in momenti o situazioni patologiche del trust, ma nel suo corso o, meglio, all'invocato termine di questo, ed a fronte di contrapposte richieste da parte dei beneficiari relative al fondo in trust.

È, dunque, interessante osservare i diversi ruoli delle parti in causa.

Occorre innanzitutto rilevare come il disponente non sia stato in alcun modo evocato in giudizio, e correttamente.

È pur vero che si possono presentare situazioni in cui anche il disponente sia chiamato in causa, unitamente al trustee; di fatto sono queste situazioni peculiari, laddove dei terzi ritengano che il trust sia stato istituito o dotato del fondo in violazione di loro diritti nei confronti del disponente stesso. Mi riferisco, nello specifico, alle azioni volte a far rilevare la simulazione del trust o degli atti di disposizione in trust o alle azioni di rivendica della proprietà dei beni posti in trust o ad azioni revocatorie o, ancora, ad azioni di riduzione. In tutti questi casi, invero, il soggetto principale in causa è il disponente stesso, nei cui confronti è necessario l'accertamento del diritto ed il trustee vi si trova convenuto in quanto proprietario del fondo in trust e, dunque, di quei diritti che il terzo sostiene esser stati indebitamente esercitati dal disponente ed i cui effetti intende annullare, revocare o comunque far dichiarare inefficaci nei suoi confronti.

È ben evidente come in queste situazioni il disponente sia di norma addirittura litisconsorte necessario(8).

Ed ancora: l'esercizio di particolari diritti o prerogative che il disponente si sia riservato nell'atto istitutivo di trust(9) ben potrebbero giustificare un diritto di questi di agire o resistere in giudizio; parimenti in situazioni ove il trust sia lo strumento/mezzo per il perseguimento di un negozio più complesso(10).

Ancora una volta la poliedricità dell'istituto rende impossibile una categorizzazione di situazioni e comportamenti tipici.

Le eccezioni, dunque, possono porsi; di norma, tuttavia, il disponente non è parte in causa, per il solo fatto della sua qualità di disponente; ciò a maggior ragione nei rapporti tra trustee e beneficiari.

È pur vero che questi potrebbe avere un qualche interesse al buon andamento e funzionamento del trust secondo le regole e le finalità per i quali è stato istituito; questo interesse, tuttavia, non è tale da poter essere adeguatamente annoverato nel concetto di "interesse ad agire" sancito dall'art. 100 cod. proc.

civ., e nemmeno da poter legittimare un intervento volontario o per adesione.

Una volta istituito il trust, infatti, il disponente esce di scena(11).

L'interesse vero e proprio a far valere nei confronti del trustee i diritti in trust viene rimesso, definitivamente, ai beneficiari. In altri termini, solo i beneficiari sono i titolari degli interessi e dei diritti in trust e solo questi, eccezion fatta per l'eventuale presenza di un guardiano, sono legittimati ad agire nei confronti del trustee in merito alla gestione ed amministrazione del fondo in trust.

### ■ Segue: i beneficiari

È di estremo interesse, a tal punto, esaminare la posizione processuale dei beneficiari.

Nel caso specifico l'azione è stata instaurata da un beneficiario nei confronti del trustee per far valere l'intervenuto termine del trust e così il suo diritto ad ottenere il fondo, come da atto istitutivo.

Nella causa così instaurata è intervenuto volontariamente anche l'altro beneficiario, F. S., per far va-

#### Note:

(8) È di tutta evidenza che le azioni sottese all'esercizio dei diritti indicati devono innanzitutto vedere parte in causa il disponente, prim'ancora che il trustee, per l'accertamento del diritto e della lesione dello stesso da parte del disponente.

(9) Anche in tali casi, infatti, si potrebbe verificare l'eventuale partecipazione del disponente ad una azione tra beneficiario e trustee; si pensi, ad esempio, al caso che verta sull'accertamento della posizione beneficiaria sulla base delle disposizioni dell'atto istitutivo o dell'esercizio di successivi poteri del disponente di nomina od esclusione di beneficiari, come previsto da alcune legislazioni in materia di diritti lecitamente riservabili a sé dal disponente stesso.

(10) Da notarsi, infatti, che si possono verificare svariate situazioni in cui il trust sia parte di un negozio complesso; così, ad esempio, nel caso di un trust solutorio a fronte del quale il disponente sia stato condizionatamente liberato dal beneficiario del trust. L'interesse del disponente alla corretta attuazione delle finalità del trust potrebbe, in tale evenienza, ben giustificare il suo intervento in una qualche causa che veda coinvolto il trust; ciò, tuttavia, non sulla scorta del trust in sé o della propria qualità di disponente, ma dei diritti a questi derivanti dal negozio complesso sottostante. Anche in tal caso siamo in presenza di casi estremi che rafforzano la regola generale per la quale il disponente, di norma e solo per tale qualità, non è generalmente parte in causa.

(11) Ciò è di tutta ed immediata evidenza, oltre che negli aspetti giuridici, anche nella sua materiale concretezza; basti pensare che il trust è uno strumento per sua natura volto a perdurare a prescindere dalle volontà o vicissitudini del disponente successivamente alla sua istituzione, e di norma è destinato proprio a sopravvivere a questi. Il disponente potrebbe non essere più in esistenza, come nel caso in commento, dove il disponente ha agito nella propria funzione di curatore fallimentare; chiuso il fallimento, è venuta meno anche la predetta qualità e dunque, di fatto, è venuto meno il disponente e, invero, il trust ha avuto origine proprio per permettere che il disponente potesse venir meno.

lere i propri diritti e così eccepire e contestare quanto *ex adverso* richiesto.

Non potendo a tal punto entrare oltre nel merito della causa, ci si limita a rilevare che nella situazione concreta il trustee deve tenere il fondo in trust sino all'avverarsi di determinate condizioni, tutte indipendenti da alcuna sua discrezionalità, alle quali il trust termina ed il fondo deve essere rimesso ad un beneficiario o all'altro(12).

È di immediata evidenza l'interesse diretto dell'altro beneficiario tale da legittimare l'intervento volontario in causa per il rigetto delle domande formulate dal primo: questi tutela il proprio diritto, riconosciutogli in trust, a che il fondo gli venga assegnato al suo termine per il verificarsi di altra delle clausole di termine del trust e ciò facendo valere l'eccezione che la clausola invocata dall'altro beneficiario non si sia avverata.

Tal intervento ben può essere annoverato non solo quale adesivo dipendente, ma addirittura adesivo autonomo(13).

Verrebbe a tal punto lecito domandarsi se, nel caso in cui tale intervento non ci fosse stato, l'altro beneficiario avrebbe dovuto esser chiamato in causa.

Tralasciando il caso specifico(14), la risposta a tale quesito non è di immediata soluzione.

Non avrei alcun dubbio ad asserire che non vi sia alcun litisconsorzio necessario nel caso in cui la causa verta su un qualsiasi altro diritto prettamente "personale" del beneficiario nei confronti del trustee e del trust stesso quali, ad esempio, il riconoscimento in capo a tal beneficiario di un particolare diritto in trust, o di una modalità di esercizio o di quantificazione, anche materiale od in natura, dello stesso ed anche, infine, del diritto stesso di questi ad essere annoverato tra i beneficiari.

In una qualsiasi delle predette situazioni, infatti, il contraddittore necessario è solo ed esclusivamente il trustee. Nei confronti dei terzi e dei beneficiari stessi il rapporto tra questi, il fondo in trust ed i beneficiari è mediato dal trustee e dall'atto istitutivo di trust.

È pur vero che qualsiasi azione nei confronti del fondo in trust volta a far riconoscere diversi o ulteriori diritti sul fondo è tale, solo di per se stessa, da incidere negativamente e direttamente sulla posizione degli altri beneficiari. Da ciò il diritto di questi, già sopra riconosciuto, di intervenire in causa.

Non è, tuttavia, necessario, né, nella maggior parte delle situazioni, anche solo utile che gli altri beneficiari siano parte in causa, dal momento che la loro

posizione è, appunto, mediata da quella del trustee, nell'ambito dell'atto di trust(15).

Ai beneficiari, infatti, nel corso della durata del trust spetta la posizione beneficiaria come inizialmente da questo prevista, ovvero come successivamente modificatasi, nel corso del tempo ed anche, eventualmente, a seguito di giudizi svoltisi nei confronti del trustee.

È pur vero che gli effetti del giudizio promosso tra alcune parti non sono in alcun modo estendibili a chi non sia stato parte del processo, così come a questo ultimo non sia in alcun modo riferibile, né tantomeno con gli effetti del giudicato, qualsiasi accertamento incidentale o questioni pregiudiziali etc. L'inefficacia di tali atti nei confronti di questi non rende comunque necessaria la loro presenza, né tantomeno priva di effetti il giudicato intervenuto nei confronti del trustee; questa può al più rilevare in merito al pieno diritto dei beneficiari di sindacare l'operato del trustee che sia responsabile di non aver agito adeguatamente(16).

La situazione prospettata nella causa in commento è, invero, diversa, ed è facile intuirne il perché.

La domanda promossa dal beneficiario attiene, infatti, alla dichiarazione giudiziale dell'intervenuto termine del trust.

#### Note:

(12) La situazione, invero, è ben più complessa dal momento che il *thema decidendum* è se sia giunto o meno il termine del trust in forza della clausola "con la intervenuta prescrizione del diritto di credito vantato dal sig. F. S.". La complessità dei fatti ed antefatti al quale si riferisce è stata sopra delineata, unitamente al ruolo delle diverse parti; un maggior approfondimento dei fatti di causa sarebbe inevitabilmente impossibile, stante la frammentarietà delle informazioni, oltre che non attinente ed oltremodo inopportuno.

(13) Mi riferisco ovviamente alla classificazione portata dall'art. 102 cod. proc. civ.

(14) Come già evidenziato *supra*, nota 12, nella situazione specifica la posizione processuale dell'altro beneficiario intervenuto è certamente più delicata dal momento che il sopraggiungere del termine del trust discende dall'avverarsi di una condizione giuridica direttamente facente capo a tale beneficiario stesso: l'essersi prescritto o meno il credito di questi.

(15) Si rende nuovamente necessario richiamare quanto già argomentato in merito al disponente ed ai negozi complessi di cui il trust possa far parte. Si possono così verificare situazioni in cui i beneficiari siano addirittura litisconsorti necessari, ma in relazione anche, ed a maggior ragione, con la situazione complessa sottostante. Si pensi, ad esempio, alle azioni di riduzione per violazione dei diritti dei legittimari.

(16) Si deve rilevare che le diverse leggi regolatrici solitamente prevedono una generalizzata esenzione da responsabilità da parte del trustee che si sia attenuto alle disposizioni della corte, soprattutto qualora alla stessa si sia rimesso per avere indicazioni in merito al proprio operato. Tale esenzione, tuttavia, non si estende alle situazioni ove il trustee non abbia agito o resistito adeguatamente, fornendo alla corte tutte le indicazioni od informazioni necessarie.

Gli effetti sostanziali di quanto sopra sono ben conosciuti, come pleonasticamente recitato dalla maggior parte degli atti di trust: “sopraggiunto il Termine di Durata del Trust il fondo in trust è attribuito ai Beneficiari, ai quali da tale momento appartiene”.

È di tutta evidenza, dunque, che l'azione volta a far dichiarare il termine del trust incide anche nei confronti degli altri beneficiari in maniera differente dalle altre situazioni sopra evidenziate: il trust viene meno e questi ultimi da tale evento divengono pieni proprietari del fondo.

Ciò implica che l'eventuale sentenza che dichiara il sopraggiunto termine del trust implica necessariamente la dichiarazione di appartenenza del fondo ai beneficiari (si noti, a tutti i beneficiari).

Senza dilungarsi eccessivamente sulla nozione di “litisconsorzio necessario”(17), occorre rilevare che, a prescindere da ragioni di opportunità per le quali il nostro ordinamento prevede espressamente casi di presenza in causa di più parti, lo stesso si rinviene in situazioni ove la pluralità dei soggetti interessati (non importa che siano attori o convenuti) rende necessario che la pronuncia, per la sua validità, venga resa nei confronti di tutti.

Non sempre, tuttavia, si può parlare di litisconsorzio necessario, pur in presenza di rapporti plurisoggettivi, e la distinzione tra la necessità o meno della partecipazione al giudizio di tutti i soggetti coinvolti è talvolta di difficile identificazione.

La miglior dottrina processualistica suole a tal punto distinguere tra giudizi costitutivi relativi a stati o rapporti giuridici – per i quali la plurisoggettività dà luogo inevitabilmente a litisconsorzio necessario – ed ogni altro tipo di giudizio – nel quale la presenza di un rapporto plurisoggettivo può, invece, dar luogo a litisconsorzio facoltativo o ad intervento volontario.

Ebbene, sulla base di tale distinzione è agevole comprendere come in tutti i casi sopra delineati di liti tra trustee e terzi o tra trustee e beneficiari, di norma i beneficiari non siano in alcun modo litisconsortiti necessari, salvo diversamente previsto dalla legge per specifiche azioni.

Come già rilevato, è pur vero che mere ragioni di opportunità possano ammettere la partecipazione al giudizio di più beneficiari, ma di norma non lo impongono, dal momento che, come già visto, la posizione di questi è mediata da quella del trustee.

La sentenza che, invece, sia volta ad accertare e dichiarare il sopraggiunto termine del trust è, invero, differente dal momento che la stessa, laddove dichia-

ra che il trust è terminato, dispone di fatto sia che il trust non esiste più, sia che il fondo appartiene a taluno dei beneficiari.

Da ciò discendono due importanti corollari:

- il trust, innanzitutto, o esiste o non esiste; di certo non può esser terminato per qualcuno, ma esistere ancora per talaltro, dal momento che l'attribuzione del fondo al primo comunque implicherebbe l'impossibilità di avere un qualche fondo vincolato a favore del secondo;

- se minor problema potrebbe sorgere laddove a non partecipare al giudizio sia il beneficiario che risulti “escluso” (nel qual caso, ed al più, si potrebbe rivalere sul trustee, qualora ritenuto responsabile), di certo, invece, un più gravoso problema potrebbe porsi laddove la sentenza attribuisse il fondo proprio a tale beneficiario assente; si verificherebbe, infatti, una situazione aberrante per la quale tale beneficiario si troverebbe pieno proprietario di diritti, a sua completa insaputa.

Mi sembrerebbe, dunque, che in tal caso non possa non trovare applicazione l'art. 102 cod. proc. civ. In tale situazione, e proprio per gli effetti di tale sentenza nei loro confronti, ritengo, infatti, che i beneficiari debbano essere ritenuti litisconsortiti necessari; questo relativamente ai beneficiari che siano beneficiari finali del fondo se il trust davvero terminasse alla data, momento o evento *ex adverso* indicati(18).

Nella sentenza in commento, pertanto, riterrei che l'intervento in causa dell'altro beneficiario abbia quindi sanato un'inevitabile inesistenza giuridica della sentenza qualora il Giudice non avesse rilevato la sua necessaria partecipazione e così disposto l'integrazione del contraddittorio nei confronti di questi.

## ■ Segue: il trustee

Nella causa in oggetto, il convenuto – unico chiamato in causa – è il trustee, nella sua qualità, e non il trust. Come ho avuto modo in più occasioni di sot-

### Note:

(17) Cfr. art. 102 cod. proc. civ., “Litisconsorzio necessario”, consultabile sul sito Internet della banca dati “Suite La Legge”:

[1] Se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo [331, 784; c.c. 67, 103 c. 2, 180, 247, 704, 713, 1010, 1012 c. 2, 1111, 2900 c. 2 ss.].

[2] Se questo è promosso da alcune o contro alcune soltanto di esse, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio [152 c. 2, 153] da lui stabilito [268 c. 2, 307 c. 3, 331, 354, 375, 420].

(18) Ovviamente questa è al momento un'opinione personale dello scrivente, e confido che tale assunto possa generare un fervente dibattito nella miglior dottrina.

tolineare(19), e come mai mi stancherò di fare, il trust di per sé non è in alcun modo un autonomo centro di imputazione di diritti di cui il trustee sia un rappresentante. Il trust non ha alcuna propria autonomia né soggettività giuridica, rimessa ed attribuita, invece, al trustee, nella propria qualità.

Acquisito definitivamente ciò in diritto sostanziale, preme rilevare come la veste processuale del trustee possa essere diversa a seconda delle situazioni. Preso atto che il trustee è necessariamente parte in causa di una qualsiasi controversia che abbia ad oggetto il trust in sé o beni che ne costituiscano il fondo, e ciò è evidente dal momento che il trustee è il legittimo proprietario dello stesso e qualsiasi decisione in merito, necessariamente, non può esser validamente resa se non anche nei suoi confronti, l'interesse ad agire o resistere di questi è diversamente modulato, a seconda delle domande e dei diritti azionati in causa.

Nelle situazioni già indicate, ad esempio, in cui vi sia necessariamente parte in causa anche il disponente e cioè, in altri termini, quelle ove dei terzi vantino nei confronti del disponente una lesione dei propri diritti operata attraverso l'istituzione o la dotazione del trust, il trustee di norma ha un interesse affievolito dettato dalla propria posizione e qualità.

Dal momento che il trustee, nella propria qualità, salvo non abbia anche una posizione beneficiaria, non ha né deve avere alcun interesse egoistico nei confronti del fondo e così del trust stesso, in situazioni patologiche come quelle evidenziate ci si attende che questi rimanga in un angolo e si rimetta a giustizia; nelle corti d'oltremarica in determinate situazioni il trustee troppo zelante viene addirittura invitato a far ciò e ad astenersi dalla difesa, pena il veto di porre a carico del fondo le spese legali relativamente alla propria attività difensiva.

Questo non significa in alcun modo che il trustee non abbia alcun interesse ad agire o resistere in causa in siffatte situazioni: non vi è alcuna azione relativa ad un trust in cui al trustee si possa in alcun modo eccepire un qualche difetto di legittimazione a favore del trust. Solo non è attesa, né a volte opportuna una eccessiva difesa da parte del trustee in situazioni in cui il contraddittorio riguardi sostanzialmente altre parti, a maggior ragione laddove queste ultime siano state adeguatamente messe in grado di potersi difendere.

Diversamente accade in altre situazioni più attinenti alla "normale" gestione del trust, come quella oggetto della sentenza in commento.

Il trustee ha il diritto, e prim'ancora l'obbligo, di tutelare adeguatamente le posizioni beneficiarie che il

trust attribuisce e riconosce. È questa una componente essenziale della funzione: il trustee è tale in forza degli obblighi che gli sono attribuiti, sulla base dell'atto di trust e per legge, nei confronti dei beneficiari.

Una volta istituito il trust, qualsiasi controversia relativamente all'amministrazione del fondo, che riguardi rapporti con terzi aventi causa dal trustee o dai beneficiari ovvero che riguardi rapporti tra i beneficiari ed il trustee, deve essere affrontata da quest'ultimo in maniera puntuale ed efficace. In queste situazioni il trustee è sovrano: la propria funzione e qualità impone che lo stesso adempia al meglio ai propri doveri ed obblighi, ivi compreso quello di agire o resistere per l'integrità del fondo nonché quello di risolvere qualsiasi conflitto creatosi tra questi ed i beneficiari o tra i beneficiari stessi relativamente al fondo.

Nel far ciò, ovviamente, il trustee deve adoperarsi per mantenere il proprio dovere di imparzialità e terzietà rispetto ai beneficiari, sempre consapevole che qualsiasi violazione di questi precetti così come una errata distribuzione o attribuzione del fondo tra i beneficiari è foriera di una sua responsabilità personale nei confronti di questi ultimi.

Questo principio, valido di massima, deve esser diversamente e necessariamente modulato a seconda delle situazioni concrete prospettate, nell'ambito dei diritti beneficiari attribuiti e, soprattutto, delle disposizioni dell'atto istitutivo o previste per legge o dalla casistica interpretativa. Ancora una volta è necessario sottolineare come l'estrema poliedricità dell'istituto del trust implichi, inevitabilmente, una molteplicità di situazioni nelle quali il trustee può trovarsi coinvolto ed alle quali lo stesso deve adeguare il proprio comportamento, a pena di incorrere in responsabilità per violazione dei propri doveri.

È indubbiamente ardua la scelta difensiva che il trustee si trova di volta in volta ad affrontare, dal momento che le responsabilità possono spaziare da un estremo, come il tenere a proprio carico le spese processuali relative ad azioni inutili od eccessive o inopportune, all'estremo opposto, quale rispondere personalmente per non aver adeguatamente promosso o difeso una qualche azione a tutela o contro i diritti in trust.

#### Nota:

(19) Mi sia concesso rinviare a M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust*, in questa Rivista, 2009, 162 nonché a M. Monegat - G. Lepore - I. Valas (curr.), *Trust: aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, Torino, 2007, p. 77 e s.

## Resulting trust (e le situazioni affidanti)

di Maria Rosaria Mazzone

*Deus est procurator fatuorum*: il giudice si prende cura di chi non può proteggersi da solo e di chi al momento giusto non lo ha potuto. Non si tratta della giustizia resa dagli antichi re sotto la quercia né della soluzione delle controversie caso per caso; il mistero dell'*Equity* consiste nell'essere riuscita a perpetuare nei secoli i valori forti della convivenza sociale, a tradurli in specifiche regole formulate in modo tale da essere applicabili a situazioni nuove e, infine, a non chiudere mai il repertorio delle regole, cosicché esiste sempre la possibilità che emergano altre regole, attuative dei medesimi valori in contesti diversi(1).

La Supreme Court of New South Wales - Equity Division, nella sentenza 6181/06 – *Shang v Zhang*(2), ricostruendo, attraverso i fatti, la volontà dell'attore e rintracciando l'iter subito dal denaro che questi forniva al (secondo) convenuto - per uno scopo ben preciso -, ne individua un caso di *resulting trust* a favore dell'attore medesimo.

### ■ I fatti

L'attore vive in tutto il periodo della vicenda ad Hong Kong.

Il primo convenuto è una donna, cittadina australiana, che vive a Chatswood, sposata (già nel 1999) con Nick, nipote dell'attore.

Il secondo convenuto è Jin, figlio dell'attore (e cugino di Nick).

Il terzo convenuto è la madre del primo convenuto.

Nel 1999 Jin decide di andare a studiare in Australia. Non avendo un impiego fisso, né soldi propri, avrebbe dovuto vivere con Nick ed il primo convenuto.

Sono questi ultimi a suggerire al padre di Jin che: "se affittare a Sidney non era conveniente, acquistarsi una proprietà diventava, per l'attore, un buon in-

vestimento tanto più che la valuta australiana era debole rispetto a quella americana".

L'attore trasferisce, così, la somma di \$ 499.990 sul conto di Jin che la detiene in qualità di trustee per suo padre: è il denaro necessario all'acquisto di un immobile a Sidney (il 1707 al 348 di Sussex Street) in cui Jin (con Nick ed il primo convenuto) avrebbe potuto vivere evitando le spese d'affitto.

L'immobile, acquistato poco tempo dopo, viene intestato al primo convenuto in quanto cittadina australiana, non soggetta alle restrizioni viceversa applicabili a Jin quale cittadino straniero.

Nel gennaio 2004 Nick e il primo convenuto si separano (divorzieranno nel 2005). Jin instaura una relazione amorosa con il primo convenuto (avranno una bimba, Dorothy, nel 2006).

Nel maggio 2004, l'attore (ancora ignaro della vicenda sentimentale del figlio Jin) chiede al primo convenuto che l'immobile 1707 gli venga, prima possibile, ritrasferito o gli sia consegnato il ricavato dalla vendita.

Il 4 aprile 2006 Jin fa ritorno in Cina, dopo aver acquistato un immobile a Chatswood (al n. 3 di Crick Street ove attualmente, insieme alla mamma, vive la figlia Dorothy). Anche questa operazione, benché mai autorizzata dall'attore, è realizzata con i soldi del medesimo (il suo diritto risulterà provato per il 20,5%). Per di più Jin - convinto di trovarsi in Australia clandestinamente (per il furto del visto e del passaporto) fa registrare l'immobile a nome del primo convenuto pur consapevole che il padre, questa volta, non avrebbe accettato tale intestazione.

Solo nel giugno 2006 l'attore apprende:

- dell'acquisto dell'immobile a Chatswood (n. 3 di Crick Street);

.....  
Maria Rosaria Mazzone – Avvocato in Padova

#### Note:

(1) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 34 s.; e per l'ulteriore lettura, nel senso di "Deus est procurator futurorum", si veda dello stesso Autore *Trust and Confidence*, *supra*, 353 e 469.

(2) *Infra*, 559.

- e della relazione di Jin: ne rimane sconvolto e a quel punto chiede, immediatamente, al primo convenuto la restituzione delle proprietà o il ricavato della loro vendita.

Il primo convenuto non solo non osserva la richiesta dell'attore, ma nell'agosto 2006:

- procede a contrarre il massimo dei prestiti utilizzando i beni in trust, trasferisce i soldi sul conto dei genitori, quindi, se li fa ritrasferire e li impiega in paesi *off-shore* "comprando a suo nome un certo numero di prodotti finanziari a Hong Kong";

- ricicla i soldi dalla società "Teamfair Australia Pty Ltd" (l'attore detiene il 75% del capitale sociale, Nick, il primo convenuto e la sorella minore di questi il restante 25%) facendola cancellare dal registro delle imprese e trasferisce il denaro alla propria madre (terzo convenuto);

- paga (ancora con i soldi dell'attore e senza essere stata autorizzata) il debito di \$ 250.000 nei confronti della Macquarie Bank riguardo il n. 3 di Crick Street.

L'attore agisce, quindi, per la (puntuale) identificazione del proprio diritto di beneficiario di un *resulting trust* cercando di recuperare rispettivamente:

A) l'immobile 1707 al 348 di Sussex Street a Sidney;

B) l'immobile al numero 3 di Crick Street a Chatswood;

C) \$ 320.000 investiti nella società Teamfair Australia Pty Ltd;

D) il prestito di \$ 250.000.

Ci si aspetterebbe che ad agire in giudizio, nei confronti del primo convenuto, per proteggere i beni in trust, sia Jin nella sua qualità di trustee. Risulta però evidente come egli abbia rinunciato al suo diritto di azione rilasciando un *affidavit* (dichiarazione giurata davanti a un pubblico ufficiale) a favore dell'attore.

Infatti:

"Se il trustee non agisce in giudizio per proteggere la proprietà in trust, il beneficiario può in casi eccezionali [...] fare causa egli stesso per tutelare il diritto d'azione del trustee nei confronti di un terzo per danno ai beni in trust, facendo partecipare il trustee in veste di convenuto nell'azione"(3).

Ed ancora, in *Hayim v Citibank NA* [1987] AC 730, 748 (secondo la decisione del Privy Council):

"Un beneficiario non ha alcuna causa d'azione contro una terza parte, fatte salve circostanze speciali in cui va ricompresa una mancanza, scusabile o me-

no, del trustee nell'esercizio del suo dovere nei confronti del beneficiario per proteggere il fondo in trust o per proteggere l'interesse del beneficiario del fondo in trust".

## ■ La sentenza

L'asserzione principale, sottoposta all'attenzione del giudice, è che si tratti di un "classico *resulting trust*" a favore dell'attore riconoscendo allo stesso una posizione beneficiaria in seguito all'erogazione della (intera) somma necessaria all'acquisto dell'immobile a Sidney (il 1707 al 348 di Sussex Street) e di un contributo del 20,5% per l'immobile in Crick Street.

In tal senso, infatti, la linea guida formulata dalla Corte:

"[...] di conseguenza va emessa un'ordinanza riguardo l'immobile 1707 in Sussex Street che va tenuto in trust per l'attore e trasferito allo stesso. Riguardo Crick Street dovrebbe esserci la nomina di trustee con l'incarico di venderla e pagare il 20,5% dei proventi all'attore e di detenere il resto in trust fino a un ulteriore ordine della Corte [...]"

La Supreme Court rileva un *resulting trust* in favore del padre che ha fornito il denaro necessario per l'acquisto della proprietà (successivamente intestata al primo convenuto) al solo al fine di realizzare un buon investimento per se stesso ("a Sidney era più conveniente acquistare che non affittare un immobile") evitando, al contempo, inutili spese di affitto al figlio Jin.

Durante il processo, alla domanda se avesse spedito molti soldi al figlio quando questi viveva in Australia, l'attore risponde: "Sì, sul suo conto, ma non per lui".

Ai fini della sussistenza del *resulting trust* diventa, dunque, rilevante la circostanza:

- della fornitura da parte dell'attore del denaro necessario all'acquisto dell'immobile e

- della sua intestazione al primo convenuto solo per ragioni di cittadinanza (quale cittadino australiano non è soggetto alle restrizioni viceversa applicabili a Jin, cittadino straniero).

Su questa duplice circostanza si struttura e si radica un'intera operazione economico-giuridica da cui è possibile inferire non solo il "voluto" dell'attore, ma

### Nota:

(3) Ford-Lee, Principles of the Law of Trusts, 1790, XXVIII ed., 1-10055.



altresi il suo “affidamento” che l’immobile gli sarebbe stato spontaneamente ritrasferito dallo stesso intestatario: la *fides* (e nella mente dell’affidante è la fede attesa) si palesa come la ragione dell’affidamento(4).

La Supreme Court – Equity Division – identifica come meritevole del suo intervento e, dunque, preminente, l’affidamento emerso dalle anzidette circostanze e dichiara l’attore “beneficially entitled” dell’immobile in Sussex Street per l’intero; di quello in Crick Street per il 20,5%(5).

Così in dottrina:

- “si presume, fino a prova contraria, che quando un soggetto impieghi una somma di denaro per l’acquisto di qualsiasi bene o diritto, ma il contratto sia stipulato in nome di un terzo [...] il bene o il diritto sono oggetto di un *resulting trust* [...] in favore di colui che ha corrisposto il prezzo di acquisto”(6);

- “A resulting trust is a situation in which a transferee is required by equity to hold property on trust [...] for the person who provided the purchase money for the transfer. The beneficial interest results, or comes back to the transferor or to the party who makes the payment”(7).

Il rapporto familiare-affettivo esistente tra l’attore (il padre) ed il secondo convenuto (figlio) costituirebbe nel diritto patrio(8) la (nota) situazione affidante(9) in cui ricercare - in mancanza di una formale convenzione(10) – la prova della fiducia(11) (il suo fondamento pre-giuridico), l’esistenza di un affidamento fiduciario (implicito) per il quale il figlio aderendo al “progetto” del padre detiene, per conto di quest’ultimo, il denaro necessario all’acquisto dell’immobile: il bene acquistato con tale somma, anche se intestato al primo convenuto, è destinato a rientrare nella disponibilità dell’affidante (l’attore).

Per quel che concerne le proprietà *sub C*) e *D*) “dovrebbe esserci un’ulteriore sentenza (solo) a carico del primo convenuto per \$ 570.000 più interessi [...] le prove fornite non vanno oltre il fatto che il primo convenuto abbia usato i genitori allo scopo generale di riciclare i soldi [...] non c’è materiale valido per condannare anche il terzo convenuto (la madre)”.

L’ultima parte della sentenza affronta “la questione del comportamento” del primo convenuto ed afferma che:

- “quando una persona è a conoscenza che un consorte non ha praticamente soldi propri e che tutti i suoi soldi provengono da suo padre;

- quando l’attore chiede di riavere indietro i propri soldi e la persona che li ha procede a contrarre il massimo dei prestiti utilizzando i beni oggetto del trust, trasferisce i soldi dal proprio nome a quello dei genitori e poi li deposita *off-shore*;

- ricicla i soldi dalla società commerciale facendola cancellare dal registro delle imprese e trasferendo i soldi alla propria madre, questa condotta si può solo spiegare come disonesta o motivata da un malaccorto desiderio di auto-tutelarsi”.

Tuttavia, aggiunge la Corte:

“Non vi è la prova di truffa o accordo fraudolento da parte del primo convenuto. Le dichiarazioni del processo [...] non concorrono a creare una responsabilità ai sensi del principio *Barnes v Addy* (1874) LR 9 Ch App 244” .

Sulla base del *dictum* di Lord Selborne, in *Barnes v Addy*, “una responsabilità potrà riconoscersi in capo al terzo solo se questi:

- cooperi ad un *breach of trust* che sia *dishonest and fraudulent* (*knowing assistance* o *dishonest assistance*);

- ovvero riceva con proprio vantaggio beni alienati in *breach of trust* (*knowing receipt*). Elemento essenziale delle due categorie di *knowing assistance* e *knowing receipt* (trattate congiuntamente solo dalla

#### Note:

(4) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 6.

(5) “La persona che fornisce il denaro acquista una quota proprietaria, in *Equity*, proporzionata al suo contributo in denaro. Il principio risale al 1788” [*Dyer v Dyer* (1788) 2 Cox 92], M.D. Panforti, La tutela dell’affidamento nel diritto di famiglia inglese, M. Lupoi (cur.), Le situazioni affidanti, Torino, 2006, p. 122.

(6) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 1], p. 118.

(7) H. Hanbury - J.E. Martin, *Modern Equity*, XV ed., Londra, 1997, p. 229.

(8) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, p. 200 s.

(9) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust [*supra*, nota 8], p. 216.

(10) “Nell’Ottocento non si esitava ad affermare: “gli stretti vincoli di parentela imponevano quella fiducia che non rende possibile la richiesta del documento”, M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust [*supra*, nota 8], p. 218.

(11) “Vi è fiducia, innanzitutto, quando il fiduciante ha la certezza morale che la propria volontà sarà adempiuta [...] Conseguentemente, la volontà espressa dal fiduciante prevale su qualsiasi requisito legale, anche imperativo rispetto al quale appare preminente il valore che socialmente giustifica il negozio, cioè la fiducia”, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 1], p. 553 s.

dottrina più recente(12)) è la condotta fraudolenta da parte del trustee, la *breach of trust* in sé [...]”(13).

Per la Corte, le dichiarazioni del processo

- non solo non sono adeguate a creare in capo al primo convenuto una responsabilità ai sensi del susposto principio *Barnes v Addy*,

- ma non indicano alcuna *dishonesty* da parte del primo convenuto:

“Quello che il primo convenuto sembra voler dire è che lei credeva che i soldi fossero di Jin e che gli fossero stati regalati da suo padre [...]. Il primo convenuto, quella che oggi chiameremmo “madre single” con una bambina a carico, ha bisogno di aiuto e

l’unico modo per ottenerlo è attraverso gli investimenti [...] il solo modo per continuare ad avere un reddito, una casa e un tetto sotto cui dormire: come conseguenza della vendita di Chatswood il primo convenuto dovrà lasciare la proprietà senza avere alcun altro posto dove vivere”.

.....  
Note:

(12) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 1], p. 82, nota 235.

(13) A. Neri, Il trust e la tutela del beneficiario, Padova, 2005, pp. 186-188, 191.

## 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 - III Edizione**  
*Dal 1899 al 2009*
- **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. Riso, 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*
- **9 - Teoria e pratica della fiscalità dei Trust**
  - Relazioni del Convegno dell’Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 16 gennaio 2008
  - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino*
- **10 - I professionisti e il Trust**  
**Atti del IV Congresso Nazionale dell’Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 2008**

# Il ruolo del trustee nei prestiti obbligazionari: a proposito di una sentenza della House of Lords

di Sabrina Bruno

Nei prestiti obbligazionari la proprietà del trust consiste nell'autorità irrevocabile conferita dagli obbligazionisti di esercitare i poteri specificati nel trust per conto degli stessi.

Al fine di consentire agli obbligazionisti di monitorare l'impresa finanziata, i prestiti obbligazionari contengono clausole contrattuali condizionali che prevedono eventi di *default*, al verificarsi dei quali il credito diventa immediatamente esigibile. Il ruolo del trustee è fondamentale quando si verifica un evento di *default*. Prima di richiedere il rimborso anticipato, il trustee deve certificare l'inadempimento ed il pregiudizio sostanziale degli obbligazionisti. Comunque, il trustee non è obbligato a richiedere all'emittente il rimborso anticipato del prestito; nell'esercizio della sua discrezionalità, potrebbe reputare più opportuno transigere o rinegoziare il debito.

Nella prassi gli atti istitutivi di trust, tuttavia, escludono espressamente che il trustee abbia il compito di monitorare la stabilità finanziaria dell'emittente ed inoltre prevedono un regime di responsabilità tutto sommato blando.

## ■ Premessa

Nonostante il frequente ricorso della finanza internazionale al trust nelle operazioni di prestito, non sono molti i casi che finora si sono occupati delle varie problematiche giuridiche legate a tale utilizzo. L'interesse per queste questioni è presumibilmente destinato ad aumentare se pensiamo che, tra i titoli di debito attualmente diffusi sul mercato internazionale, sono compresi anche i famigerati *junk bonds* e che comunque la recessione sta causando molti *defaults*(1). Per questa ragione si segnala la sentenza della House of Lords, *Concord Trust v Law Debenture Trust Corporation plc*.(2), che riguarda il ruolo del

trustee nei prestiti obbligazionari. La Società polacca Elektrim Finance BV aveva emesso un prestito obbligazionario in Eurobonds per 510 milioni di sterline. L'emissione seguiva lo schema giuridico che prevede l'istituzione di un trust e perciò il rapporto veniva disciplinato nel regolamento del prestito obbligazionario (*trust deed*) con cui la Law Debenture Trust Corporation assumeva il ruolo di trustee a beneficio degli obbligazionisti(3). In particolare la House of Lords si sofferma sul ruolo del trustee nei confronti delle due parti, obbligazionisti e società emittente, quale risultante dal *trust deed* e dal diritto comune.

## ■ Il *trust deed* e gli eventi di *default*

Come avviene comunemente nella prassi, il *trust deed* prevedeva vari eventi di *default*, cioè varie clausole condizionali collegate al prestito, in favore degli obbligazionisti, le quali, se non vengono rispettate, comportano un obbligo di rimborso anticipato del prestito(4). La questione nasce allorché la società

Sabrina Bruno – Professore associato dell'Università della Calabria.

Note:

(1) Cfr. Corporate bonds. Empty coffers, The Economist, May 2nd, 2009, p. 68 s.

(2) [2005] UKHL 27; *infra*, 551.

(3) Per un'illustrazione del funzionamento dei prestiti obbligazionari disciplinati da un *trust deed* che attribuisce al trustee i diritti degli obbligazionisti, cfr. M. E. D'Orio, Un trust a garanzia di un prestito obbligazionario. Percorsi e tendenze nella dottrina sui "trusts", Giur. comm., 1998, I, 235, a p. 241; G. Fanticini, I giudici europei di *civil law* e il trustee degli obbligazionisti, in questa Rivista, 2009, 255; P. Rawlings, International bonds and trustees, Tru. L.I., 2005, 19(4), 205. In questa operazione, come in molte altre dello stesso genere (tra cui, ad esempio, quella relativa ai *bonds* Cirio), il trustee era la Law Debenture Trust Corporation, ossia una società che opera professionalmente in questo settore da oltre 100 anni su varie piazze internazionali; cfr. G. Fanticini, I giudici europei di *civil law* e il trustee degli obbligazionisti [*supra*, in questa nota], nota 3.

(4) Per un approfondimento, cfr. M. Palmieri, I *bond covenants*, Banca impresa società, 2006, 247, a p. 252 s., in cui vengono analizzate le più diffuse tipologie di clausole *covenants*.

emittente decide di sospendere dall'incarico di membro del consiglio di amministrazione Mr. Rymaszewski, e cioè l'amministratore che, ai sensi del *trust deed*, era stato nominato dall'assemblea degli obbligazionisti. La società invita gli obbligazionisti a nominare un altro membro. Gli obbligazionisti, tuttavia, oppongono che la società non ha alcun diritto di sospendere quell'amministratore e che anzi la sospensione integra un evento di *default* espressamente preso in considerazione dal *trust deed*(5). Il trustee è d'accordo su questa linea ed invita la società a rimediare all'inadempimento, reintegrando Mr. Rymaszewski. La società però non adempie; per di più successivamente conclude un accordo che avrebbe richiesto il consenso del consiglio di amministrazione all'unanimità, e quindi senza il voto del membro sospeso.

A questo punto uno degli obbligazionisti, Concord Trust, insieme ad altri che insieme raggiunsero la percentuale del 40% delle obbligazioni emesse, notificarono al trustee che il comportamento dell'emittente integrava uno degli eventi di *default* previsti dal *trust deed* e che esso era pregiudizievole in maniera sostanziale delle posizioni degli stessi obbligazionisti.

Il trustee si rivolse alla Chancery Court per domandare se effettivamente la sospensione dell'amministratore integrasse un evento di *default*, pregiudizievole in maniera sostanziale nei confronti degli obbligazionisti. La Chancery Court si pronunciò in senso positivo dichiarando che il trustee poteva certificare questo dato, senza bisogno di ulteriori approfondimenti. La pronuncia della Chancery Court vincolava le parti del procedimento, e cioè trustee ed obbligazionisti, ma non la società emittente. Il trustee, pertanto, notificò alla società emittente che la sospensione dall'incarico di Mr. Rymaszewski integrava un inadempimento del *trust deed* e che ciò era pregiudizievole in maniera sostanziale nei confronti degli obbligazionisti. Al trustee, perciò, gli obbligazionisti, che insieme superavano la percentuale richiesta del 30% (successivamente all'azione si unirono anche altri obbligazionisti, totalizzando il 71%), richiesero di notificare alla società emittente l'obbligo di rimborso anticipato del prestito obbligazionario, dato che, essendosi verificato un evento di *default*, ai sensi del *trust deed*, il credito diventava immediatamente esigibile. Ma il trustee dichiarò che avrebbe proceduto a tale notifica solo se gli obbligazionisti gli avessero garantito un indennizzo contro eventuali richieste di risarcimento del danno da parte della so-

cietà emittente per comportamento illegittimo(6). Seguirono discussioni circa l'ammontare di questo indennizzo. Nel frattempo la società emittente comunicava che, a suo giudizio, non ricorreva alcun inadempimento e che, anzi, la notifica del rimborso anticipato del credito le avrebbe causato notevoli danni con riferimento ai rapporti commerciali e finanziari intrattenuti con i terzi(7). A maggior ragione, il trustee chiedeva agli obbligazionisti un indennizzo. Gli obbligazionisti, tuttavia, non erano d'accordo ad affrontare i costi di tale indennizzo perché a copertura di un rischio che, a loro parere, era esagerato. Per questa ragione Concord Trust decise di agire in giudizio contro il trustee chiedendo alla Corte di ordinare al trustee di notificare l'immediato obbligo di rimborso alla società emittente, in conformità a quanto previsto dal *trust deed*.

In primo grado la domanda di Concord Trust fu respinta in quanto si giudicò la preoccupazione del trustee non esagerata, ravvisandosi una sua potenziale esposizione nei confronti della società emittente pari a circa 876 milioni di sterline (anche se non a 1 miliardo, come ipotizzato dal trustee). Concord Trust si appellò alla decisione di primo grado.

La Corte d'Appello dichiarò che le congetture del trustee erano erronee e spiegò che, se la notifica di rimborso fosse stata invalida, per mancanza di un inadempimento, essa non avrebbe prodotto alcun effetto nei confronti dell'emittente e, quindi, non avrebbe potuto costituire la base per una richiesta di risarcimento dei danni contro il trustee. A quel pun-

#### Note:

(5) Per meglio comprendere il significato della clausola che prevedeva il potere degli obbligazionisti di nominare un proprio membro nel consiglio di amministrazione, bisogna considerare che essa era stata inserita allorché si era diffusa la preoccupazione che l'emittente stesse sperperando il patrimonio destinato al rimborso delle obbligazioni. Invece di dichiarare il verificarsi di un evento di *default*, gli obbligazionisti avevano ottenuto, qualche tempo prima, il potere di nominare un proprio amministratore con il compito di approvare tutte le operazioni di valore superiore a £ 25,000.

(6) È comune inserire nei *trust deeds* relativi a prestiti obbligazionari una clausola che tenga indenne il trustee contro eventuali azioni di risarcimento danni proposte nei suoi confronti dall'emittente per avere richiesto illegittimamente il rimborso anticipato del prestito. Questa clausola è richiesta in quanto il trustee non detiene alcun fondo proprio (cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 205).

(7) È evidente, come spiegato da M. Palmieri, *I bond covenants* [supra, nota 4], a p. 275 s., che la soluzione del rimborso anticipato del debito espone l'emittente ad un rischio generalizzato di insolvenza in quanto il pagamento potrebbe di fatto mettere in crisi la capacità finanziaria dell'impresa provocando una generale inadempienza nei confronti di tutti i creditori.

to la difesa del trustee fece riferimento alla possibilità che il trustee poteva essere citato dalla società emittente, non in via contrattuale sulla base del *trust deed*, ma in via extracontrattuale per l'illecito di diffamazione nei confronti dell'emittente, consistente nella notifica invalida della richiesta di rimborso, e che perciò poteva comunque subire un danno. Questo punto non fu sviluppato; la Corte d'Appello brevemente menzionò che non vedeva gli estremi di un'azione extracontrattuale in queste circostanze. La Corte d'Appello, tuttavia, non emise l'ordine che Concord Trust stava cercando in quanto, secondo la Corte, tale ordine presupponeva che fosse accertato che un inadempimento si fosse verificato. La Corte dichiarò che, dopo che il trustee avesse ricevuto un indennizzo dagli obbligazionisti, avrebbe dovuto procedere ad adire l'autorità giudiziaria affinché fosse accertato se l'inadempimento del *trust deed* si era verificato oppure no. Fin quando questo punto non fosse stato chiarito, il trustee, secondo la Corte d'Appello, non aveva alcun obbligo di notificare alla società emittente la richiesta di rimborso del valore delle obbligazioni.

In altri termini la Corte d'Appello, anche se attraverso un diverso *iter* logico, confermò nella sostanza la pronuncia di primo grado. Sia Concord Trust che il trustee si appellarono contro questa decisione.

### ■ La pronuncia della House of Lords

La House of Lords analizzò innanzitutto il *trust deed* che attribuiva al trustee ampi poteri discrezionali di intraprendere ogni azione, incluse le azioni giudiziarie, secondo ciò che reputasse opportuno, per proteggere i diritti degli obbligazionisti. In aggiunta a questo potere discrezionale, il *trust deed* prevedeva l'obbligo del trustee di iniziare le azioni che gli venissero richieste per iscritto dal 30% o più di obbligazionisti, oppure in base ad una delibera straordinaria adottata dall'assemblea degli obbligazionisti(8).

Pertanto la House of Lords sottolinea che se il trustee avesse deciso di sua iniziativa, nell'ambito della discrezionalità attribuitagli dal *trust deed*, di intraprendere una qualsiasi azione contro la società emittente, allora questa avrebbe potuto contestare l'azione asserendo che un inadempimento non si fosse in realtà verificato. Avrebbe potuto, cioè, negare la validità dell'azione intrapresa dal trustee, ma comunque mai impedire che quest'azione fosse posta in es-

sere, se non ottenendo un provvedimento ingiuntivo dall'autorità giudiziaria. Invece una richiesta per iscritto da parte della percentuale di obbligazionisti prevista dal *trust deed* non ha niente a che vedere con la discrezionalità del trustee in quanto, in questo caso, il trustee è obbligato (previo soddisfacente indennizzo) a ciò che altrimenti avrebbe avuto il potere discrezionale di decidere se fare. L'affermazione secondo cui il trustee non sarebbe obbligato ad intraprendere l'azione se l'emittente non accetta o contesta il verificarsi di un inadempimento, non è corretta. La House of Lords si sofferma ad analizzare due punti fondamentali. Il primo consiste nel capire se il trustee ha un obbligo di notificare alla società emittente la richiesta di rimborso anticipato: questa questione riguarda il rapporto tra trustee ed obbligazionisti. Se esiste tale obbligo, esso vincola il trustee agli obbligazionisti, non alla società emittente (dal punto di vista della quale non fa differenza se l'obbligo nasce dall'esercizio del potere discrezionale del trustee oppure su domanda della percentuale qualificata di obbligazionisti). L'altra questione riguarda la preoccupazione della società emittente che tale richiesta del trustee non sia valida e perciò non debba essere proposta.

Questa questione riguarda, al contrario della prima, il rapporto tra il trustee e la società emittente. Se quest'ultima reputa ragionevolmente che la richiesta sia invalida e che una volta notificata possa causare un danno, la società può rivolgersi all'autorità giudiziaria chiedendo l'emanazione di un provvedimento ingiuntivo per bloccare la notifica finché il punto non sia chiarito. Nel caso in esame, invece, la società non ha presentato alcuna richiesta di provvedimento ingiuntivo; ha soltanto terrorizzato il trustee circa le conseguenze nefaste di una tale richiesta intimandogli di non dare corso all'obbligo, vincolante, invece, per il trustee nei confronti degli obbligazionisti come previsto dal *trust deed*.

Perciò, nel rapporto tra trustee ed obbligazionisti,

#### Nota:

(8) Cfr. la Condition 12 dei *Bond Terms* allegati al *Trust Deed* che recita: "The Bond Trustee at its discretion may, and if so requested in writing by the holders of at least thirty per cent in principal amount outstanding of the Bonds or if so directed by an Extraordinary Resolution of the Bondholders shall (subject in each case to being indemnified to its satisfaction), give notice to the Issuer and the Guarantor that the Bonds are, and they shall immediately become, due and repayable at their relevant redemption value, together with accrued Interest Amount as provided in the Bond Trust Deed, upon the occurrence of any of the following events ("Events of Default") [...]".

il primo non può obiettare che un inadempimento non si sia verificato perché il trustee è obbligato a notificare alla società emittente la richiesta di rimborso anticipato presentata dalla percentuale qualificata di obbligazionisti. Ferma restando la necessità dell'indennizzo, il trustee è obbligato a procedere secondo quello che gli viene domandato dagli obbligazionisti; tale obbligo vincola, infatti, il trustee nei confronti degli obbligazionisti. Nell'ambito del *trust deed*, la House of Lords, quindi, distingue chiaramente il rapporto tra trustee ed obbligazionisti dal rapporto tra trustee e soggetto emittente. Ci sono degli obblighi che vincolano il trustee e gli obbligazionisti, sui quali non è ammessa un'interferenza da parte dell'emittente: nel caso in esame, l'obbligo del trustee di richiedere all'emittente il rimborso anticipato del prestito, se la richiesta è presentata da una percentuale qualificata di obbligazionisti o dall'assemblea straordinaria degli stessi (clausola diffusa nella prassi). Altri obblighi vincolano, invece, il trustee e l'emittente e su questi ovviamente non è consentita un'ingerenza da parte degli obbligazionisti i quali perdono la loro legittimazione ad agire nei confronti dell'emittente, che viene attribuita al trustee (è questa la ragione principale per cui si ricorre al trust in queste operazioni<sup>(9)</sup>).

Per queste ragioni la House of Lords accolse l'appello di Concord. Quanto all'ipotetica responsabilità extracontrattuale del trustee, viene negata la configurabilità sia dell'illecito di violazione del contratto, che di *negligence* (il rapporto tra trustee ed emittente è contrattuale e pertanto non può esserci un *duty of care* dovuto dal primo al secondo), che di cospirazione, che di interferenza con mezzi illeciti sull'attività imprenditoriale dell'emittente (mancando, negli ultimi due casi, la prova dell'intenzionalità di danneggiare la presunta vittima)<sup>(10)</sup>.

## ■ La discrezionalità del trustee nei prestiti obbligazionari

Nei prestiti obbligazionari la proprietà del trust consiste nell'autorità irrevocabile conferita dagli obbligazionisti di esercitare i poteri specificati nel trust per conto degli stessi<sup>(11)</sup>. Come risulta chiaramente nel caso in esame, il trustee riveste il ruolo centrale in queste operazioni; trattasi di un soggetto terzo indipendente che non rappresenta né l'emittente, né gli obbligazionisti, dotato di ampia discrezionalità nella gestione del rapporto. Il suo ruolo diventa fon-

damentale quando si verificano eventi di *default*. Prima che possa essere richiesto il rimborso anticipato, il trustee deve però certificare che l'inadempimento sia avvenuto e che esso pregiudica in misura sostanziale l'interesse degli obbligazionisti. Questo compito è molto importante perché non sempre la valutazione dell'inadempimento è oggettivamente determinabile<sup>(12)</sup>. Neanche dopo questa certificazione, comunque, il trustee è obbligato a richiedere il rimborso anticipato perché potrebbe, nell'esercizio della sua discrezionalità, ritenere più opportuno transigere oppure rinegoziare il debito, ad esempio prevedendo la corresponsione di un interesse superiore a quello originariamente pattuito. Nel caso in esame la discrezionalità, per quanto riguarda la notifica all'emittente dell'obbligo di rimborso anticipato del prestito, non era, tuttavia, stata affidata dal *trust deed* al trustee in via esclusiva. Come visto, la percentuale qualificata di obbligazionisti e la loro assemblea con delibera straordinaria avevano il potere di richiedere al trustee di notificare all'emittente l'obbligo di rimborso; clausole di questo genere consentono agli obbligazionisti di controllare l'operato del trustee.

In ogni caso l'autonomia operativa è essenziale perché il trustee potrebbe ricevere pressioni dalle varie parti coinvolte (emittente da un lato, massa di obbligazionisti con interessi tra loro divergenti o con idee diverse sul da farsi, dall'altro). La libertà di giudizio attribuitagli dal *trust deed*, invece, consente al trustee di agire velocemente senza dovere consultare

### Note:

(9) Generalmente i *trust deeds* contengono tutti clausole che espressamente escludono i singoli obbligazionisti dalla legittimazione ad agire direttamente verso il trustee in caso di eventi di *default*. Spiega P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 206: "If the bond were simply a debt owed by the issuer to the bondholder, each bondholder would be required to bring an action against the issuer in the event of a default and the costs of such action would fall upon that bondholder. At the same time, a single bondholder claiming payment of a bond following a default could bring serious consequences for the issuer [...] the action of a single bondholder could threaten the existence of the issuer even where the infringement is relatively trivial".

(10) Successivamente si verificarono altri eventi di *default* ed il trustee richiese ad Elektrim Finance BV il rimborso anticipato. Varie questioni sorsero, in merito all'effettivo importo dovuto, che furono affrontate in *Law Debenture Trust Corporation Plc. v Concord Trust & Ors* Rev 1, Court of Appeal, Chancery Division, June 15 2007 [2007] EWHC 1380 Ch.

(11) Cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 206.

(12) Si pensi che spesso la valutazione dell'inadempimento, soprattutto quando nei prestiti obbligazionari non è presente un trustee, è demandata nella prassi a definizioni fornite da organismi internazionali; cfr. M. Palmieri, *I bond covenants* [supra, nota 4], a p. 275, nota 98.

necessariamente gli obbligazionisti e, in questo genere di operazioni finanziarie, la rapidità dell'azione può essere determinante per tutelare al meglio la posizione dei creditori nei confronti di un emittente che diventasse inadempiente o insolvente. Questo punto risalta con più evidenza se confrontiamo il ruolo del trustee con la disciplina delle obbligazioni prevista dal codice civile, basata sul metodo assembleare e su un rappresentante (che dopo la riforma può essere anche una persona giuridica autorizzata all'esercizio di servizi di investimento o una società fiduciaria)(13). Le necessarie lungaggini derivanti dal metodo decisionale collegiale (tempi di convocazione, maggioranze qualificate previste per l'assemblea straordinaria, etc.) non sono compatibili con il pericolo di un *default* dell'emittente e la necessità, se è il caso, di procedere in tempi brevi alla rinegoziazione del debito(14). La maggiore autonomia operativa di cui gode il trustee è senz'altro più congeniale a questo genere di operazioni.

Tuttavia la sentenza della House of Lords potrebbe minare per il futuro la discrezionalità del trustee in quanto, a ben vedere, il caso apre il varco ad un maggiore intervento dell'autorità giudiziaria nei confronti del trustee. Dopo questa sentenza la definizione dell'esatto ruolo del trustee diventa più incerta perché non si evince chiaramente in quali circostanze le corti possono intervenire per rivedere le decisioni prese dal trustee(15). Secondo i precedenti la regola è che il trustee non può agire in maniera "completamente irragionevole, perversa o in male fede"(16) e, quindi, in queste circostanze è certo che la corte possa interferire sull'esercizio dei poteri del trustee. Ma nel caso in esame, non ricorreva un comportamento di questo genere da parte del trustee e tuttavia l'autorità giudiziaria ha interferito sulla discrezionalità esercitata, in più direzioni. Intanto il trustee è stato obbligato a certificare che l'inadempimento dell'emittente si era verificato e che esso pregiudicava in misura sostanziale gli obbligazionisti in quanto *self-evident*; quindi la discrezione del trustee è stata "guidata" o meglio non ha avuto discrezione riguardo a tale certificazione(17). Bisogna considerare che nel caso esaminato l'inadempimento dell'emittente, la sospensione dell'amministratore nominato dagli obbligazionisti, non cagionava di per sé un pregiudizio economico agli obbligazionisti, al contrario di altri più comuni eventi di *default* generalmente inseriti nei *trust deeds*, quali, ad esempio, il mancato pagamento degli interessi o della parte capitale oppure

l'abbassamento del *rating* dei titoli emessi, che invece cagionano un pregiudizio economico di immediata percezione. Ciononostante la House of Lords ha così inteso l'inadempimento. La conclusione si spiega considerando che l'amministratore nominato dagli obbligazionisti aveva la funzione di controllare l'operato del consiglio di amministrazione, dovendo autorizzare tutte le operazioni di importo superiore a £ 25,000(18); per cui la revoca di quell'amministratore impediva agli obbligazionisti di essere ascoltati e di bloccare le operazioni che non reputassero convenienti; in una parola la revoca impediva agli obbligazionisti di esercitare il controllo sull'operato dell'emittente.

Inoltre la House of Lords ha affermato che il trustee può richiedere un indennizzo solo quando c'è un "rischio reale" di danni; cioè il trustee non ha diritto ad un indennizzo se la corte ritiene che questo rischio non ci sia; anche questo punto può indirettamente influenzare le scelte del trustee. Infine la sentenza fa riferimento alla possibilità che l'emittente possa richiedere alla corte l'emanazione di un provvedimento ingiuntivo per impedire al trustee di richiedere il rimborso anticipato del prestito. Da ciò potrebbe scaturire un comportamento eccessivamente prudente del trustee che potrebbe essere indotto a domandare preventivamente all'autorità giudiziaria se andare avanti con la richiesta di rimborso, ciò che comporterebbe ritardi e renderebbe più complessa la procedura in circostanze in cui la velocità è il valore più importante(19).

## ■ Clausole *covenants* e ruolo del trustee

Le clausole contrattuali condizionali che preve-

### Note:

(13) Cfr. artt. 2415 s. cod. civ.

(14) Cfr. M. Palmieri, *I bond covenants* [supra, nota 4], a p. 277 s.

(15) Cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 210 s.

(16) Cfr. *Re Tuck's Settlement Trusts* [1978] Ch. 49.

(17) Cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 211.

(18) Cfr. *Supra*, nota 5.

(19) Cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 211.

dono eventi di *default* (c.d. clausole *covenants*), al verificarsi dei quali il credito diventa immediatamente esigibile, servono sostanzialmente ad assicurare agli obbligazionisti il monitoraggio dell'impresa finanziata e quindi una maggiore garanzia; ne è un esempio la clausola inserita nel *trust deed* del caso in esame. All'inserimento di queste clausole corrisponde un minor impegno economico da parte dell'emittente, che potrà soddisfare le proprie necessità di finanziamento a condizioni migliori di quelle normalmente godute(20). Queste clausole proteggono gli investitori, nel senso che consentono loro di richiedere all'emittente di prendere misure a protezione dei loro interessi quando la situazione finanziaria inizia a deteriorarsi. In loro assenza, gli obbligazionisti potrebbero agire solo in una fase successiva, quando nel patrimonio sociale resta ben poco.

Osservando la prassi finanziaria, un punto cruciale fondamentale nei prestiti obbligazionari in genere, cioè anche laddove non si utilizzi un trust, consiste nella creazione di un efficiente meccanismo di controllo sull'effettivo verificarsi delle varie condizioni inserite nelle clausole *covenants*. Il problema nasce perché la massa degli obbligazionisti è normalmente troppo frammentata per effettuare questo genere di monitoraggio(21). Se si utilizza un trust per regolamentare il rapporto di prestito, la presenza di un trustee è in grado di assicurare un efficiente monitoraggio? Per rispondere a questa domanda è necessario esaminare quali sono gli obblighi del trustee generalmente previsti nei *trust deeds* con riferimento a questo genere di clausole.

La disciplina del ruolo del trustee nei prestiti obbligazionari, come prevista nei *trust deeds* comunemente diffusi nella prassi, è generalmente molto blanda. Pochi sono i suoi compiti, poco severo è il regime di responsabilità. I *trust deeds* escludono espressamente che il trustee abbia il compito di monitorare la stabilità finanziaria dell'emittente, e precisano che il trustee possa presumere che non si siano verificati eventi di *default*, a meno che ne abbia avuto espressa conoscenza; si prevede, inoltre, che il trustee possa prestare affidamento sulla documentazione e sulle informazioni che gli vengono presentate dall'emittente, senza che sia richiesto un approfondimento, un'indagine o una verifica(22). Per quanto riguarda la responsabilità, i *trust deeds* escludono espressamente l'applicabilità dello standard di diligenza più elevato richiesto dal Trustee Act 2000, sect. 1, così come la responsabilità per danni deri-

vanti da errori di giudizio commessi in buona fede, la responsabilità per negligenza, o per avere agito dietro parere di consulenti legali e contabili(23). Ne consegue che il trustee può essere dichiarato responsabile solo in caso di dolo o colpa grave.

Naturalmente, siccome la materia è rimessa all'autonomia privata, i compiti attribuiti al trustee potrebbero essere resi più stringenti nei singoli *trust deeds*, ma allo stato la tendenza è quella appena delineata ed il trustee non sembra essere un così efficiente strumento di monitoraggio. Probabilmente se emergeranno molti casi di *defaults* questo punto sarà oggetto di interesse da parte della giurisprudenza, della dottrina e della prassi e forse ciò porterà a ripensare il ruolo del trustee in maniera sostanziale; al momento, a fronte di compiti e responsabilità molto blandi sono previsti anche bassi compensi. Se cresceranno compiti e responsabilità ciò avrà conseguenze sull'intera regolamentazione del rapporto.

#### Note:

(20) M. Palmieri, *I bond covenants* [supra, nota 4], a p. 252; in termini economici queste clausole costituiscono un valido veicolo per ridurre il naturale conflitto di interessi tra azionisti e creditori, *ivi* per riferimenti.

(21) M. Palmieri, *I bond covenants* [supra, nota 4], *ibidem*.

(22) Cfr. P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], a p. 207.

(23) P. Rawlings, *International bonds and trustees* [supra, nota 3], *ibidem*.



Italia – Tribunale di Genova

## Nomina dell'amministratore di sostegno e contestuale autorizzazione ad istituire un trust

**Amministrazione di sostegno – amministratore di sostegno – nomina – beni dell'amministrato – trust – autorizzazione all'istituzione – concessa**

Il Giudice Tutelare può autorizzare l'amministratore di sostegno di un soggetto debole, contestualmente alla sua nomina, ad istituire un trust in favore dell'amministrato e della famiglia avente ad oggetto beni in parte di proprietà dell'amministrato stesso.

■ **Tribunale di Genova, D. Veglia, Giudice Tutelare, 17 giugno 2009 [R.M. D.G., M. G., B. G.]**

### TESTO DELL'ORDINANZA

Il Giudice Tutelare

a scioglimento della riserva di cui al verbale che precede ha pronunciato il seguente provvedimento;

vista l'istanza di nomina di amministratore di sostegno a favore di B. L., nato a ... il ..., residente in ..., Via ..., (attualmente ricoverato presso Piccolo Cottolengo Don Orione), proposta dalla moglie e dai figli del medesimo, signori D. R., B. M. e G. B.;

visto il verbale delle dichiarazioni rese all'udienza del 7.3.2009 dai ricorrenti;

dato atto che la ricorrente ha confermato la sua disponibilità ad essere nominata amministratore di sostegno del marito, soluzione condivisa anche dai figli M. e G. B.;

vista la documentazione medica in atti da cui risulta che il signor B. L. è affetto da "demenza senile con prevalenti aspetti fronto/temporali, aneurisma sottorenale della aorta addominale", e che egli non risulta in grado di compiere gli atti quotidiani della vita;

ritenuto che, stante la situazione sopra precisata, ricorrono in pieno i presupposti per l'applicazione del nuovo istituto dell'amministrazione di sostegno;

ritenuto che la ricorrente, nella sua veste di amministratore, stante il suo stretto rapporto di parentela con il beneficiario, agirà certamente nel pieno rispetto dei suoi bisogni, e delle sue aspirazioni, rivolgendosi al giudice tutelare ove ciò sia necessario ai sensi della vigente normativa;

ritenuto che le facoltà dell'amministratore di sostegno saranno meglio specificate nel prosieguo del provvedimento, con la precisazione che la signora D. R., nella sua qualità, deve intendersi sin d'ora autorizzata a istituire il trust denominato "... (allegato al ricorso), dotando il trust anche dei beni immobili indicati in ricorso per la quota di proprietà del coniuge beneficiario della presente procedura;

ritenuto, d'altra parte, che il contenuto del trust è opportunamente volto a tutelare non solo il beneficiario (garantendogli il miglior regime di vita possibile unitamente alle cure e all'assistenza necessarie), ma anche i familiari del medesimo (obiettivo che certamente rispondeva alle aspettative del signor L. B., quando le sue migliori condizioni di salute gli consentivano una più lucida visione delle sue esigenze e di quelle dei congiunti);

ritenuto, in argomento, che ormai da tempo la migliore dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalente hanno riconosciuto la compatibilità tra il trust e il nostro ordinamento giuridico (corre l'obbligo di ricordare che la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile al trust, è entrata in vigore in Italia il 1°

.....  
Pubblichiamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

In tema di autorizzazione dell'amministratore di sostegno a istituire un trust con beni dell'amministrato v. anche Trib. Bologna, 23 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 631; Trib. Genova, 14 marzo 2006, ivi, 2006, 415; Trib. Modena, 11 agosto 2005, ivi, 581; Trib. Rimini, 21 aprile 2009, ivi, 2009, 409.

gennaio 1992), e che, proprio grazie all'avvenuto riconoscimento del c.d. trust interno, questo istituto ha trovato interessanti applicazioni proprio nella materia della tutela dei soggetti deboli;

ritenuto, da ultimo, che lo stesso legislatore, con l'art. 39 novies della recentissima legge 23 febbraio 2006, n. 51 (che converte il D.L. 30 dicembre 2005, n. 303) ha introdotto nel codice civile l'art. 2645 ter, in tema di trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riguardanti anche "persone con disabilità", che fa espresso riferimento al conferimento, mediante atti in forma pubblica, di beni (immobili o mobili iscritti in pubblici registri) destinati "per la durata della vita della persona fisica beneficiaria alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela", riferibili appunto a soggetti disabili;

ritenuto che tale innovazione normativa configura un istituto frutto dell'autonomia privata, conformemente alla previsione di cui all'articolo 1322, secondo comma, c.c., la cui riferibilità al trust (pur non nominato) è di tutta evidenza con la conseguenza di legittimare anche per via legislativa il citato pensiero di dottrina e giurisprudenza prevalenti riguardo la compatibilità del trust con il nostro ordinamento se diretto a perseguire interessi meritevoli di tutela.

P.Q.M.

Visti gli artt. 404 e segg. c.p.c;

nomina

la signora D. R., nata a ..., il ..., res. in ... Via ... amministratore di sostegno, a tempo indeterminato, di B. L., nato a ... il ..., ivi residente in Via ..., attualmente ricoverato presso Piccolo Cottolengo Don Orione di Quarto;

determina come segue l'oggetto dell'incarico: 1) assistenza personale anche per il tramite di terze persone; 2) riscossione, accredito e gestione dei redditi, di spettanza del beneficiario, con facoltà di compiere in nome e per conto dello stesso tutte le pratiche, amministrative e non, volte a migliorare la sua situazione previdenziale e dunque patrimoniale; 3) sottoscrizione di qualunque documento o dichiarazione in nome e per conto del beneficiario; 4) stipula, in nome e per conto del beneficiario, di qualunque negozio e/o contratto che comporti l'assunzione di obbligazioni a carico del predetto, ivi compresa l'istituzione del trust denominato "...", allegato al presente ricorso, e di tutti gli atti da esso discendenti, parte dei quali richiamati nella parte motiva del presente decreto; 5) gestione dei ri-

sparmi del beneficiario tenuto conto delle sue esigenze e di quelle relative ai beni immobili di cui egli è comproprietario; 6) gestione, apertura e/o chiusura di qualunque conto corrente, con delega all'amministratore di sostegno che potrà operarvi liberamente, movimentando altresì eventuali risparmi e/o titoli, nell'ambito di una gestione ordinaria, sotto la sua responsabilità e con obbligo di rendiconto; 7) pagamento della retta dell'Istituto ove il beneficiario vive e delle spese necessarie al medesimo; 8) gestione e amministrazione ordinaria dei beni immobili in proprietà dell'amministrato, con possibilità di partecipare alle assemblee condominiali, anche per il tramite di persone di sua fiducia in nome e per conto della medesima; 9) presentazione annuale della dichiarazione dei redditi, e pagamento delle imposte e/o tasse dovute ai sensi di legge; 10) ritiro di qualunque lettera o raccomandata, telegramma, plico postale o altro del genere, presso qualunque ufficio; 11) acquisizione di qualunque documentazione medica e prestazione di consenso informato, ove richiesto;

atti che l'amministratore può compiere in nome e per conto del beneficiario: tutti quelli necessari per far fronte all'oggetto dell'incarico come sopra precisato, con la precisazione che per gli atti di straordinaria amministrazione l'amministratore di sostegno dovrà essere autorizzato dal giudice tutelare;

limiti delle spese sostenibili con le risorse del beneficiario: importo dei proventi derivanti dalla ripartizione degli utili della società di cui l'amministrato è socio, nonché di eventuali risparmi;

periodicità della relazione sulle condizioni di vita e del rendiconto: annuale a far data dal presente provvedimento.

Dispone

la trasmissione del presente provvedimento all'Ufficiale di Stato civile, e la sua annotazione a cura della Cancelleria nel Registro delle Amministrazioni di sostegno.

Fissa

per il giuramento dell'amministratore di sostegno nominato il giorno ... alle ore 12.00, davanti a sé.

Efficacia immediata.

Italia – Tribunale di Milano

## Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente

**Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – garanzia patrimoniale – atto in frode alla legge – nullità del trust – artt. 13 e 15 Convenzione de L'Aja  
Ricorso d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. – sostituzione del trustee – trust nullo – nullità – requisito del “fumus boni iuris” – insussistenza**

È nullo il trust istituito da una società in stato di insolvenza con la finalità di tutelare e soddisfare le pretese dei propri creditori, in quanto volto a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali.

L'atto istitutivo di un trust il cui fondo sia costituito dall'intero patrimonio di una società in stato di insolvenza costituisce atto illecito *ab origine*, incompatibile con gli artt. 13 e 15 della Convenzione de L'Aja del 1° ottobre 1984.

Manca il requisito del *fumus boni iuris* nel ricorso del trustee di un trust nullo avverso la nomina di altro soggetto quale trustee.

■ **Tribunale di Milano, Sez. I civ., F. D'Aquino, 16 giugno 2009 [I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione, C.S., F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e B.I.M.]**

### TESTO DELL'ORDINANZA

Nel procedimento n. .../09 R.G. promosso con ricorso depositato in data 13.05.2009 da:

I. T. C. S.r.l. con unico socio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. ... in virtù di procura in calce al ricorso, elettivamente domiciliato in Milano, alla via ...

- ricorrente -

contro

Fallimento F. s.n.c. di G. G. & C. in liquidazione, in persona del curatore dr.ssa ... rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Dimundo in virtù di procura in calce al ricorso notificato giusta decreto del G.D. in data 30.9.05 – 3.06.2009, elettivamente domiciliato in Milano, alla via ...

- resistente -

Nonché contro

C. S. rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Dimundo in virtù di procura in calce al ricorso notificato, elettivamente domiciliato in Milano, alla via ...

- resistente -

Nonché nei confronti di

F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione e B. I. M. rap-

presentati e difesi dall'avv. ... e dall'Avv. ... in virtù di procura in calce alla comparsa di costituzione, elettivamente domiciliati in Milano, alla via ...

- resistente -

Rilevato che il ricorrente chiede, con provvedimento assunto in via di urgenza ex art. 700 c.p.c., previo accertamento della inefficacia della sostituzione di *trustee* con nomina del resistente C. la conferma del *trustee* in persona del ricorrente del *trust* F. S.n.c. di G. G. & C., istituito con atto in data 8.11.2007, ordinandosi al resistente C. di astenersi dal compiere atti che presuppongano la qualità di *trustee*;

rilevato che parte ricorrente delinea la *causa petendi* che sta alla base dell'odierno procedimento, che vedeva la F. S.n.c. di G. G. & C., società già dedita alla fornitura e messa in opera di materiali ferrosi e non ferrosi, posta in liquidazione in data 19.10.2007, istituire un *trust* in data 3.11.2007, regolato dalla legge di Jersey (art. 9 contr. *trust*), prodotta in atti (doc. 17 fasc. ricorrente), contratto registrato in data 21.11.2007, denominato “Trust F. S.n.c. di

.....  
Pubblichiamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

G. G. & C.” nel quale veniva conferito l'intero patrimonio aziendale e in cui veniva nominato *trustee* il liquidatore e guardiano la resistente B. I.;

rilevato che il ricorrente allega che, in esecuzione del *trust*, il *trustee* ha stipulato due contratti di affitto di azienda tra l'8.11.2007 e l'1.03.2008, intervenendo nelle cause pendenti e procedendo al recupero dei crediti;

rilevato che il ricorrente allega, che in data 20.01.2009 (in realtà in data 12.01.2009) la F. S.n.c. di G. G. & C. è stata dichiarata fallita dal Tribunale di Milano unitamente ai soci illimitatamente responsabili ex art. 147 l.f. (sentenza avverso la quale pende giudizio di reclamo presso la Corte di Appello di Milano), tra cui il *trustee* e il guardiano e che il Curatore del Fallimento, previa autorizzazione in data 3.03.2009, ha proceduto in data 20.04.2009 alla sostituzione del *trustee* con il resistente C. S.;

rilevato che il ricorrente assume che il guardiano B. I. - dichiarata fallita in data 12.01.2009 - ha revocato in data 24.04.2009 la nomina del *trustee* C. S. e ha nominato nuovo *trustee* l'attuale ricorrente in data 24.04.2009 (doc. 14 fasc. ricorrente);

rilevato che il ricorrente rileva, in via di *fumus*, l'efficacia e opponibilità al fallimento del *trust* in data 8.11.2007, nonché la validità della costituzione da parte del guardiano del *trustee* a termini dell'atto costitutivo;

rilevato che il ricorrente allega che la sostituzione del *trustee* operata dal curatore del fallimento costituisca atto abnorme e irrituale, essendo la segregazione del patrimonio conferito in *trust* opponibile ai creditori, il che renderebbe i beni conferiti in *trust* non aggredibili dai creditori, neanche in forma concorsuale;

rilevato che il ricorrente allega l'esistenza del *periculum* in mora in considerazione delle molteplici attività che il *trustee* deve operare in termini strategici sulle necessità, della liquidazione, quali la gestione dei contratti di affitto di azienda e le cause in corso in cui il *trustee* deve intervenire;

rilevato che l'azione di merito che il ricorrente intende promuovere nei confronti del Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. è l'accertamento dell'illegittimità della sostituzione del *trustee* da parte del Curatore del Fallimento;

rilevato che il Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C., resistente - alle cui difese presta intervento adesivo il *trustee* sostituto C. S. nel costituirsi in giudizio con corposa documentazione, assume che la F. S.n.c. di G. G. & C. all'atto della costituzione del *trust*, versava già in stato di insolvenza per cui - pare leggersi tra le righe della comparsa di costituzione (in particolare a pag. 23) - l'unica forma di segregazione del patrimonio che poteva essere posta in essere dalla ricorrente era il ricorso al fallimento in proprio

anziché il conferimento del patrimonio aziendale nel *trust* in oggetto, menzionando ad *colorandum* alcune circostanze, quali il fatto che l'affitto del patrimonio aziendale era stato fatto per un canone simbolico, senza garanzie, senza mezzi propri, in cui il *trustee* diveniva l'unico lavoratore dipendente di una delle due società affittuarie, il fatto che non era stato fornito il rendiconto della gestione del *trust*;

rilevato che il Fallimento resistente assume la legittimità della sostituzione del *trustee*, stante la perdita della capacità di agire da parte del *trustee* a seguito di fallimento ex art. 147 l.f., nonché l'inefficacia della nomina dell'attuale ricorrente quale *trustee* sostituto, in quanto effettuata dalla fallita B. I. incapace ex artt 42, 43 l.f.;

rilevato che il Fallimento resistente assume la non riconoscibilità del *trust* in oggetto quale *trust* interno, che presenta quale unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano la legge di Jersey, mentre disponente, *trustee* e guardiano, nonché i beni conferiti in *trust* si trovano in Italia;

rilevato che il Fallimento resistente assume la nullità e/o inefficacia del *trust* quale *trust* simulato (*sham trust*), in quanto fraudolentemente stipulato per sottrarre i beni all'aggressione dei creditori, privo di pubblicità e relativamente al quale nessuna utilità è stata sinora riversata a beneficio dei creditori, nonché atto revocabile ex art. 2901 c.c.;

rilevato che il ricorrente assume la nullità del *trust* istituito in quanto in contrasto con la disciplina fallimentare;

rilevato, che la società fallita F. S.n.c. di G. G. & C., e il guardiano - nonché socia fallita ex art. 147 l.f. - nel costituirsi nel procedimento, si associano alle domande del ricorrente, assumendo che le incapacità conseguenti alla dichiarazione di fallimento conseguono limitatamente ai beni acquisiti alla massa dei creditori, non anche in relazione ai beni estranei alla massa dei creditori, quali i beni di cui all'art. 46 l.f. (estensione del principio di cui all'art. 514 c.p.c., come rilevato dal resistente), tra i quali sono ricompresi i beni conferiti in un patrimonio separato, quali quelli conferiti nel presente *trust*, ove opponibile come nella specie al fallimento, assumendo che la sostituzione del *trustee* è invalida e inefficace;

rilevato che, come dichiarato all'udienza del 10.06.2009 dal Fallimento resistente, pende attualmente ricorso per sequestro giudiziario dei beni conferiti in *trust* con ricorso depositato in data 8.06.2009, per cui il Fallimento ha chiesto differirsi la decisione per consentirsi la riunione tra il presente procedimento e quello appena incardinato;

tutto ciò premesso, il giudice osserva quanto segue.

1.1 - Superate nel corso della discussione le questioni

preliminari di cui al decreto del 19.05.2009, pare opportuno riepilogare i punti salienti del presente procedimento, prendendo le mosse dall'atto istitutivo del *trust* liquidatorio in oggetto. Il *trust* da cui parte ricorrente (nonché parte resistente) trae la propria legittimazione è stato stipulato per scrittura privata in data 8.11.2007, registrato in data 21.11.2007 dalla F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione, in qualità di disponente (doc. 3 fasc. ricorrente). Il disponente dichiara che la finalità del *trust* è quella di favorire la liquidazione della società F. S.n.c. di G. G. & C., la cui messa in liquidazione risaliva al mese precedente (precisamente in data 19.10.2007, con scrittura privata autenticata, dei soci B. I. M. e G. G. M. iscritta in data 7.11.2007: docc. 1, 2 fasc. ricorrente). Con tale istituto il disponente, in persona del liquidatore G. G. M. dichiara di conferire nel *trust* F. S.n.c. di G. G. & C. l'intero patrimonio aziendale della disponente (punto 5 doc. 3 cit.). Il *trustee* viene nominato in persona del liquidatore G. G. M. e guardiano viene nominata l'altra socia B. I. M. (punti 3 e 4 doc. 3 cit.). Non si tratta, pertanto, di un *trust* propriamente autodichiarato, essendo il *trustee* soggetto diverso dal disponente, per quanto il patrimonio del *trustee* è destinato a soddisfare (oltre che i creditori personali) i creditori della F. S.n.c. di G. G. & C.. Il *trust* viene regolato espressamente dalla Legge di Jersey (punto 9), allegata in atti dal ricorrente e dalla F. S.n.c. di G. G. & C.. La giurisdizione relativa a esistenza, validità ed effetti del *trust* viene individuata nella Corte di Jersey (GB), mentre la giurisdizione relativa ai "diritti dei beneficiari o di qualsiasi obbligazione o diritto del *trustee* o di qualsiasi altro soggetto menzionato in quest'atto è devoluta alla giurisdizione" italiana, (punto 12 doc. 3). Il *trust* viene dichiarato di durata indeterminata sino alla realizzazione della finalità del *trust* ovvero alla non più possibile realizzazione della medesima (punto 8 doc. 3) e viene espressamente previsto che i beneficiari sono la massa dei creditori della società F. S.n.c. di G. G. & C. e, successivamente, i finanziatori della società e - in caso di residui attivi - i soci. È previsto che il *trustee* disponga dei beni in completa discrezionalità e abbia capacità processuale attiva e passiva in relazione ai beni segregati (punto 17), deve tenere un rendiconto delle attività svolte, "redige entro 6 mesi dalla scadenza di ciascun anno salare un inventario e un bilancio del fondo in *trust*" (punto 20, 20.2). È previsto che, alla morte-cessazione o accertata incapacità la facoltà di revoca e sostituzione del *trustee* viene conferita a un guardiano, la socia B. I. M. (punto 21), la quale può essere sostituita - non è espressamente indicato ad istanza di chi - "per imperita, negligente o imprudente esecuzione degli obblighi e dei compiti al caso affidati" (punto 24.2).

Successivamente alla istituzione del *trust*, con sentenza del Tribunale di Milano in data 12.01.2009 è stato dichiarato il fallimento della società disponente F. S.n.c. di G. G. & C. nonché dei soci ex art. 147 l.f. G. G. M. e B. I. M. (doc. 7 fasc. ricorrente), rispettivamente *trustee* e guardiano del *trust*, sentenza avverso la quale viene interposto reclamo e fissata udienza per il 28.05.2009, in cui uno dei motivi a sostegno dell'insussistenza dello stato di insolvenza è proprio l'istituzione del suddetto *trust* liquidatorio.

A seguito di inventario in data 26.03.2009 (doc. 22 fasc. Fallimento) sostanzialmente negativo, essendo tutti i beni della società disponente stati conferiti in *trust*, il Curatore del Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. - previa autorizzazione del G.D., in data 3.03.2009 (doc. 9 fasc. ricorrente) - con scrittura privata autenticata in data 20.04.2009 procedeva alla sostituzione del *trustee* con l'attuale resistente C. S., dando atto nelle premesse della perdita "della capacità legale di rivestire l'incarico di *trustee*" (doc. 24 fascicolo Fallimento); sostituzione che veniva prontamente comunicata in data 21.04.2009 al *trustee* e al guardiano (doc. 25 fasc. Fallimento); sostituzione in relazione alla quale i falliti, per opera del loro procuratore, ne contestavano in data 23.04.2009 la nullità e inefficacia rispetto al Trust F. S.n.c. (doc. 26 fasc. Fallimento).

Con deliberazione in data 24.04.2009 il guardiano del *trust* B. I. M. comunicava al *trustee* sostituito C. S. la revoca della nomina a *trustee* e la nomina di un nuovo *trustee* (doc. 14 fasc. ricorrente) in persona della I. T. C. s.r.l., odierno ricorrente (doc. 11 fasc. ricorrente; doc. 27 fasc. Fallimento) soggetto che svolge professionalmente attività di *trustee* (doc. 12 fasc. ricorrente).

In questo contesto il ricorrente chiede, con il ricorso depositato in data 13.05.2009, l'accertamento in via di *fumus* della inefficacia della sostituzione di *trustee* in persona del resistente C. S. operata in data 20.04.2009, la conferma del *trustee* in persona della società ricorrente in quanto nominata dal guardiano del *trust* in data 24.04.2009, nonché l'inibitoria in danno del *trustee* nominato dalla curatela di astenersi dal compiere atti che presuppongono la qualità di *trustee*.

1.2 - Nel caso di specie si è verificata una situazione inedita (in merito alla quale non sono stati rinvenuti precedenti editi) di conflitto tra un *trustee* e il fallimento di un disponente (situazione di per se inedita), in cui sono stati dichiarati falliti (situazione ancor più singolare) altresì il *trustee* originario e il guardiano del *trust*.

Fatta tale precisazione, pare opportuno sia pure sommariamente delineare quale è la disciplina del *trust* (o dei

*trust*) vigente in Italia e l'accoglienza che l'istituto del *trust* ha avuto in giurisprudenza e nella prassi.

A seguito della ratifica in Italia della convenzione dell'Aja dell'1.07.1985 con L. 364/89, l'istituto del *trust* – che in precedenza era stato osteggiato da qualche isolato precedente di merito – è entrato a far parte dell'ordinamento, quale strumento di segregazione del patrimonio o di parte di beni di un soggetto (disponente o *settlor*) posto sotto il controllo di un *trustee*. Più precisamente “per *trust* si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona (...) con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico” (art. 2 conv. cit.). In conseguenza dell'istituzione del *trust*, che deve essere stipulato con il solo onere della forma scritta *ad probationem* (art. 3 conv. cit.), i beni conferiti in *trust* beneficiano della segregazione patrimoniale, “non fanno parte del patrimonio del *trustee*” e il *trustee* “è investito del potere e onerato dall'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge” (art. 2. conv.). Nel qual caso, unico legittimato a tutelare le ragioni dei beni conferiti nel patrimonio segregato è il *trustee*, presentando i beneficiari solo un interesse, nei confronti di quello, alla corretta attuazione del programma delineato nell'atto di affidamento del disponente (Trib. Cassino, 8 gennaio 2009).

In virtù della convenzione dell'Aja sono riconosciuti all'interno dell'ordinamento non solo i *trust* internazionali - che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano (residenza del disponente, del *trustee*, dei beni da segregarsi) – ma anche – l'opinione (grazie anche ad autorevole dottrina) appare oramai consolidata nella giurisprudenza di merito – i *trust* interni.

Sono *trust* interni – da non confondere con il concetto di *trust* domestico – i *trust* che non presentino alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti in *trust*), né di carattere soggettivo (in relazione alla persona del disponente ovvero a quella del *trustee*), ad eccezione della legge applicabile al *trust* quale unico elemento di estraneità tra il *trust* e l'ordinamento italiano (implicitamente Trib. Bologna, 19 settembre 2008; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007; Trib. Napoli, 14 luglio 2004; Trib. Bologna, 1 ottobre 2003; Trib. Bologna, 18 aprile 2000; Trib. Lucca, 23 settembre 1997), i quali la giurisprudenza ritiene trascrivibili nel caso in cui vengano conferiti beni immobili (Trib. Trieste, 23 settembre 2005; Trib. Bologna, 8 aprile 2003). L'interpretazione, ormai dominante, fa leva sul disposto dell'art. 6 della convenzione dell'Aja 1 luglio 1985,

secondo cui “il *trust* è regolato dalla legge scelta dal costituente”, che prevale sulla disposizione dell'art. 13 conv. cit., secondo cui “nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti (...) sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”, disposizione che abilita il giudice a non riconoscere *trust*, ancorché stipulati secondo una legge straniera ex art. 6 conv. cit., i quali non siano meritevoli di tutela stante la causa concreta perseguita dal disponente.

La giurisprudenza ammette, ormai, anche la riconoscibilità del *trust* c.d. autodichiarato (che non ricorre propriamente nella specie, essendo il *trustee* il liquidatore della società disponente), in cui le figure di *settlor* e *trustee* coincidono (Trib. Orbetello, 15 luglio 2008; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007; Trib. Milano, 23 febbraio 2005; Trib. Parma, 21 ottobre 2003; in senso contrario Trib. Napoli, 21 ottobre 2003).

Non vi è stato, peraltro – a differenza di quanto assume parte ricorrente – un espresso pronunciamento della Suprema Corte in materia di ammissibilità del *trust* interno. Il precedente richiamato dal ricorrente (Cass., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16022), non affronta *ex professo* la questione, benché – nel risolvere una controversia tra genitori *trustee*, quale incarico che non si sostanzia ed esaurisce nel compimento di un singolo atto giuridico come nel mandato, bensì in una “attività multiforme e continua che deve essere sempre improntata a principi di correttezza e diligenza”.

La Suprema Corte pone, peraltro, al centro del giudizio di validità e riconoscibilità del *trust* interno (effettuabile ai sensi del citato art. 13 conv. cit.) la valutazione nel suo complesso del programma negoziale tracciato dal disponente.

Pare, quindi, superato l'orientamento affacciato in giurisprudenza (nonché le preliminari obiezioni del fallimento resistente), restio a riconoscere legittimità al *trust* interno che avesse come unico elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano la legge applicabile (Trib. Belluno, 25 settembre 2002), sulla considerazione che la ratifica della Convenzione dell'Aja ha ammesso la validità di *trust* in cui non vi siano altri elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano che la legge applicabile, dando rilievo alla volontà delle parti in sede di istituzione del *trust* (art. 6 conv. cit). Nel caso di specie - come in altri esaminatisi in giurisprudenza (tra cui il caso di Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2007, cit.) - la legge applicabile nel caso concreto è la legge di Jersey, che costituisce una delle discipline maggiormente favorevoli. Legge ancor più favorevole oggi, a seguito dell'introduzione del nuovo arti-

colo 9A alla legge di Jersey – inserito dalla *Trusts Law* del 2006 - che conserva - al pari di discipline vigenti in altri ordinamenti quali Cook Islands, Bahamas, Cayman Islands - la validità del *trust* (e la possibilità di comminarne una declaratoria di nullità o di *sham trust*) anche nel caso in cui il disponente si riservi numerosi poteri, ovvero li attribuisca a terzi e non li attribuisca al *trustee*.

Il largo consenso che il *trust* sta incontrando nella prassi in questi ultimi anni ha portato - con ampi consensi nella dottrina sia commerciale sia fallimentare - a una entusiastica applicazione dell'istituto anche in sede concorsuale, come nel caso di conferimento in *trust* delle attività residue di un fallimento (Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006; Trib. Sulmona, 21 aprile 2004; Trib. Roma, 3 aprile 2003), ovvero nel caso di conferimento in *trust* di beni dell'imprenditore che chieda l'ammissione di un concordato preventivo (Trib. Mondovì 16 settembre 2005) che prevedano alternativamente la nomina del Commissario Giudiziale quale *trustee* (Trib. Parma, 3 marzo 2005) ovvero, più correttamente, quale guardiano del *trust* (Trib. Napoli, 19 novembre 2008).

1.3 - Affatto diverso il caso in esame, in cui il *trust* è stato istituito dall'impresa poi fallita, (in qualità di disponente) prima della dichiarazione di fallimento e che vede come beneficiari immediati i creditori e, in via successivamente gradata, i finanziatori della società e, infine, i soci.

Le ragioni di conflitto tra il fallimento e il *trustee* (nella specie, il *trustee* nominato dal guardiano) sono molteplici.

Il Fallimento resistente sostiene che il *Trust F. s.n.c.* sarebbe nullo o inefficace in quanto *trust* simulato (*sham trust*).

Secondo tale allegazione, il *trust* in esame non sarebbe meritevole di tutela secondo la stessa legge voluta dal disponente ex art. 6 conv. cit. in sede di istituzione del *trust* (legge di Jersey) in quanto non diretto a perseguire quello che è lo scopo indicato nell'atto (perseguire l'interesse dei creditori), ma diretto a occultare in danno dei creditori il patrimonio della società fallita. A tale riguardo il fallimento adduce una serie di elementi indiziari, quali:

- la mancata pubblicità dell'atto di costituzione del *trust*, non fatto per forma pubblica ma per scrittura privata registrata;
- il fatto che il *trustee* si limiti a mantenere occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori;
- il mancato deposito del libro degli eventi del *trust* e del rendiconto;
- il fatto che il *trustee* e il guardiano hanno accettato la notifica di numerosi atti giudiziari nella qualità di legali

rappresentanti della F. dopo la costituzione del *trust* senza nulla opporre;

- la mancata informazione su esistenza e vicende del *trust* data ai creditori (mancata informazione sull'attuazione del programma negoziale);
- il mancato riversamento, sinora, di alcun beneficio a favore dei creditori, dimostrato dall'insinuazione al passivo dei creditori e dalla mancanza di attivo della procedura.

Il Fallimento resistente spiega, parallelamente, un'altra linea difensiva, decisamente più incisiva, che va al cuore dei rapporti tra *trust* e fallimento successivo, per quanto succintamente esposta.

L'argomentazione del fallimento opposto è incentrata sul fatto che il *trust* interno non possa perseguire finalità di tutela che contrastino con la soddisfazione dei creditori. Nel caso concreto il contrasto tra *trust* e fallimento avrebbe un duplice ordine di ragioni. In primo luogo l'atto istitutivo del *trust* sarebbe assoggettabile a revocatoria ex art. 2901 c.c., per avere il disponente integralmente spogliato il proprio patrimonio senza attribuire alcuna utilità ai creditori. In secondo luogo perché il *trust* liquidatorio posto in essere si porrebbe, in caso di insolvenza, quale procedura liquidatoria alternativa alla procedura concorsuale, il che sarebbe in contrasto con l'art. 15, lett c) Conv. Aja e, comunque, della legge fallimentare italiana; nel qual caso interverrebbe a presidio l'art. 18 conv. cit. secondo cui "le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora, la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico".

1.4 - Ritiene questo giudice che queste ultime argomentazioni del fallimento resistente meritino accoglimento benché le stesse argomentazioni influiscano anche sulla stessa legittimazione passiva del resistente C. S. e sulla condotta tenuta sinora sulla curatela fallimentare in sede stragiudiziale.

1.4.1 - Il problema posto dal fallimento resistente in sede di costituzione nel presente procedimento - oltre alla natura simulata del *trust* secondo la legge istitutiva dello stesso - è quello della sopravvivenza al fallimento del disponente dell'atto istitutivo del *trust* che conferisca in *trust* il patrimonio del disponente, istituendo come beneficiari i creditori del medesimo (e, in via gradata, i creditori postergati e i soci). Il problema riguarda la compatibilità del *trust* con la disciplina di diritto interno del fallimento sopravvenuto del disponente e la possibilità che il *trust* che vede come beneficiari i creditori (tutti) di un imprenditore sopravviva alla dichiarazione di fallimento del disponente. La Convenzione dell'Aja prevede, come si è accennato, all'art. 13 che "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione del-

la scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione". Tale disposizione, pur non apparendo chiarissima, viene intesa dalla quasi totalità dagli interpreti - come accennatosi supra 1.2 - nel senso che il giudice possa negare il riconoscimento del *trust* interno laddove l'utilizzo del *trust* si ponga, in concreto, come elusione di norme imperative dell'ordinamento italiano, ossia laddove la causa in concreto perseguita dal disponente con il programma negoziale non sia comunque meritevole di tutela. La convenzione prevede, inoltre, una particolare tutela per alcuni settori dell'ordinamento, laddove statuisce all'art. 15 che "la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà" nella materia della protezione di creditori in casi di insolvenza".

In linea di principio non può ritenersi incompatibile con la disciplina concorsuale - e quindi abusivo ex art. 13 conv. - un *trust* liquidatorio che persegua per conto del disponente in *bonis* finalità di tutela nei confronti dei creditori quali beneficiari del *trust*. Il debitore potrebbe conferire in *trust* alcuni beni laddove tale conferimento assicurasse la miglior utilizzazione di quei beni. Questo, del resto, ove non costituisca elusione della disciplina societaria in materia di patrimoni separati in materia di società di capitali ex art. 2447 bis e ss. (non operante nel caso di specie), perché in questo caso dovrebbe rendersi applicabile ex art. 13 conv. cit. la disciplina dei patrimoni separati. Il *trust* costituirebbe una alternativa alle procedure concorsuali come nel caso di concordati stragiudiziali, ovvero di operazioni temporanee che servano a coadiuvare promuovendo procedure concorsuali minori. Tale interpretazione, già riconosciuta dalla giurisprudenza citata *supra* pare ulteriormente avallata dalla modifica dell'art. 76 l.f., che non prevede più lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento del mandante, consentendo che il programma negoziale avviato prima della dichiarazione di fallimento sia perseguito dal mandatario per conto del curatore del fallimento del mandante. Il disponente può, pertanto, astrattamente costituire in *trust* alcuni beni (es. i crediti contenziosi), se tale segregazione consente di perseguire, come in effetti persegue, l'interesse di ottimizzare l'interesse dei beneficiari (i creditori). Tale valutazione è, peraltro, condizionata dalla qualità dell'articolazione del programma negoziale contenuto nell'atto istitutivo. Nel qual caso, in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in *trust* potrebbero conservare - co-

me rileva la resistente B. I., guardiano del *trust* (la posizione di F. s.n.c. nel presente procedimento è priva di legittimazione passiva in quanto società dichiarata fallita) - la natura di patrimonio separato - impignorabili in caso di fallimento del *trustee* in via analogica ex art. 46, n. 3, l.f. (assimilandosi il *trust* al fondo patrimoniale) e non aggredibili dai creditori del disponente (impersonati dal curatore), che conservano nei confronti del *trustee* (impersonati dal curatore) l'*actio mandati* nei confronti del *trustee* (azione di rendiconto), salvo l'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto istitutivo nel caso che ricorrano i presupposti. Né pare che al caso dei beni conferiti in *trust* possa applicarsi la diversa disposizione di cui all'art. 155 l.f. relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare - che attribuisce la gestione al curatore sia pure "con gestione separata" stante la diversità strutturale e normativa che caratterizza i patrimoni separati rispetto al *trust*.

In questa prospettiva, il conferimento di alcuni beni della fallita in *trust* astrattamente sopravvive al fallimento salvo l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, laddove il curatore dimostri che l'atto istitutivo del *trust* abbia impoverito il patrimonio del disponente con la colpevolezza del medesimo.

1.4.2 - Quello che il *trust* non può sortire è sostituirsi o, peggio, precludere la liquidazione fallimentare, laddove si ponga come *trust* liquidatorio dell'intero compendio aziendale della società poi fallita. Laddove la causa concreta dell'istituzione del *trust* sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa in danno dei creditori del disponente (oltre che dei creditori del *trustee* che in caso di società di persone parzialmente coincidono ex art. 48 l.f.), di fatto precludono l'apprensione alla curatela fallimentare del disponente, il *trust* persegue finalità estranee a quelle dell'ordinamento italiano e con essa incompatibili. Tanto più se questo avvenga, come nel caso di specie, in caso di soggetto insolvente che non aveva altra strada che ricorrere, sin dal momento in cui istituiva la segregazione patrimoniale, a una procedura di insolvenza.

Si tratta, ben inteso, di due ipotesi tra loro ben diverse di conflitto tra *trust* e fallimento sopravvenuto. Nel primo caso il *trust* liquidatorio istituito a tutela della massa dei creditori quando la società disponente non era insolvente.

Nel secondo caso il *trust* viene istituito quando il disponente era già insolvente, per cui era già obbligato - per intervenuta perdita dei propri mezzi - a fare ricorso agli istituti concorsuali.

Nel primo caso il *trust*, originariamente lecito, si sovrappone alla liquidazione fallimentare ed entra - come correttamente rilevato dalla curatela resistente - in conflitto con la disposizione dell'art. 15, lett. c) conv. Aja. Si



pensi a un *trust* in cui (come nella specie) siano stati conferiti tutti i beni del disponente (l'intero patrimonio), in cui i creditori non abbiano ricevuto sino a quel momento alcuna utilità (come, nella specie, magari per cattiva gestione del *trustee* piuttosto che per scarsa redditività dei beni conferiti in *trust*) e chiedano e ottengano il fallimento. Con il fallimento si attua una segregazione *ex lege* (e non per volontà del disponente) dei beni del disponente i quali, peraltro, risultano già segregati per volontà del disponente e non aggredibili dai suoi creditori. La liquidazione concorsuale non potrebbe avere luogo per alcun bene e il curatore, in rappresentanza di beneficiari (i creditori) dovrebbe limitarsi a chiedere al *trustee* di far luogo al rendiconto di gestione, come da atto istitutivo del *trust* o, semmai, perorare presso il guardiano la sostituzione del *trustee*. Il che vale a dire che l'eventuale istituzione di un *trust* liquidatorio, pur non precludendo la dichiarazione di fallimento sul presupposto che i creditori non avrebbero beni su cui soddisfarsi, attribuirebbe al curatore la sola azione di rendiconto nei confronti del *trustee*, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria.

Si tratta di soluzione incompatibile con la liquidazione concorsuale. Una volta dichiarato il fallimento la gestione o liquidazione degli *asset* del disponente fallito non può essere più perseguita sulla base di un regolamento negoziale del disponente, ma *invito domino* secondo le regole della liquidazione concorsuale, che impongono effetti dirompenti sulla persona del fallito (spossessamento), norme speciali di regolazione dei rapporti pendenti, per la liquidazione dei beni (si pensi al programma di liquidazione *ex art.* 104-ter) e per il rispetto pressoché assoluto della *par condicio* in sede di riparto, che non tollera neanche assegnazioni in natura dei beni. Per non parlare della natura di vendita forzata (*invito domino*) della liquidazione, con conseguente efficacia purgativa della vendita operata in sede fallimentare.

Non pare, pertanto, compatibile con l'ordinamento la conservazione di un istituto fiduciario di fonte privatistica quale il *trust* - laddove abbia causa concreta la segregazione del patrimonio del disponente in favore di creditori - in caso di sopravvenuto fallimento, posto che la segregazione del patrimonio del disponente si verifica in sede di apertura di una procedura concorsuale con le regole proprie della liquidazione fallimentare (spossessamento).

L'effetto proprio del fallimento di spossessamento del debitore a tutela dei creditori e l'emersione del curatore quale figura che, *invito domino*, e per conto della massa dei creditori, amministra e liquida i beni del fallito rende incompatibile con l'ordinamento italiano un *trust* che, seppur originariamente lecito, conferisce a un *trustee* l'intero patrimonio del disponente fallito. In questo caso di falli-

mento sopravvenuto si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del *trust*, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento. Pur non essendovi una espressa norma di regolazione del conflitto nella legge fallimentare (come anche nella convenzione dell'Aja), possono applicarsi in via analogica quelle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa in *bonis* la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e soprattutto art. 78 l.f.). Al contrario, potrebbe porsi un problema di sopravvivenza degli effetti del *trust* medio *tempore* verificatisi, come nel caso in cui il curatore intenda avvalersi dell'effetto segregativo dell'atto istitutivo per far valere titoli di prelazione costituiti sui beni in *trust* dopo l'istituzione del *trust* e prima della dichiarazione di fallimento del disponente.

1.4.3 - Del tutto incompatibile con il combinato disposto degli artt. 13, 15 lett. c) conc. Aja è, invece, il *trust* che venga disposto a tutela dei creditori nel momento in cui l'impresa era già insolvente. In questo caso non ci si trova di fronte a un atto negoziale originariamente lecito che si scioglie per incompatibilità con la liquidazione concorsuale, ma a fronte di un atto che era illecito sin dall'origine e, quindi, non riconoscibile *ex art.* 11 conv. cit. in quanto elusivo della disciplina fallimentare del Paese in cui viene posto in essere.

Un *trust* liquidatorio che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale, quando l'impresa era già insolvente (e, quindi, avendo perso i mezzi propri, avrebbe dovuto immediatamente accedere agli istituti concorsuali) è incompatibile *ab origine* con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15 lett. c). In questo caso non si tratta di una ipotesi di scioglimento di un atto negoziale *ab origine* lecito - causa la segregazione universale del patrimonio del fallito avvenuta *invito domino* per intervenuto fallimento - bensì di un atto privatistico che mira dissimulatamente a sottrarre agli organi della procedura la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di mezzi propri.

Ragionando diversamente, potrebbe essere consentito a qualunque imprenditore insolvente che intenda evitare il fallimento e lo spossessamento conferire tutti i suoi beni in *trust* (magari affidandoli a se stesso con un *trust* autodichiarato), rendendo i beni non aggredibili né dai suoi creditori (disponente) né del *trustee*. In questo caso la causa in concreto perseguita dal disponente collide con le norme di cui agli artt. 13, 15 lett. c) conv. cit. comporta la

nullità dell'atto istitutivo del *trust* e, conseguentemente, anche la nullità dell'effetto segregativo che ne è scaturito. Il *trust* così istituito non ha lo scopo di proteggere i beneficiari (i creditori), ma proprio l'opposto scopo di danneggiare i creditori sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale. Il dichiarato scopo di protezione del beneficiario costituisce, pertanto, abusivo utilizzo del *trust* per sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, atto negoziale in frode alla legge ex art. 1344 c.c., mirante a realizzare effetti ripugnanti per l'ordinamento in cui dovrebbe essere riconosciuto quali la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori.

1.4.4 – Tale è la situazione sottesa al caso di specie.

Il *trust* si è posto genericamente lo scopo di operare la liquidazione per tutelare i creditori, conferendo al *trustee* ogni potere, senza un apparente programma strategico e con clausole di stile. Nel far ciò, l'atto istitutivo del *trust* conferisce al *trustee* l'intero patrimonio aziendale, sostanzialmente senza alcuna limitazione.

È agevole notare, come documentato dal fallimento, che F. s.n.c. era, alla data dell'8.11.2007 (ovvero alla data del 21.11.2007, data in cui l'atto istitutivo del *trust* assume data certa ex art. 2704 c.c. nei confronti dei creditori) insolvente, posto che a tale data la società mostrava debiti (certi) per Euro 1.392.343,48 e un attivo apparente per Euro 1.453.202,4. In realtà parte di questo attivo è costituito da immobilizzazioni per oltre Euro 338.000,00 – che comporta uno sbilancio tra attività correnti (ridotte a beneficio della attività immobilizzate) e passività correnti – nonché da "cause attive", ossia da crediti contenziosi stimati in Euro 605.862,00 a fronte – come risulta dagli atti del procedimento – di un valore nominale di cause pari ad Euro 659.000,00 con una svalutazione – come rilevato dal Fallimento – di meno del 10% rispetto al valore nominale. Svalutazione non prudente, se si tiene conto che non risulta stata fatta adeguata *due diligence* in ordine a fondatezza della domanda e solvibilità delle controparti (una delle controparti I. s.p.a. debitrice per Euro 37.889,71 risulta incontestatamente fallita).

Una valutazione prudente (e non troppo), avrebbe dovuto consigliare al disponente di svalutare i propri crediti contenziosi (al netto del credito vantato nei confronti di I. s.p.a.), pari a circa Euro 621.000,00 quanto meno del (salomonico) 50% e appostarli per Euro 311.000,00 (azzeando il credito nei confronti di I. s.p.a. in quanto fallita), anziché appostarli per Euro 605.862,34, con una imprudente maggior valorizzazione (solo sui crediti contenziosi) di circa Euro 295.307,00. Basterebbe tale circostanza a portare il patrimonio netto della società in liquidazione da Euro 60.858,94 a Euro -234.448,00 (patrimonio negativo).

Se si tiene conto, poi, del fatto che la società era stata già sfrattata dalla propria sede legale e che, presumibilmente, aveva cessato da molti mesi la propria gestione caratteristica (lavorazione materiali ferrosi e non ferrosi), è probabile (non è stata svolta alcuna deduzione sul punto) che le stesse rimanenze di magazzino per Euro 11.135,95 celassero ulteriori minusvalenze occulte. La società in liquidazione presentava, pertanto, alla data del 7.11.2007, un patrimonio netto negativo.

L'insolvenza della F. s.n.c. alla data del 7.11.2007 è, poi, ulteriormente evidenziata – oltre che dall'assenza di mezzi propri – anche dal fatto che la F. s.n.c. aveva subito, già prima del 7.11.2007 alcuni decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi (doc. 10 fasc. resistente), uno dei quali di un importo particolarmente consistente (oltre Euro 100.000,00: doc. 11 fasc. resistente) circostanza che rende evidente lo stato di insolvenza della F. s.n.c. alla data del 7.11.2007 e dell'impossibilità di remunerare le passività correnti con mezzi normali di pagamento.

La F. s.n.c. avrebbe, pertanto, dovuto fare ricorso sin dal 7.11.2007 alla tutela concorsuale.

Deve, pertanto, ritenersi che il *trust* in oggetto non persegue interessi meritevoli di tutela, essendo la causa in concreto perseguita dal disponente diretta ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale in violazione degli artt. 13, 15 lett. c) conv. Aja e, pertanto, è nullo, nullità di cui questo giudice può conoscere essendosi chiesta la manutenzione del *trust* da parte del *trustee* nominato dal guardiano.

Stante la nullità del *trust*, il ricorso del ricorrente non può essere accolto per difetto del *fumus boni iuris*. Deve, pertanto, darsi atto che anche la posizione del resistente C. S. è priva di titolo, in quanto fondata su un *trust* non riconoscibile in Italia, dichiarandosi il difetto di legittimazione passiva di C. S. (oltre che di F. s.n.c.) nel presente procedimento.

Le spese sono soggette a integrale compensazione stante la particolare complessità del caso.

**P.Q.M.**

Il Giudice del Tribunale di Milano, Sezione Prima Civile, visti gli artt. 669-septies, 700 c.p.c. pronunciando sul ricorso depositato in data 13.05.2009 da I. T. C. s.r.l. contro Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. e C. S. e con l'intervento di F. S.n.c. di G. G. & C. e B. I. M. così provvede:

1. rigetta il ricorso;
2. dichiara le spese processuali integralmente compensate tra le parti.

Italia – Tribunale di Roma

## Trasferimento a trustee delle somme del fallimento destinate a creditori irreperibili

**Fallimento – creditori irreperibili – somme – trust – trasferimento delle somme al trustee**

Il curatore del fallimento può essere autorizzato a trasferire al trust istituito per provvedere alla riscossione dei crediti fiscali emergenti dalla procedura anche le somme destinate ai creditori irreperibili, affinché i trustee le versino loro o, decorsi cinque anni, le distribuiscano ai creditori concorsuali rimasti insoddisfatti nella misura percentuale di cui al piano di riparto.

■ **Tribunale di Roma, Sez. Fallimentare, G. Deodato, Pres., C. Fragapane, A. La Malfa, 11 marzo 2009 [Fallimento Flaminia Nuova S.p.a.]**

### TESTO DEL DECRETO

(omissis)

Letta l'istanza che precede e attesa la necessità di provvedere con urgenza alla chiusura del fallimento, come sollecitato dal giudice delegato con provvedimento del 3/2/2009;

rilevato che fra le attività residue del fallimento esistono, oltre che i crediti fiscali che sorgono o che sono esigibili dopo la dichiarazione di fallimento le somme destinate ai creditori irreperibili, che la vigente disciplina bancaria non consente di depositare su libretti postali e/o bancari a loro nome, come disposto dal G.D. con provvedimento del 10/11/2008, ai sensi dell'art. 117, co. 4, L.F. che ne aveva previsto l'apertura dando mandato al curatore di aprire tre libretti di deposito di risparmio a favore dei creditori irreperibili (...);

visto il decreto ... con il quale il Tribunale ha autorizzato il curatore ad istituire un trust al quale conferire i crediti fiscali di cui sopra;

ritenuto opportuno, per le esigenze della procedura, che il curatore conferisca ai trustee anche le somme destinate ai creditori irreperibili, dando ad essi mandato di versarle ai creditori concorsuali rimasti insoddisfatti, nella misura percentuale prevista nel piano di riparto, decorsi cinque anni dalla data odierna;

rilevato che, ai sensi del citato art. 117, co. 4, L.F., det-

te somme, decorsi cinque anni, dovrebbero essere depositate all'entrata del bilancio dello Stato se i creditori rimasti insoddisfatti non ne facciano richiesta, richiesta che, nel caso di specie, è implicita nella nomina dei trustee, quali portatori degli interessi di tutti i creditori;

considerato che l'utilizzazione dei trust quale contenitore oltre che delle sopravvenienze fiscali, anche di quanto non si possa utilmente monetizzare nel corso della procedura fallimentare, è stata di recente consentita dal Tribunale di Saluzzo, con provvedimento del 9/3/2006, Fall. Società Accornero (in Giur. Comm., 2008, 2, 208 n. Iozzo, e Giur. Merito, 2008/74 n. De Marchi)(1);

ritenuto peraltro che nel caso di specie i trustee non debbono monetizzare attività non liquide del fallimento, ma limitarsi a distribuire fra i creditori somme attualmente non esigibili:

P.T.M.

autorizza il curatore a conferire al trust autorizzato con provvedimento del ..., le somme dovute ai creditori irreperibili annullando il mandato del 10/11/2008 per l'apertura di libretto di risparmio nominativo a loro favore;

.....  
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

**Nota:**

(1) In questa Rivista, 2008, 290 [n.d.r.].

autorizza il curatore a concordare, previa autorizzazione del G.D. i compensi dovuti:

- al trustee per quest'ulteriore incarico e per i controlli fiscali strumentali a garantire il sorgere del credito fiscale (il curatore è stato già autorizzato a riconoscere loro il 7% sui crediti effettivamente incassati);

- al consulente nominato del fallimento prof. Lupoi per la sua assistenza;

- al notaio incaricato della redazione dell'atto istitutivo del trust, che nomina nella persona del dr. Edmondo Maria Capecelatro, con studio in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n. 99.

Italia – Tribunale di Bologna

## Autorizzazione a trasferire a trustee beni del beneficiario di amministrazione di sostegno

**Amministratore di sostegno – istituzione di un trust – trasferimento dei beni dell'amministrato al trustee – istanza – autorizzazione – concessa**

Può essere autorizzato il trasferimento della proprietà di beni da una persona sottoposta ad amministrazione di sostegno al trustee del trust che sia stato istituito a suo beneficio e autorizzato dal giudice tutelare su istanza congiunta dell'amministratore di sostegno e dello stesso soggetto sottoposto alla misura tutelare.

■ **Tribunale di Bologna, Sez. I civile, A. Costanzo, Pres. Rel., M. C. Borgo, C. Gamberini, 11 maggio 2009 [M.M.]**

### TESTO DEL DECRETO

nel procedimento n. .../06 Reg. Vol. G. promosso ex art. 747 c.p.c. dal signor M. M., nato a ... residente a Bologna, Via ... (rappresentato e difeso dall'avv. Annapaola Tonelli) nella sua qualità di amministratore di sostegno del signor N. M. nato a ... ivi residente in Via ... (ora difeso dall'avv. Barbara Binazzi), con intervento del P.M.

Il Collegio, visto il ricorso che precede;  
esaminata la documentazione allegata;  
visti i pareri favorevoli del Giudice Tutelare e del Pubblico Ministero;  
vista la memoria integrativa con documenti prodotta il 19 dicembre 2006;  
richiamati i propri precedenti provvedimenti e le richieste di chiarimenti e integrazioni;  
viste le note integrative depositate il 18 maggio 2008;  
richiamato il decreto 19-23 settembre 2008 del Giudice Tutelare nel proc. sub. 17/06 relativo all'amministrazione di sostegno n. /05 (ora in (...));  
osserva quanto segue:

L'amministrazione di sostegno.

Il procedimento trae origine dal "ricorso ex art. 747 c.p.c. per l'autorizzazione alla istituzione di un trust ai sensi della legge n. 364 del 16 ottobre 1989 avente ad ogget-

to beni ereditati di proprietà di beneficiario di amministrazione di sostegno".

Il ricorso è stato presentato, in pendenza di secondo giudizio di interdizione, dal signor M. M. nella sua qualità di amministratore di sostegno del signor M. N. nato a ...

Il signor M. N. non è coniugato, non ha ascendenti né discendenti.

Il ricorrente era stato nominato amministratore di sostegno del signor N. a tempo indeterminato con decreto del Giudice Tutelare in data 8 novembre 2005 nel procedimento n. .../05 Vol. G. riunito al procedimento n. .../05 Vol. G. (doc. 1 allegato al ricorso). Nel decreto di nomina dell'amministratore di sostegno si dava atto che il (primo) giudizio di interdizione n. .../04 R.G. promosso dal P.M. nei confronti del signor N. (e nel corso del quale il signor M. era stato nominato tutore provvisorio) si era concluso con sentenza di rigetto dell'istanza di integrazione (v. Trib. Bologna, 22 luglio 2005, n. 1942) e ordinanza di trasmissione degli atti ex art. 418, 3° c. c.c. al Giudice Tutelare).

L'amministrazione di sostegno era stata aperta in considerazione delle condizioni di salute del signor M. N. ("affetto dagli esiti di una encefalopatia anossica comatale con tetraparesi spastica"), inidoneo a gestire i propri interessi

.....  
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

Il decreto del Giudice Tutelare con il quale era stata autorizzata l'istituzione del trust, Trib. Bologna, 23 settembre 2008, può leggersi in questa Rivista, 2008, 631.

patrimoniali (v. il decreto istitutivo dell'amministrazione di sostegno, doc. 1, e per ulteriori riferimenti, l'articolato parere espresso dal Giudice Tutelare in ordine al ricorso in esame).

Col decreto 8 novembre 2005 il Giudice Tutelare, oltre a prevedere un limite alla possibilità per il signor M. N. di prelevare somme di denaro dal conto corrente e di effettuare pagamenti mediante carta di credito, aveva stabilito, fra l'altro, che "l'amministratore di sostegno è chiamato a svolgere, in nome e per conto del beneficiario, tutti gli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio del beneficiario" e che "l'amministratore di sostegno è chiamato a compiere anche ogni atto di straordinaria amministrazione del patrimonio del beneficiario sempre in nome e per conto del beneficiario, ma solo previa distinta autorizzazione di questo Giudice Tutelare e previo deposito di adeguata documentazione".

Sul punto sono poi intervenuti altri decreti del Giudice Tutelare.

Dopo l'apertura dell'amministrazione di sostegno il Pubblico Ministero aveva promosso un secondo giudizio per l'interdizione del signor M. N.: quell'istanza è stata respinta con sentenza Trib. Bologna 21 novembre 2006, n. ..., non impugnata.

#### La posizione del beneficiario.

Al tempo dell'apertura dell'amministrazione di sostegno il signor N. era ospite della Casa di riposo "Villa Ranuzzi" di Bologna.

Come si legge nel parere del Giudice Tutelare, il signor M. N. aveva sempre convissuto coi genitori, signori R. N. e A. G.: dopo la morte della madre (avvenuta il 7 aprile 1999: eredi ex lege della signora G. sono stati il coniuge e l'unico figlio), era rimasto ad abitare col padre a quando quest'ultimo ha perso la propria autonomia lo aveva seguito trasferendosi con lui nella Casa di riposo "Villa Ranuzzi".

Nel periodo trascorso col padre a "Villa Ranuzzi" il signor N. aveva conosciuto un'assistente di base dipendente della casa di riposo, la signora V. D., nata a ..., divorziata, con cui ha allacciato una relazione affettiva.

Il padre del signor N. è deceduto a Bologna il 23 marzo 2006 (v. il certificato di morte prodotto come doc. 4).

Una volta tornato ad abitare nella casa di via ... (ora di sua esclusiva proprietà) il signor N. ha intrapreso una convivenza more uxorio con la signora V. D. (v. per i particolari il ricorso dell'amministratore di sostegno, i documenti ad esso allegati, il parere del Giudice Tutelare).

La convivenza è tuttora perdurante.

Sul punto si richiamano le considerazioni svolte dalla già citata sentenza Trib. Bologna, 21 novembre 2006, n. ...

#### Il patrimonio del beneficiario.

Il signor N. è proprietario di beni mobili (tra cui polizza assicurativa, titoli, somme in conto corrente) e immobili a lui pervenuti per effetto di successione *mortis causa* (la successione materna si era aperta il 7 aprile 1999, la successione paterna il 23 marzo 2006) è titolare di un reddito di lavoro *part time* (circa Euro 700,00 mensili) e di una pensione di invalidità (circa Euro 600,00 mensili).

La competenza del collegio ad esaminare unicamente il ricorso ex art. 747 c.p.c. e la sospensione del procedimento.

Col ricorso presentato il 21 luglio 2006 ex art. 747 c.p.c. (proc. n. .../06 Reg. Vol. G.) l'amministratore di sostegno ha chiesto al Tribunale civile di essere autorizzato ad istituire un trust in favore del beneficiario avente ad oggetto i beni mobili e immobili pervenuti al signor M. N. a seguito della morte del padre (parte di questi beni erano già nella contitolarità di padre e figlio); l'eredità paterna era stata accettata con beneficio di inventario dall'amministratore di sostegno (cfr. 1 documenti 4 - 6 allegati al ricorso). Sia il P.M. che il Giudice Tutelare hanno espresso parere favorevole all'accoglimento del ricorso ex art. 747 c.p.c.

Con altro contestuale ricorso presentato ex art. 411 c.c. (proc. n. 559/05 sub 7/06) l'amministratore di sostegno ha chiesto al Giudice Tutelare l'autorizzazione ad istituire un trust in favore del beneficiario avente ad oggetto i beni mobili e immobili pervenuti (pro quota) al signor M. N. a seguito della morte della madre nel ricorso si afferma che l'eredità materna è stata accettata senza beneficio di inventario.

I due ricorsi erano rivolti ad ottenere l'autorizzazione all'istituzione di un unico trust avente ad oggetto (quote di) beni di diversa provenienza.

Il Giudice Tutelare aveva trasmesso al Tribunale civile in composizione collegiale anche gli atti relativi al ricorso ex art. 411 c.c., atti che sono stati così uniti a quelli relativi al ricorso ex art. 747 c.p.c.

I due procedimenti sono stati però separati: va quindi richiamato il decreto 4 giugno 23 luglio 2007 con cui il collegio, ritenuta la propria competenza ad esaminare il ricorso relativo ai beni compresi nella eredità paterna, ha disposto la restituzione degli atti al Giudice Tutelare.

I successivi sviluppi.

Nel corso del procedimento il Tribunale in composizione collegiale aveva chiesto integrazioni e chiarimenti.

Il procedimento di autorizzazione ex art. 747 c.p.c. è stato sospeso con un altro decreto collegiale, sempre in data 4 - 23 luglio 2007 (cron. .../07) nel quale erano svolte le seguenti considerazioni;

“[...] Con separato decreto è stata disposta la restituzione al Giudice Tutelare degli atti concernenti il ricorso presentato ex art. 411 c.c. (proc. .../05 sub .../06) con cui l'amministratore di sostegno ha chiesto al Giudice tutelare l'autorizzazione ad istituire un trust in favore del beneficiario avente ad oggetto i beni mobili e immobili pervenuti (pro quota) al signor M. N. a seguito della morte della madre (l'eredità materna è stata accolta senza beneficio di inventario).

Quanto al ricorso presentato ex art. 747 c.p.c. (proc. n. .../06 Reg. Vol. G.) col quale l'amministratore di sostegno ha chiesto al Tribunale civile di essere autorizzato ad istituire in trust in favore del beneficiario avente ad oggetto i beni mobili e immobili pervenuti al signor M. N. a seguito della morte del padre (parte di questi beni erano già nella contitolarità di padre e figlio; l'eredità paterna è stata accettata con beneficio di inventario dall'amministratore di sostegno, cfr. i documenti 4 - 6 allegati al ricorso), visti il parere favorevole del P.M. e del Giudice Tutelare, il collegio, considerati l'ampiezza e gli effetti dell'atto per cui va richiesta autorizzazione, ritiene di dover allo stato sospendere l'esame, in attesa che del ricorso dell'amministratore di sostegno sia informato il beneficiario, il quale potrà così essere sentito dal Collegio Tutelare ed esprimere la propria opinione se del caso avvalendosi di un difensore.

Il ricorrente potrà inoltre fornire ulteriori informazioni sui costi anche fiscali dall'operazione proposta, riesaminare - sentito il beneficiario - le ragioni che lo hanno indotto a chiedere l'istituzione di un trust pur in presenza di un decreto istitutivo di amministrazione di sostegno che ha attribuito all'amministratore poteri molto ampi in materia di amministrazione del patrimonio del beneficiario (si tratta, in altri termini, di approfondire l'esame circa la necessità o comunque l'utilità di istituire un trust sull'intero patrimonio nei termini e con gli effetti illustrati in ricorso quando è già in esame una misura di protezione - l'amministratore di sostegno, appunto - applicata anche per garantire la conservazione e l'adeguata gestione del patrimonio del beneficiario), verificare la possibilità di impegno di strumenti alternativi al trust così come proposto, valutare l'eventualità di istituire un trust unitariamente autodi-

chiarato o di limitare a parte del patrimonio l'oggetto del trust proposto.

Si comunichi al ricorrente (per l'integrazione del ricorso, una volta sentito il beneficiario), al P.M., al Giudice tutelare (per un nuovo parere, una volta sentito anche il beneficiario)”.

I fatti successivi vedono la partecipazione del beneficiario all'iniziativa assunta dall'amministratore di sostegno.

Dopo la sospensione del presente procedimento, davanti al Giudice Tutelare si sono svolte diverse udienze, presente anche il difensore del signor M. N. il beneficiario si è avvalso anche dell'ausilio di un consulente di parte, il dott. Alberto Govoni, dottore commercialista e, fra l'altro, revisore dei conti dell'ANFFAS e della Fondazione “Dopo di noi” costituita col Comune di Bologna.

La discussione relativa alla istituzione di un trust si è svolta dunque nel contraddittorio.

Ne è scaturita una proposta condivisa, presentata dall'amministratore di sostegno (difeso dall'avv. Annapaola Tonelli) e dal beneficiario (difeso dall'avv. Barbara Binazzi) sia al Giudice Tutelare che al Tribunale in composizione collegiale (v. la nota depositata il 16 maggio 2008).

La proposta è stata accolta dal Giudice Tutelare con decreto 19 - 23 settembre 2008 ex art. 411 c.c. (“Autorizza M. M., quale amministratore di sostegno di M. N.: 1) all'istituzione del Trust per M. N. di cui all'atto istitutivo allegato al ricorso, con iniziale dotazione di Euro 1.000 e con obbligo per il trust di consegnare annualmente all'amministratore di sostegno rendiconto della gestione relativo all'anno solare precedente; 2) al successivo trasferimento al trust dei beni elencati in ricorso, previe le debite autorizzazioni ex art. 747 c.p.c.; 3) a nominare la S.r.l. Galvani Fiduciaria quale trustee ed il dr. Alberto Govoni quale guardiano del trust, coi compensi indicati in ricorso. Si comunichi all'amministratore di sostegno ed al beneficiario.

Provvedimento immediatamente esecutivo ai sensi dell'art. 741 c.p.c.”), decreto che va inteso come nuovo parere favorevole all'accoglimento del ricorso ex art. 747 c.p.c.

Si tratta ora di provvedere in ordine ai beni pervenuti al signor M. N. a seguito della morte del padre e compresi nella eredità accettata con beneficio di inventario (si richiamano i verbali 6 e 21 giugno 2006, prodotti come doc. 6 in allegato al ricorso).

L'integrazione del ricorso originario.

Con l'originario ricorso ex art. 747 c.p.c., l'ammini-

stratore di sostegno aveva chiesto l'autorizzazione ad istituire un trust in favore del beneficiario avente ad oggetto i beni mobili ed immobili pervenuti al beneficiario per successione *mortis causa* del padre (cfr., prodotto come doc. 12, il testo dell'atto istitutivo di trust). Avendo presentato il parallelo ricorso ex art. 411 c.c. al Giudice Tutelare (poi trasmesso al collegio ma infine restituito al G.T.), l'amministratore di sostegno mirava ad un unico atto di trust, comprensivo dei beni provenienti dall'eredità paterna e di quelli già pervenuti dall'eredità materna, retto dalla legge di Jersey, Isole del Canale (art. 11 dell'atto istitutivo originario, doc. 12, nel quale si precisa che "la validità l'efficacia e l'opportunità degli atti del Trust posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla legge italiana": i documenti 13 - 15 nonché gli aggiornamenti contenuti nella memoria integrativa, doc. 26 - 26), ma soggetto alla giurisdizione nazionale italiana e alla competenza del foro di Bologna (art. 10 dell'atto istitutivo originario, doc. 12) ed avente come unico beneficiario il signor M. N. (art. 6 dell'atto istitutivo originario, doc. 12).

Il confronto davanti al Giudice Tutelare tra l'amministratore di sostegno, difeso dall'avv. Tonelli, e il beneficiario, difeso dall'avv. Binazzi (con l'ausilio del dott. Alberto Govoni), ha portato significative novità.

Da un lato, il beneficiario ha aderito all'iniziativa dell'amministratore di sostegno.

Dall'altro, l'originaria bozza di atto istitutivo è stata modificata delimitando l'ambito di patrimonio oggetto di trasferimento e tenendo conto, fra l'altro, delle richieste e delle esigenze del signor N. (in particolare, per ciò che riguarda la casa di abitazione desiderata; la libera disponibilità dei valori preziosi indicati nell'intervento così come della retribuzione e della pensione, rimaste fuori dal trust; la possibilità di disporre di somme liquide; anche senza il ricorso al G.T. i rapporti tra beneficiario trustee e guardiano, che ora non è più coincidente con la persona dell'amministratore di sostegno), dei costi dell'operazione del trattamento fiscale (quanto a quest'ultimo profilo, il trasferimento in trust dei beni immobili è differito ad un momento più favorevole).

Dunque, deve ora farsi riferimento al testo di atto di trust prodotto come doc. 20 e già valutato positivamente dal Giudice Tutelare con decreto ex art. 411 c.c.: il signor M. N. è unico beneficiario del trust (art. 6 dell'atto istitutivo, doc. 20);

la finalità perseguita è quella di "prevenire la dispersione del patrimonio del Soggetto da Assistere, unica sua fonte di reddito ad unica sua garanzia, e al contempo garantire che esso rimanga estraneo a qualsiasi vicenda dovesse

coinvolgere il Soggetto da Assistere, assicurandone la consistenza e l'integrità e la corretta amministrazione"(lett. d) della premessa);

il trustee "impiega il Fondo in trust per assicurare al Beneficiario la più efficace garanzia, protezione e tutela economica, negli anni e venire, cosicché i beni vincolati nel Fondo in trust non vadano dispersi e rimangano estranei a qualsiasi vicenda dovesse coinvolgere il Beneficiario e li conserva, gestisce e se possibile incrementa ad esclusivo vantaggio del Beneficiario" (art. 15.A dell'atto);

sulla tutela delle legittime ragioni creditorie vantate dai terzi sul Fondo in Trust, v. anche l'art. 17.C dell'atto;

all'azione del trustee, cui vengono trasferiti in proprietà beni, sono posti i vincoli derivanti dalle disposizioni e dalla finalità dell'atto istitutivo di trust (artt. 11 - 13 dell'atto, v. inoltre gli artt. 14 - 21 circa la gestione del trustee);

quanto all'effetto c.d. segregativo del trust, l'art. 3 dell'atto istitutivo precisa alla lett. C. che "i Beni in trust sono separati dal patrimonio proprio del Trustee, non sono aggredibili dai suoi creditori personali e, qualora il Trustee sia una persona fisica, non fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio o da convenzioni matrimoniali e non formano oggetto della sua successione ereditaria" (v. anche l'art. 2 e l'art. 11 della Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985, ratificata dallo Stato italiano con L. 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dal 1° gennaio 1992);

il trustee è sottoposto al controllo e ai poteri (anche di revoca) del Giudice Tutelare (art. 8) e delle altre autorità giudiziarie;

poteri di vigilanza e segnalazione (e di autorizzazione, art. 27 C. 2) sono affidati al Guardiano (ora non più identificato, come nella originaria proposta, nell'amministratore di sostegno, ma), scelto in base a criteri di professionalità con l'approvazione del beneficiario; il Guardiano si dovrà confrontare con l'amministratore di sostegno, a sua volta tenuto a considerare (cfr. l'art. 410, I c., c.c.) anche i "desideri" del Beneficiario, tant'è vero che quest'ultimo potrà comunque direttamente segnalarli al trustee (art. 18.B);

il trust avrà termine finale collegato all'eventuale cessazione (da accertare, anche sul piano medico - legale, con apposita procedura, v. l'art. 7) delle ragioni che hanno motivato l'istituzione del trust e comunque alle ore 0,00 della morte del beneficiario, il che consente al beneficiario di disporre efficacemente dei suoi beni con testamento (v. l'art. 7 dell'atto istitutivo).

Si rimanda comunque alla lettera integrale dell'atto istitutivo.



La protezione del beneficiario.

L'istituzione del trust è già stata autorizzata dal Giudice Tutelare.

Il Tribunale di Bologna, in varie occasioni, si è pronunciato nel senso dell'ammissibilità del Trust interno e non ravvisa oggi ragioni per discostarsi da tale orientamento (v. ad es. l'approfondita analisi condotta da Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in Foro it. 2004, 1, 1295(1): "in Italia il trust interno che non abbia intenti abusivi o fraudolenti è valido, non contrasta con norme imperative o principi di ordine pubblico ed ha l'effetto di segregare i beni del trust rispetto al restante patrimonio del trustee in deroga all'art. 2740 c.c.").

Nello stesso senso si sono pronunciati altri uffici di merito: alcuni di quei provvedimenti sono menzionati nel ricorso ex art. 747 c.p.c. (v. anche Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in Foro it., 2006, 1, 1935(2)).

Al richiamo alla Convenzione dell'Aja 1° luglio 1985 (all'art. 1322 c.c.) si aggiunge ora quello all'art. 2645 ter c.c.

Va qui evidenziato il collegamento tra istituzione del trust a vantaggio del beneficiario dell'amministrazione di sostegno e vicende relative all'applicazione delle misure di protezione (per un precedente, v. il decreto 14 marzo 2006 del Giudice tutelare di Genova (3), in ...; si richiama ancora il decreto 19 - 23 settembre 2008 del Giudice Tutelare di Bologna(4), in ...; v. inoltre il decreto 26 novembre - 11 dicembre 2008 del Giudice Tutelare del Tribunale di Modena sezione distaccata di Sassuolo(5) che ha autorizzato l'istituzione di un trust interno nell'interesse di una minore d'età; cfr. altresì Cass., sez. I, 13 giugno 2008, n. 16022(6) relativa ad una controversia tra genitori trustee).

Le ragioni che hanno indotto l'amministratore di sostegno a formulare la richiesta e il Giudice Tutelare ad esprimere un ampio e motivato parere favorevole, prima, e ad autorizzare l'istituzione del trust, poi, sono diffusamente illustrate nel ricorso (e nei documenti allegati), nell'originario parere del G.T., nel decreto 19 - 23 settembre 2008, atti tutti da intendersi qui integralmente richiamati. Esse si riflettono sul giudizio circa la meritevolezza dell'interesse perseguito con l'atto oggetto di autorizzazione e traggono origine dalle particolari vicende successive alla nomina dell'amministratore di sostegno (la relazione affettiva e poi la vera e propria convivenza *more uxorio* instaurata dal signor N. con la signora V. D.; la manifestazione, da parte del signor N., di una semplice più aperta ostilità nei confronti dell'amministratore di sostegno (un amico di famiglia, inizialmente assai ben ac-

etto) e di un'insofferenza per le limitazioni conseguenti al regime stabilito dal decreto applicativo della misura di protezione; la condotta del signor N. il quale, isolatosi progressivamente dagli amici di un tempo e dai colleghi di lavoro, ha dichiarato più volte - anche nel corso del secondo giudizio di interdizione, promosso nel 2006 dal Pubblico Ministero - di voler fare tutto da solo insieme a V., l'unica persona di cui si fida, e di volersi sposare con questa donna per formare una vera famiglia come avevano fatto i suoi genitori).

Al fondo, vi è il conflitto fra tutela del patrimonio del beneficiario e rispetto delle prerogative e della dignità della persona.

Convincenti sono le osservazioni svolte dal Giudice Tutelare nel decreto 19 - 23 settembre 2008.

L'istituzione del trust consente dunque nel caso di specie di garantire la conservazione (e la destinazione) del patrimonio (o meglio, di buona parte del patrimonio) senza dover ridurre ulteriormente la capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Queste considerazioni tanto più valgono se si pone in raffronto l'esigenza di protezione della persona con l'eventuale applicazione dell'interdizione: del resto il Tribunale, nel respingere la seconda istanza di interdizione, si era pronunciato sul punto "Dalle deposizioni dell'amministratore di sostegno e delle altre persone sentite dal G.I. emerge una persona molto più attiva di quella che la signora D. ha voluto descrivere parlando di sé. Non si può escludere, ed è anzi verosimile, che la signora D. abbia coltivato il proprio rapporto col signor N., oltre che per spirito di servizio ed affetto, anche in vista di una gratificazione non solo morale e nutra aspettativa di carattere economico. Nel contesto sopra delineato, peraltro, una pronuncia di interdizione allo stato attuale risulterebbe troppo sbilanciata a favore della tutela del patrimonio del signor N. e penalizzante per la persona del signor N., del quale occorre considerare i bisogni e le aspirazioni. È vero che le interferenze della signora D. hanno creato, e forse creeranno ancora, difficoltà nei rapporti tra il signor N., da un lato, e l'am-

#### Note:

(1) In questa Rivista, 2004, 67 [n.d.r.].

(2) In questa Rivista, 2006, 83 [n.d.r.].

(3) In questa Rivista, 2006, 415 [n.d.r.].

(4) In questa Rivista, 2008, 631 [n.d.r.].

(5) In questa Rivista, 2009, 177 [n.d.r.].

(6) In questa Rivista, 2008, 522 [n.d.r.].

ministratore di sostegno (ma anche gli amici e i colleghi e gli operatori dei servizi sociali), dall'altro. Peraltro, il signor N. vive oggi nella relazione affettiva con la signora D. un'esperienza per lui appagante e rassicurante.

Inoltre, l'evolversi della situazione è costantemente monitorata dal giudice tutelare, al quale sono già stati trasmessi gli atti e i verbali formati in questo giudizio. Infine, l'elasticità dello strumento dell'amministrazione di sostegno (sul punto v. da ultimo Cass., sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584) e la varietà di soluzioni ipotizzabili a tutela del patrimonio del beneficiario possono fornire una risposta alle ragionevoli preoccupazioni illustrate dal signor M. e dagli amici del convenuto senza determinare a carico della sfera personale del signor N. privazioni o frustrazioni per lui difficilmente sopportabili": Trib. Bologna, 21 novembre 2006, n. 2636.

#### I presupposti per l'autorizzazione.

Le informazioni integrative sulla più che apprezzabile consistenza del patrimonio mobiliare o immobiliare del signor N. (circa Euro 1.258.000) giustificano e rendono opportuno - per le ragioni già valutate dal Giudice tutelare - l'istituzione del trust.

Il trust persegue nel caso concreto finalità meritevoli di tutela, attinenti non solo alla sfera patrimoniale ma anche a quella personale del beneficiario.

Non si ravvisano disposizioni contrarie all'ordine pubblico.

Le ragioni dei terzi creditori (peraltro non risulta l'esistenza di passività ereditarie) risultano adeguatamente tutelate dalle disposizioni dell'atto istitutivo.

In conclusione, il ricorso merita accoglimento.

Poiché il trust è stato istituito, l'autorizzazione ha ad oggetto il trasferimento in piena ed esclusiva proprietà del trustee (individuato nella Galvani Fiduciaria S.r.l. di Bologna, anche alla luce della opinione manifestata dal beneficiario, oltre del curriculum e delle informazioni circa l'esistenza di una polizza assicurativa) dei beni provenienti dall'eredità paterna ed indicati nella nota integrativa.

Sussistono i presupposti per l'immediata esecutività.

P.Q.M.

Visti gli artt. 747 e 741 c.p.c., in accoglimento del ricorso presentato il 21 luglio 2006 ex art. 747 c.p.c. come successivamente integrato e modificato anche a seguito della posizione assunta dal beneficiario signor M. N., a definizione del proc. N. .../06 Reg. Vol. G.,

autorizza il ricorrente nella sua qualità di amministratore di sostegno del signor N. M. nato il ... a ..., a trasferire i beni del signor M. N. indicati nella nota integrativa e provenienti dall'eredità paterna (successione di R. N. apertasi il 23 marzo 2006) in piena ed esclusiva proprietà del trustee Galvani Fiduciaria S.r.l. con sede in Bologna (come da decreto del Giudice Tutelare avente ad oggetto l'autorizzazione a istituire un trust secondo i termini illustrati nell'atto istitutivo di trust allegato come doc. 20 alla nota integrativa depositata in corso di procedimento);

dispone che il decreto abbia efficacia immediata.

Si comunichi a mezzo fax al ricorrente (avv. Annapaola Tonelli), al beneficiario (avv. Barbara Binazzi) e al P.M.

Italia – Tribunale di Firenze

## Trust di garanzia e prescrizione del diritto di credito del beneficiario

**Azione revocatoria ordinaria – garanzia – trust – diritto di credito – prescrizione – incertezza – pagamento delle somme segregate – trustee – rifiuto – legittimità**

Il trustee di un trust istituito a garanzia delle obbligazioni che potranno derivare in capo al disponente dalla conclusione di un'azione revocatoria ordinaria promossa nei suoi confronti può legittimamente rifiutare il pagamento della somma segregata richiesto dal disponente (che il trust individua come beneficiario delle somme eventualmente residue dopo il soddisfacimento del garantito), quando non vi sia certezza in ordine all'intervenuta prescrizione del diritto di credito vantato dal soggetto garantito-beneficiario.

■ **Tribunale di Firenze, A.A. Pezzuti, 6 settembre 2008 [Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. c. Monte dei Paschi Fiduciaria S.p.a.]**

### TESTO DELLA SENTENZA

1. La Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. ha chiesto la condanna della società Monte dei Paschi Fiduciaria, quale titolare del *trust* sottoscritto il 13 novembre 2006 dal curatore del fallimento della medesima società attualmente tornata *in bonis*, al pagamento della somma di 45.000 euro.

2. A sostegno della domanda, la società attrice ha dedotto che il *trust* era stato costituito con l'accantonamento delle somme eventualmente dovute a F. S.; che l'art. 8 del *trust* prevedeva che, nel caso in cui lo stesso si fosse estinto per intervenuta prescrizione del credito vantato da F. S., il *trustee* era obbligato a versarle la somma accantonata; che il credito in questione si era prescritto in quanto, successivamente al primo atto di precetto notificato il 10 marzo 1989, F. S. non aveva compiuto alcun atto idoneo ad interrompere la prescrizione.

3. La società Monte dei Paschi Fiduciaria ha chiesto il rigetto della domanda segnalando di aver ricevuto da F. S. *“una lettera nella quale nega che il suo diritto si sia prescritto, evidenziando quindi una situazione che attesta la presenza di un contrasto tra i beneficiari e quindi l'assoluta incertezza in ordine all'intervenuta prescrizione o meno del diritto di credito”*.

4. La società convenuta ha, comunque, chiesto il rigetto della domanda relativamente alla corresponsione degli interessi e della rivalutazione monetaria, asserendo che

tale domanda presupporrebbe una mora nell'adempimento da parte del *trustee* che non ricorreva nel caso in esame.

5. Nel corso del processo è spontaneamente intervenuto F. S. chiedendo il rigetto della domanda attrice in quanto nessuna prescrizione si sarebbe verificata nel caso in esame e ha domandato la sospensione del presente in giudizio in attesa della definizione di quello da egli proposto nei confronti di E. C. e della società attrice per sentire revocare un atto di compravendita intervenuto tra di essi il 20 dicembre 1991.

6. La causa, senza lo svolgimento di alcuna attività istruttoria, è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni rassegnate dalle parti in conformità agli atti introduttivi della lite.

7. Preliminarmente va affrontata la questione relativa alla necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di E. C. Ogni questione attinente all'integrazione del litisconsorzio si pone come preliminare ad ogni altra decisione concernendo la regolare instaurazione del rapporto processuale.

8. Si verifica una situazione di litisconsorzio necessario, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, esclusivamente quando si deduca in giudizio un rapporto unico plurisoggettivo concettualmente unico ed inscindi-

.....  
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.  
La sentenza è commentata da I. Valas, *supra*, 514.

bile, sicché la sentenza potrebbe conseguire un risultato utile e positivo, ossia sarebbe “*utiliter data*”, solo se pronunciata in contraddittorio di tutti i soggetti attivi e passivi.

9. Nel caso in esame, al contrario, nessuna norma di legge impone la partecipazione al giudizio anche di E. C. e non sussiste un rapporto plurisoggettivo unico ed inscindibile nei riguardi del soggetto indicato quale litisconsorte necessario. Invero beneficiario delle somme oggetto del *trust* è la società attrice ed eventualmente tenuta al pagamento delle medesime è solo la società convenuta.

10. Non sussistendo i presupposti previsti dall'art. 102 c.p.c. va rigettata la richiesta di emissione di ordine di integrazione del contraddittorio nei confronti di E. C.

11. Nel merito, va rilevato che, con la notificazione dell'atto di citazione per revocatoria del 22 novembre 1995, F. S. ha interrotto la prescrizione del diritto di credito vantato in giudizio. L'azione revocatoria introduce non un giudizio conservativo nello specifico significato dell'art. 2943 c.c., ma pur sempre un giudizio di cognizione preordinato all'accertamento dell'inefficacia nei confronti del creditore-attore del negozio dispositivo posto in essere dal debitore, con la conseguenza che all'atto introduttivo del giudizio deve attribuirsi efficacia interruttiva del termine di prescrizione del credito dell'attore in revocatoria (si confronti Cass., 25 maggio 1994, n° 5081).

12. Stabilisce, infatti, il primo comma dell'art. 2943 del c.c. che la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, sia questo di cognizione ovvero conservativo o esecutivo.

13. Il successivo art. 2945 del c.c. precisa che se l'interruzione è avvenuta mediante uno degli atti indicati dai primi due commi dell'articolo 2943, la prescrizione non corre fino al momento in cui passa in giudicato la sentenza che definisce il giudizio.

14. Ciò posto non è dato da intendere per quale motivo, nel caso in esame, il decorso del termine di prescrizione non sarebbe sospeso. La domanda giudiziale produce infatti l'interruzione della prescrizione con effetto permanente fino al passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio (si confronti Cass., 26 luglio 2002, n° 11005).

15. Ne consegue, pertanto, che legittimamente la società Monte dei Paschi Fiduciaria ha rifiutato di pagare alla Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. la somma dalla medesima richiesta.

16. In applicazione del principio stabilito dall'art. 91 c.p.c. la Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. va condannata anche al rimborso delle spese processuali che, tenuto conto della natura e del valore della contro-

versia, dell'importanza e del numero delle questioni trattate e all'attività svolta dal difensore innanzi al giudice, si liquidano in complessivi euro 3.690, oltre alle spese forfetarie, all'I.V.A. e al C.P.A., di cui euro 1.550 per diritti ed euro 2.140 per onorario.

17. Un soggetto che intervenga in giudizio a sostegno delle ragioni di una parte contro l'altra, si pone in posizione obiettivamente contrapposta a quest'ultima, per cui la reiezione dell'intervento importa la soccombenza dell'interventore nei confronti dell'avversario della parte adiuvata, e giustifica quindi la condanna del medesimo al rimborso delle spese a favore del vittorioso, che può essere disposta anche d'ufficio (si confronti Cass., 14 dicembre 1985, n° 6333 e 30 luglio 1984, n° 4529).

18. Ne consegue, pertanto, che la Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. va condannata anche al rimborso delle spese processuali sostenute da F. S., che si liquidano in complessivi euro 3.285, oltre alle spese forfetarie all'I.V.A. e al C.P.A., di cui euro 1.210 per diritti ed euro 2.075 per onorario.

#### per questi motivi

Il Tribunale, definitivamente decidendo, rigetta la domanda proposta dalla Società Immobiliare di Corrado Linda & C. S.a.s. e condanna la medesima a rimborsare le spese sostenute dalla società Monte dei Paschi Finanziaria liquidate in complessivi euro 3.690, oltre alle spese forfetarie, all'I.V.A. e al C.P.A. e quelle sostenute da F. S., liquidate in complessivi euro 3.285, oltre alle spese forfetarie, all'I.V.A. e al C.P.A.

Inghilterra e Galles – House of Lords

## Prestito obbligazionario effettuato per mezzo di un trust: il ruolo del trustee

**Prestito obbligazionario – trust – garanzia per gli obbligazionisti – società emittente – inadempimento alle obbligazioni assunte – ordine di rimborso anticipato – richiesta degli obbligazionisti – trustee – notifica alla società emittente – dovere**

Il trustee di un trust istituito a garanzia dei sottoscrittori di un prestito obbligazionario è tenuto a notificare alla società emittente il prestito la richiesta di rimborso anticipato allorquando gliene abbia fatto richiesta il 40% degli obbligazionisti che ritenga essersi avverato un inadempimento della società alle obbligazioni assunte secondo le previsioni dell'atto istitutivo del trust (trust deed), senza che abbiano rilievo, né l'esistenza di un potere discrezionale del trustee circa la scelta fra le iniziative a tutela dell'interesse degli obbligazionisti, né la minaccia rivolta dalla società emittente al trustee di avviare un'azione legale per il risarcimento dei danni in caso di richiesta di rimborso anticipato.

■ **House of Lords, Lord Steyn, Lord Hoffmann, Lord Hutton, Lord Scott of Foscote, Lord Walker of Gestingthorpe, 28 aprile 2005 [Concord Trust v Law Debenture Trust Corporation plc]**

### TESTO DELLA SENTENZA

(omissis)

Lord Scott of Foscote  
My Lords,

The Issues

4. This appeal requires two issues to be decided. The first is a short point of construction of Condition 12 of the terms (“the Bond Terms”) applicable to a Eurobond issue of £ 510 million 2 per cent bonds (‘the Bonds’) which fall due for payment in December 2005. The Bonds were issued in 1999 by Elektrim Finance BV (“Elektrim Finance”) and guaranteed by Elektrim Finance’s parent company, Elektrim SA. When it is not necessary to distinguish between the two companies I will, for convenience, refer to them together as “Elektrim”. In November 2002 the Bonds were restructured, the principal sum outstanding being increased to the £ 510 million. The Bond Terms, as amended, were set out in the 2nd Schedule to a Trust Deed dated 15 November 2002. The parties to this

Trust Deed were Elektrim and the Law Debenture Trust Corporation plc (“the Trustee”). The Bonds are marketable securities, traded internationally. There is no contractual privity between Elektrim on the one hand and the bondholders on the other hand. The covenants by Elektrim for payment of the principal sum and interest due on the Bonds were covenants entered into with the Trustee (see clauses 2, 7 and 8 of the Trust Deed). Concord Trust holds some 10 per cent in value of the Bonds.

5. Condition 12 of the Bond Terms provides that:

“The Bond Trustee at its discretion may, and if so requested in writing by the holders of at least thirty per cent in principal amount outstanding of the Bonds or if so directed by an Extraordinary Resolution of the Bondholders shall (subject in each case to being indemnified to its satisfaction), give notice to the Issuer and the Guarantor that the Bonds are, and they shall immediately become, due and repayable at their relevant redemption value, together with the accrued Interest Amount as provided in

.....  
Pubblichiamo il testo della sentenza da [2005] UKHL 27.  
La sentenza è commentata da S. Bruno, *supra*, 525.

the Bond Trust Deed, upon the occurrence of any of the following events (“Events of Default”) [...]”.

6. Fourteen potential “Events of Default” were described. The second of them included a failure by Elektrim “to perform or observe” any of its obligations under the Bonds or the Trust Deed (see para.(ii) of Condition 12). However a proviso to Condition 12 has the result that a paragraph (ii) failure does not qualify as an Event of Default unless the Trustee has certified that the failure “is materially prejudicial to the interests of the Bondholders.”

7. The first issue is whether, on the true construction of Condition 12 and in the events which have happened (which I will later describe), the Trustee is obliged (subject to its indemnity rights) to give a Condition 12 notice of acceleration to Elektrim. On this issue Concord is the appellants and the Trustee is the respondent. The Trustee’s contention is that it cannot come under an obligation to give a notice of acceleration if Elektrim challenge the existence of the Event of Default proposed to be relied on.

8. The second issue bears upon the first. The Trustee and Concord agree that the Trustee can insist on being “indemnified to its satisfaction” against the costs of meeting a challenge by Elektrim to the existence of the Event of Default in reliance on which the proposed notice of acceleration would be given, or indeed, a challenge by Elektrim to the validity of the notice of acceleration on any other ground. But the Trustee contends that it is entitled also to be indemnified to its satisfaction against its possible liability in damages to Elektrim if it should transpire that the notice of acceleration was invalid and that the service of the notice on Elektrim has caused Elektrim to suffer commercial or financial loss. Concord, however, contends that a cause of action in damages for loss caused to Elektrim by the giving of an invalid notice of acceleration is a mirage. Absent fraud or bad faith, which no one has suggested, the feared cause of action could not, in law, arise. So the second issue is whether the Trustee is entitled to insist on an indemnity to cover its possible exposure to an action by Elektrim for damages.

9. Both issues have been presented as issues of some public importance. Your Lordships were told that the Bond Terms and the Trust Deed were in a form fairly standard for bond issues. The extent of the obligation resting on a bond trustee where an event of default is thought by the trustee and the bondholders to have occurred but the existence of which is disputed by the issuer may arise, and perhaps has already arisen, in relation to other bond issues. Similar issues might arise in relation to syndicate bank loans. Certainty as to the extent of the rights and obligations of the various participants in these important

commercial transactions is highly desirable. I would respectfully agree.

#### The facts

10. Neither of the two issues, at least in the present case, is a complex one. The relevant facts have been fully set out both in the judgment at first instance of the Vice-Chancellor, Sir Andrew Morritt, and in the judgment of Jonathan Parker LJ in the Court of Appeal and it is unnecessary for me to do more than refer to the essentials.

11. The importance to the bondholders of the financial substance and stability of Elektrim SA, the guarantor under the Trust Deed of Elektrim Finance’s obligations, is obvious. So it is not a matter of surprise that Condition 10(d) of the Bond Terms entitled the Trustee in certain circumstances to require the supervisory board of Elektrim SA to appoint to its management board a person nominated by the holders of not less than 25 per cent in value of the Bonds. Condition 10(d) has elaborate provision as to the status of this nominated director and as to what steps Elektrim SA can take if it considers his performance on the board to be unsatisfactory. It is unnecessary to refer to any details other than an express provision that:

“Material decisions of [Elektrim SA] and all financial decisions relating to amounts exceeding £25,000 may only be taken with the consensus of the entire Management Board.”

12. Pursuant to Condition 10(d) a Mr Piotr Rymaszewski was nominated by the bondholders and appointed to Elektrim SA’s management board. But in June 2003 Elektrim SA suspended Mr Rymaszewski and invited the bondholders to nominate someone else for appointment. The bondholders took the view that Elektrim SA had had no right to suspend Mr Rymaszewski, and that his suspension constituted a breach of the obligations of Elektrim SA under Condition 10(d). The Trustee presumably agreed with this view for it gave notice to Elektrim SA on 24 July 2003 requiring Elektrim SA to remedy the breach. Elektrim SA did not do so and Mr Rymaszewski has remained suspended. Subsequent to Mr Rymaszewski’s suspension Elektrim SA entered into transactions that, under Condition 10(d), required the consensus of the whole of the management board. But the suspended Mr Rymaszewski was unable to, and did not, participate in the decisions approving these transactions.

13. It is evident that the Trustee was not sure whether the continued suspension of Mr Rymaszewski from Elektrim’s board of management constituted an Event of Default “materially prejudicial” to the interests of the

bondholders for Condition 12 purposes. A committee of bondholders, including Concord and representing some 40 per cent in value of the bondholders, contended that it was and that the Trustee should certify an Event of Default. So the Trustee commenced proceedings in the Chancery Division asking for directions and a declaration as to whether it was entitled to certify that the suspension of Mr Rymaszewski was an Event of Default that was materially prejudicial. Three bondholders, one of them Concord, were joined as representative defendants.

14. The Trustee's action was heard by Peter Smith J. He gave judgment on 16 February 2004 and held that the suspension of Mr Rymaszewski was a breach of Condition 10(d) materially prejudicial to the interests of the bondholders and that the Trustee could so certify without the need for any further factual investigation. Peter Smith J made a declaration to that effect. It is important to be clear as to the effect of Peter Smith J's declaration. The declaration settled, as between the Trustee and the bondholders, the question whether the suspension of Mr Rymaszewski was a breach of Condition 10(d), the question whether that breach was an Event of Default within paragraph (ii) of Condition 12 and the question whether that Event of Default was "materially prejudicial to the interests of the bondholders." Peter Smith J's declaration gave an affirmative answer to each of these questions. But on none of these questions did Peter Smith J's declaration bind Elektrim. Elektrim had not been party to the proceedings.

15. On 17 February 2004 the Trustee notified Elektrim that Mr Rymaszewski's suspension constituted a Condition 12(ii) Event of Default and certified that the Event was materially prejudicial to the bondholders. The Trustee was then requested by the holders of more than 30 per cent in value of the Bonds (in due course some 71 per cent in value of bondholders joined in the request) to give Elektrim a Condition 12 notice of acceleration. The Trustee said that before giving such a notice it required to be "indemnified to its satisfaction".

16. Discussions between the Trustee and the bondholders about the quantum of the indemnity then followed. While these discussions were taking place Elektrim made clear its contention that there had been no breach of Condition 10(d), and therefore no Event of Default under Condition 12(ii). If there had been no Event of Default the Trustee's certificate about material prejudice was, of course, writ in water and a notice of acceleration would have been invalid. Moreover Elektrim contended, in a letter dated 2 April 2004 from their solicitors to the Trustee, that a notice of acceleration would cause them substantial loss by the effect it would have on third parties

with whom they had, or might otherwise have had, financial or commercial dealings. In the face of these contentions the Trustee was unwilling to give notice of acceleration under Condition 12 without first receiving an indemnity against its possible exposure to damages claims by Elektrim for loss caused by the notice. Other points of objection to the indemnity being offered by the bondholders were also taken by the Trustee but these objections were relatively trivial. The sticking point was the Trustee's fear of incurring a damages liability to Elektrim if it gave the notice of acceleration and its consequent insistence on a very substantial indemnity to protect itself against that possible liability. The bondholders were not willing to incur the expense of providing an indemnity against a risk they thought to be grossly exaggerated. In this impasse Concord issued proceedings against the Trustee seeking a declaration that the Trustee was obliged by Condition 12 to give a notice of acceleration.

The decisions in the courts below

17. In a judgment given on 28 May 2004 the Vice-Chancellor dismissed Concord's application. He held that the Trustee's refusal to accept the limited indemnity the bondholders had offered was not "*Wednesbury* unreasonable." The Vice-Chancellor recorded the Trustee's contention that "Elektrim had an arguable claim against the Trustee for damages for breach of contract in the event of a wrongful acceleration of the bonds which could well amount to an award of £1 billion or thereabouts" (para.38 of the judgment). He then examined that proposition, noted that Elektrim was not bound by Peter Smith J's order and said (at para.41) that it was

"[...] necessary to consider what level of award might be made against the Trustee in the event of Elektrim successfully alleging that there was no event of default entitling the Trustee to accelerate the bonds."

He concluded that the loss that might be caused to Elektrim by a wrongful acceleration of the Bonds and be recoverable from the Trustee could be extremely high. He declined to regard as absurd the contention that the potential liability might be in the region of £1 billion and said that "on a worst case scenario a wrongful acceleration could give rise to a claim by Elektrim against the Trustee for damages in the region of £876 million or thereabouts." (para.49). He gave leave to Concord to appeal.

18. In the Court of Appeal judgment was given on 24 July 2004. Peter Gibson LJ and Laddie J both agreed with the judgment given by Jonathan Parker LJ. Jonathan Parker LJ held, first, that in seeking an indemnity in the region

of £ 1 billion the Trustee had fundamentally misconceived the scale of the risk which it would face if it were to give an invalid notice of acceleration. He pointed out that an invalid notice of acceleration would, from a contractual point of view, accelerate nothing. A notice of acceleration where no Event of Default had occurred would be of no contractual effect. It could not, therefore, constitute the basis of an action for breach of contract against the Trustee (paras.75 and 78).

19. The possibility that the giving of an invalid notice of acceleration might give rise to a cause of action in tort had not been raised before the Vice-Chancellor. Before the Court of Appeal Mr Robert Miles QC, counsel for the Trustee, mentioned the possibility of a defamation action by Elektrim (see para.82 of Jonathan Parker LJ's judgment) but did not develop the possibility. Jonathan Parker LJ commented that he was "unable to see what cause of action in tort Elektrim could possibly have against the Trustee in such circumstances." The possibility of a tort action has, however, been developed by Mr Howard QC, counsel for the Trustee before your Lordships. I must deal later with his submissions. They were not put to the Court of Appeal.

20. Notwithstanding that the Court of Appeal wholly discounted the Trustee's professed fears of a liability in damages to Elektrim arising out of an invalid notice of acceleration, the Court of Appeal did not grant Concord the relief it was seeking, namely, a declaration that the Trustee was obliged forthwith to give notice of acceleration under Condition 12. The reason for this was that the Court of Appeal took the view, per Jonathan Parker LJ, that

"[...] such a declaration would only be appropriate where it is established that all the conditions prescribed by Condition 12 have been met; in particular, that an 'Event of Default' has occurred" (para.88).

Jonathan Parker LJ held that Elektrim should be given the opportunity to present its arguments to the court in support of its contention that no Event of Default had occurred (para.90). So an order was made that the Trustee, on receiving an appropriate indemnity from the bondholders to cover the costs of the litigation, should commence proceedings, joining Elektrim SA, Elektrim Finance and Concord as defendants, to determine, in effect, whether an acceleration notice given on the footing that the suspension of Mr Rymaszewski was a Condition 12 para.(ii) Event of Default would be a valid notice of acceleration. The order said, also, that until that issue had been determined, the Trustee was not obliged to serve an acceleration notice.

21. In the end, therefore, save as to the costs of the proceedings, the Court of Appeal, by a quite different

route, produced exactly the same result as had been produced by the Vice-Chancellor. A notice of acceleration did not have to be served by the Trustee until the issue as to whether Mr Rymaszewski's suspension constituted a Condition 12 para.(ii) Event of Default had been settled as between the Trustee and Elektrim. In these circumstances it is not surprising that both Concord and the Trustee have appealed. Concord challenges the correctness of what appears to have been very much of a postscript, dealt with in paragraphs 88 and 90 of Jonathan Parker LJ's judgment. The Trustee renews its contention, successful before the Vice-Chancellor but unsuccessful before the Court of Appeal, that Elektrim may suffer serious financial loss as a consequence of the service of an invalid notice of acceleration and that Elektrim might have an arguable cause of action in damages to recover that loss from the Trustee.

The first issue: is the Trustee under an obligation to the bondholders to give the notice of acceleration?

22. This is, as Ms Susan Prevezer QC, counsel for Concord, acknowledged at the outset of her submissions to your Lordships, a very short point of construction of Condition 12 of the Bond Terms. Condition 12 must, of course, be construed in context. It is an integral part of the Trust Deed and there are other provisions of the Trust Deed to which I should refer in order to enable Condition 12 to be considered in its proper setting.

23. Clause 9.3 of the Trust Deed, part of a section headed "Enforcement", and clauses 10.1 and 10.3 under the heading "Proceedings, Action and Indemnification", place enforcement obligations on the Trustee in much the same terms as are to be found in Condition 12. The issue of construction which has arisen in respect of Condition 12 could arise also in respect of these comparable provisions.

24. The structure of the Trust Deed, including the 2nd Schedule, in relation to action taken by the Trustee to protect or to enforce the bondholders' rights is, first, that the Trustee has broad discretionary powers to take such action, including but not limited to the commencement of legal proceedings, as it thinks fit (see clause 9.1). Secondly, however, the Trustee is placed under an obligation to take action either if so requested in writing by at least 30 per cent in value of the bondholders or if so directed by an Extraordinary Resolution of the bondholders (see para.20 of the 4th Schedule). If the Trustee were to exercise its discretionary power to take action, whether by commencing legal proceedings against Elektrim under



clause 9.1 or by giving the direction to the Security Agent referred to in clause 9.3 or by giving Elektrim a notice of acceleration under Condition 12, Elektrim could challenge the action on the ground that an Event of Default, the necessary trigger, had not in fact occurred. It could challenge the validity of the action that had been taken but could not, otherwise than by successfully applying for an interim injunction, prevent the action from being taken in the first place. A request in writing to the Trustee by the requisite number of bondholders or a direction given to the Trustee by an Extraordinary Resolution overrides the Trustee's discretion and obliges the Trustee (subject always to satisfactory indemnities being given) to do that which it would anyway have had the discretionary power to do. The proposition that the mandatory obligation on the Trustee to take the action in question does not arise unless the issuer and/or the guarantor have accepted, or are unable to challenge, the existence of the triggering Event of Default cannot, in my opinion, be right.

25. The wellspring of the Court of Appeal's conclusion that the issue as to the existence of the Event of Default trigger had to be settled as between the Trustee and Elektrim before the Trustee's mandatory obligation to give the acceleration notice could arise was, I think, a feeling of sympathy for Elektrim. Having held that Elektrim would have no cause of action against the Trustee to recover loss caused to it by the giving of an invalid notice, Jonathan Parker LJ then moved to the conclusion that the issue as to the validity of the notice should be settled before it was given. But this, in my respectful opinion, involved a confusion between two issues. The issue as to whether the Trustee had come under a mandatory obligation to give Elektrim the notice of acceleration was an issue as between the Trustee and the bondholders. The obligation, if it had arisen, would have been owed to the bondholders, not to Elektrim. It would make no difference to Elektrim whether the notice were given by the Trustee because in its discretion it had decided to do so or because it had come under a mandatory obligation to the bondholders to do so.

26. Elektrim's concern is that an invalid notice of acceleration, whether given in the exercise of a discretion or in discharge of a mandatory obligation, should not be given. If the Trustee is proposing to serve a notice of acceleration, an issue may arise between Elektrim and the Trustee as to whether the Trustee should be allowed to do so. That, I repeat, would be an issue between Elektrim and the Trustee. If Elektrim had a reasonably arguable case that the notice would be invalid and that, if given, it might cause Elektrim damage, Elektrim could seek an interim injunction to restrain the giving of the notice

until the issue had been settled. If Elektrim could satisfy the court, on the usual balance of convenience grounds, that an interim injunction should be granted, Elektrim could postpone the giving of the notice of acceleration until the issue as to its validity, if given, had been settled. But, in the present case, Elektrim have not sought any such injunction. They have not submitted to judicial scrutiny their contention that the notice, if given, would be invalid and would be likely to cause them serious damage. Instead they have terrified the Trustee into declining to accept the apparently mandatory obligation to the bondholders imposed by Condition 12 and into acting as, in effect, their surrogate in the current proceedings. It is the Trustee that, in these proceedings, has argued the case that, on an application for an interim injunction, Elektrim would have had to have argued.

27. In my opinion, Jonathan Parker LJ fell into error when, at the end of his judgment, he treated the mandatory obligation imposed by Condition 12 as being dependant on the ability of the Trustee to uphold against Elektrim the validity of the proposed notice of acceleration. But the proceedings before Peter Smith J had settled, once and for all as between the bondholders and the Trustee, that a materially prejudicial Event of Default had occurred. It follows that as between the Trustee and the bondholders it was not open to the Trustee to argue that an Event of Default had not happened, or might not have happened, or that anything more needed to happen before the mandatory obligation on the Trustee, imposed by Condition 12, to give Elektrim the notice of acceleration arose.

28. Any other construction of Condition 12, or, for that matter of clauses 9.3 and 10.3 of the Trust Deed, would make little sense of the indemnity provision. Why would the Trustee need an indemnity before responding to the written request, or to the Extraordinary Resolution, if the Trustee's obligation to take the action in question did not arise until the validity of the proposed action had been accepted by or established against the issuer and/or the guarantor? The reason for the indemnity provision was, surely, in case the issuer or guarantor were to mount a challenge to the proposed action.

29. In my opinion, on the true construction of Condition 12 and once the question whether a materially prejudicial Event of Default had occurred had been settled as between the Trustee and the bondholders and the bondholders had made the requisite written request, the Trustee, subject to the indemnity point, came under a mandatory obligation, owed to the bondholders, to give Elektrim the Condition 12 notice of acceleration. I would accordingly allow Concord's appeal on the first issue and

set aside the directions given by the Court of Appeal in paragraphs 2 and 3 of its order of 28 July 2004.

The second issue: what liability can the Trustee reasonably require to be indemnified against?

30. The second issue is based on four premises: first, that the Trustee will give Elektrim a Condition 12 notice of acceleration in reliance on the suspension of Mr Rymaszewski as an Event of Default and on its own “materially prejudicial” certificate; second, that the notice of acceleration would become public knowledge and that the reaction to it by third parties might lead to Elektrim suffering serious financial or commercial loss; third, that Elektrim challenges the validity of the notice and institutes legal proceedings against the Trustee claiming damages; and, fourth, that Elektrim succeeds in the legal proceedings in establishing against the Trustee the invalidity of the notice.

31. The first premise must be accepted. It is a consequence of the conclusion that the Trustee is under a mandatory obligation owed to the bondholders to give the notice. The second premise was accepted by the Vice-Chancellor. He thought the loss suffered by Elektrim as a result of a notice of acceleration might, on a worst case scenario, be as high as £ 846 million. Jonathan Parker LJ thought that the potential loss was greatly exaggerated (see para.86 of his judgment). In my opinion, your Lordships are not in a position to speculate about this. There are many too many imponderables. I would, for my part, without in any way endorsing the figures that have been suggested, be prepared to accept the second premise as formulated above.

32. The third premise must be accepted. Indeed, on 7 January 2005 Elektrim served on the Trustee a Notice of Arbitration that (a) challenged the Trustee’s declaration that the suspension of Mr Rymaszewski, as well as certain other subsequent events, constituted Events of Default; (b) claimed a declaration that the Trustee was not entitled to accelerate the Bonds on the basis of any of these alleged Events of Default; and (c) claimed damages in respect of, among other things, the Trustee’s declarations of Events of Default.

33. As to the fourth premise, your Lordships have no means of judging, any more than had the Vice-Chancellor or the Court of Appeal, the extent of the risk that a tribunal of fact, whether a court or an arbitrator, might disagree with the conclusions of Peter Smith J and hold that the suspension of Mr Rymaszewski did not constitute an Event of Default and that a valid notice of acceleration in

reliance on the suspension as an Event of Default could not be given. The Trustee is entitled under Condition 12 to be “indemnified to its satisfaction” before it gives the notice of acceleration and, unless it is certain that a challenge by Elektrim to the validity of the notice would fail, the Trustee is entitled to be indemnified on the footing that the challenge might succeed. I would, therefore, be prepared to accept the fourth premise.

34. The issue, however, is what, on a worst case scenario, the consequence of a successful challenge by Elektrim to the notice of acceleration might be. It is common ground that the Trustee is entitled to an indemnity at least sufficient to cover the legal costs incurred by the Trustee in an unsuccessful defence of the notice. Your Lordships have not been addressed as to the sufficiency for that purpose of the indemnity that has already been offered by Concord. The critical issue is whether the Trustee is at risk not simply of incurring a liability in costs but also of a liability to Elektrim in damages for loss caused by the giving of an invalid notice. It is, or should be, common ground that the Trustee cannot reasonably insist on an indemnity to cover the latter risk unless the risk is more than a merely fanciful one.

35. The Trustee’s printed case, expanded upon by Mr Howard in his submissions to your Lordships, identified four possible causes of action in damages that might face the Trustee. These were:

- (i) breach of an express or implied term of the contract;
- (ii) breach of a tortious duty of care;
- (iii) conspiring with the bondholders to cause Elektrim injury by unlawful means; and
- (iv) interfering by unlawful means with Elektrim’s business.

I must deal with each of these suggested causes of action in turn but in relation to each it is necessary to keep in mind that the Trustee does not have to, and does not, contend that the cause of action would lie. The Trustee simply contends that it is reasonably arguable that the cause of action might lie. I agree that that is the correct approach.

36. *Breach of contract*: The act that would have to constitute the breach of contract is the giving of an invalid notice of acceleration, or, perhaps, having regard to the claims apparently made in the arbitration, the unjustified assertion of the occurrence of an Event of Default. There is nowhere in the Trust Deed any express undertaking by the Trustee not to do either of those things. So a suitable implied term would have to be read into the Trust Deed.

37. Various tests for the implication of terms into a

contract have been formulated in various well-known cases. In particular, a term will be implied if it is necessary to give business efficacy to the contract (*The Moorcock* [1889] 14 PD 64 at 68). The proposed implied term cannot satisfy this test. The Trust Deed works perfectly well without the implied term. It is open to Elektrim to challenge the existence of an alleged Event of Default or the validity of a notice of acceleration. If the challenge succeeds neither the alleged Event nor the invalid notice will be of any contractual significance. I am in respectful and complete agreement with Jonathan Parker LJ on this point (see para.71 of his judgment). The implied term is not necessary to give business efficacy to the Trust Deed. Nor are any of the other tests that have from time to time been formulated for the implication of terms into a contract any more apt. In my opinion, it is not reasonably arguable that the unjustified assertion by the Trustee of an Event of Default or the giving by the Trustee of an invalid notice of acceleration exposes the Trustee to the risk of being found liable in damages for breach of contract.

38. *Negligence*: The relationship between Elektrim and the Trustee is a contractual one. If there is no contractual duty of care owed by the Trustee to Elektrim in relation to the assertion of an Event of Default or the giving of a notice of acceleration, and in my opinion there is not, I find it very difficult to understand how it could be arguable that the Trustee owed a tortious duty of care. But, in any event, an action against the Trustee for damages based on a breach by the Trustee of a tortious duty of care would, in my opinion, be hopeless. Peter Smith J held that the suspension of Mr Rymaszewski was a breach of Condition 10(d) that was “materially prejudicial” and that the Trustee was entitled to certify to that effect “without any further enquiry or investigation”. The Trustee did so. The Trustee’s obligation to give the notice of acceleration thereupon (subject to the indemnity point) arose. In these circumstances it is not remotely arguable that the Trustee’s actions in declaring there had been an Event of Default and giving the notice of acceleration could be categorised as negligent.

39. *Conspiracy to cause Elektrim injury by unlawful means*. This tort was not raised in either of the courts below as a possible vehicle for a damages claim by Elektrim against the Trustee. Your Lordships do not, therefore, have the advantage of knowing what the Court of Appeal would have thought about the proposition. In my opinion, however, the possibility of the Trustee being found liable in damages in a conspiracy action can properly be described as fanciful. First, the tort of conspiracy requires proof of an intention to cause injury to the victim. No

such intention could be suggested here. It is evident that the Trustee’s concern has been to discharge its obligations to the bondholders. It went to Peter Smith J to elucidate what the extent of its obligations were. To categorise its conduct in following through the conclusions of Peter Smith J as conduct done with the intention of causing injury to Elektrim seems to me grotesque. Moreover, there is the problem of “unlawful means”. What are the “unlawful means” that the Trustee will have employed? Mr Howard’s answer is that the giving of an invalid notice of acceleration might be held to constitute “unlawful means” notwithstanding a *bona fide* belief by the Trustee in the validity of the notice. This proposition, too, I would reject as unarguable. A landlord, in the *bona fide* belief that his tenant has committed a breach of covenant, may give notice to the tenant to remedy the believed breach and, if the notice is not complied with, may serve a forfeiture notice and institute proceedings for possession. The tenant can challenge the forfeiture and deny that any breach of covenant has occurred. This challenge may succeed. But I have never heard it suggested that the *bona fide* giving of the invalid notice could, without more, found a cause of action against the landlord for one of the economic torts. I would reject as unarguable the contention that Elektrim could get off the ground a claim for damages against the Trustee based on the conspiracy tort.

40. *Interference by unlawful means with Elektrim’s business*: The objections to this tort are much the same as those I have referred to when considering the conspiracy tort. The giving by the Trustee of a notice of acceleration believed by the Trustee to be valid could not, in my opinion, constitute unlawful means. An invalid notice to quit served by a landlord in the *bona fide* belief that it is valid does not, in my opinion, expose the landlord to a cause of action in tort for interference by unlawful means with the tenant’s business. Nor here.

41. Mr Howard’s written Case (para.80) placed reliance on statements to the contrary which he said were to be found in leading textbooks on banking law.

(1) Paragraph 3404 of *Butterworths Encyclopedia of Banking Law* is headed “Wrongful acceleration and cancellation”. The text reads

“Where the bank wrongfully cancels a facility, the bank may be liable in damages [...] The borrower may ignore the acceleration. However, if the acceleration is public, the bank may be liable for substantial damages [...]”

This passage does not assist. It is dealing with a case where the bank had entered into a contractual commitment to allow a certain level of borrowing. If, in breach of

that commitment, the bank withdraws the facility the bank is, of course, at risk of liability in damages for breach of contract.

(2) Chapter 11 of *Commercial Law and Commercial Practice* (2003) discusses Material Adverse Change Clauses (MAC clauses). The author, Professor Richard Hooley, refers at page 307 to the situation in which an MAC clause is invalidly invoked:

“What if the bank relied on the MAC clause, refused to lend or declared an event of default, and was later held to have got it wrong?”

At page 327, Professor Hooley makes this comment:

“[...] the Bank may rely on the MAC clause to declare an event of default, terminate its commitment to make further advances and accelerate repayment of the loan. In each case, should the bank get it wrong, and find itself in breach of the loan agreement, it will be liable to the borrower for such damages as are necessary to put the borrower in the position that it would have been in if the advance had been made or continued within the terms of the agreement. There is a risk that substantial damages may be awarded against the bank.”

Just so. The author is speaking of a contractual liability where the acceleration, the withdrawal of the facility, deprives the bank's customer of a borrowing facility to which the customer has a contractual entitlement. This goes nowhere towards establishing a tortious liability.

(3) Finally, reference is made to the *International Law Financial Review* (1998) where the following passages are to be found:

“The MAC event of default can have more serious consequences for a borrower, because it permits lenders to terminate lending commitments permanently and to accelerate the maturity of loans” (p 17) and

“For the lenders, an incorrect determination under some circumstances could result in a large damage award” (p 19).

Here, too, it is clear that the author is referring to a damages award for breach of a contractual lending commitment.

42. None of these academic authorities advances the Trustee's case that it is at risk of a successful tort claim by Elektrim. Indeed the reverse is the case. If any of the learned authors had thought that the invalid invocation of an MAC clause might give rise to a tortious claim in damages by the borrower against the bank, or other lender, it is to be expected that there would have been some mention of such a claim. But there is none.

43. In my opinion, it is not reasonably arguable that the giving by the Trustee of a Condition 12 notice of

acceleration based upon the Event of Default held by Peter Smith J to have been constituted by the suspension of Mr Rymaszewski could give rise to a tortious cause of action in damages by Elektrim against the Trustee. I would, therefore, dismiss the Trustee's cross-appeal.

44. In considering the possibilities of a tortious claim in damages by Elektrim against the Trustee I have been assuming that the proper law of the tort would be English law. This seems to me a realistic assumption for clause 29.1 of the Trust Deed and Condition 19 of Bond Terms say that the Trust Deed and the Bonds are governed by English law. It was suggested by Mr Howard, rather faintly I think, that a tort claim might be governed by the law of a foreign country in which Elektrim had suffered the damage. He had Poland particularly in mind as Elektrim SA and Elektrim Finance are Polish companies and carry on business in Poland. Mr Howard said that the civil liability of the Trustee to Elektrim under the Polish law of tort might be quite different from its liability, or non-liability, under English law and suggested that it was reasonable for the Trustee to seek an indemnity against the uncertainties of an action brought against it in Poland. The Trustee's fear of liability under the law of Poland, or some other foreign law, was not mentioned at all in the courts below. No evidence at all was adduced as to the causes of action in damages that might under Polish law or any other foreign law be available to Elektrim. I quite accept that the Trustee could not be expected to show that a cause of action in damages under some identified foreign law would clearly lie but it could at least be expected to show sufficient differences between the foreign law and English law to give some substance to the expressed fear that such a cause of action might lie. In the circumstances, and in the absence of any evidence to the contrary, your Lordships are, in my opinion, bound to presume that there is no significant difference for present purposes between the law of Poland, or the law of any other country in which Elektrim might suffer damage, and the law of England.

45. In the result I would allow Concord's appeal, set aside paragraphs 2 to 4 of the order of the Court of Appeal and declare that the Trustee (subject to receiving a satisfactory costs indemnity) is forthwith obliged to give a Condition 12 notice to Elektrim that the Bonds are accelerated. If there is any outstanding issue as to the costs indemnity to which the Trustee is entitled, the parties must apply at first instance. The parties may make written submissions as to the costs in the courts below and before your Lordships.

(omissis)

Australia – New South Wales – Supreme Court

## Trasferimento di somme di denaro e *resulting trust*

### Donazione di somme – finalità – investimenti richiesti dal donante – “*resulting trust*”

Il padre che abbia fornito al figlio somme di denaro per acquistare diversi beni, anche immobili, onde realizzare buoni investimenti per sé stesso, al contempo evitando inutili esborsi al figlio (canoni di locazione), è beneficiario di un *resulting trust* avente ad oggetto i beni che così siano stati acquistati ed intestati, per ragioni di mera opportunità pratica, ad un soggetto terzo.

#### ■ New South Wales Supreme Court, Equity Division, Young CJ., 8 agosto 2007 [Shang v Zhang]

#### TESTO DELLA SENTENZA

1 The plaintiff seeks to recover from the first defendant four pieces of property, namely: (A) Unit 1707, 348 Sussex Street, Sydney; (B) No 3 Crick Street, Chatswood; (C) \$320,000 invested with Teamfair Australia Pty Ltd; and (D) an alleged loan of \$250,000.

2 At all material times the plaintiff has lived in Hong Kong. The first defendant, a female person, is an Australian citizen living in Chatswood. In 1999, the first defendant was married to the plaintiff's nephew, whose Anglicised first name is Nick. The plaintiff has one child, an adult son named Jin. In 1999, Jin was to come to Australia to study. All parties agreed that Jin, the second defendant in these proceedings, would live with Nick and the first defendant.

3 As things worked out, the first defendant and Nick separated on 18 January 2004 and divorced in 2005. The first defendant and Jin formed a romantic relationship and a daughter, Dorothy, was born of this relationship in February 2006.

4 It is quite clear from the evidence that the plaintiff was shocked at the birth of this child. Jin returned to China and the plaintiff sought to recover the moneys that he had sent to Australia, these moneys having found their way into the four pieces of property I referred to earlier.

5 I will need to go through the acquisition of the four pieces of property shortly. However, I first need to spend a little time on preliminary matters.

6 There is no doubt at all that the source of the funds for the four pieces of property, so far as the first defendant is concerned, was Jin. She says that at all material times

she believed that the moneys were Jin's. The plaintiff challenges that belief on the basis that she must have known that at no stage had Jin ever been in employment or had any moneys of his own apart from those obtained through his involvement in small business ventures in Australia with the first defendant and others. The first defendant also alleges some gifts from Jin to her when they were in a permanent de facto relationship.

7 The plaintiff, in his statement of claim, said that Jin initially was provided with the moneys by the plaintiff for particular purposes, principally the provision of a home so that the first defendant and Nick would not have to rent premises in which they could accommodate themselves and Jin during Jin's stay in Australia. He says that Jin was a trustee for him of those moneys. Jin paid them to the first defendant, or alternatively, provided the moneys so that property could be acquired in the first defendant's name. The plaintiff accepts that the initial reason for this may well have been honourable in that the first defendant, as an Australian citizen, could acquire property and operate Australian bank accounts without the restrictions that might have been applied to Jin. However, he says that there was a resulting trust back to him, or alternatively, that the first defendant in collusion with Jin and knowing of the trusts, abstracted the funds which went into the four properties.

.....  
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da M. R. Mazzone, *supra*, 521.

Sul medesimo argomento si v. anche la sentenza Webb c. Webb della Corte di Giustizia Europea, 17 maggio 1994, in questa Rivista, 2004, 112.

8 This last matter has really caused more trouble than it is worth.

9 Ms P Ryan of counsel, who appeared for the first defendant with Ms A Bartlett, submitted that there was absolutely no evidence of any fraud, dishonesty or collusion by the first defendant at the time when she acquired the properties in question so that that alternative claim must fail. Mr M Aldridge SC who appeared for the plaintiff with Mr R Tregenza, said as to this that that claim was only a back-up claim made at the suggestion of a judge who had dealt with the matter at an interlocutory hearing, and that the principal claim was one of simple resulting trust. I believe that Mr Aldridge is quite correct in this and that one should approach this case without being too distracted by the alternative claim.

10 What is more significant is that the plaintiff, if his case is proved, is the beneficiary under a head trust, the trustee being Jin and the trust moneys have been lost by Jin with the first defendant. Ordinarily, one would have expected Jin to be the plaintiff. There is evidence that he has declined to be the plaintiff and he has been added as a defendant. However, we have the odd situation that Jin swore an affidavit for the plaintiff. He has been refused a visa to return to Australia and the cross-examination of him by Ms Ryan was taken by video link from China.

11 As is said in *Ford and Lee*, Principles of the Law of Trusts (Loose-leaf edition) [1790] at p 1-10055 of Update 28: "If the trustee does not sue to protect the trust property, the beneficiary may in 'exceptional circumstances' [...] sue to enforce the trustee's right of action against the third person for injury to the trust property, joining the trustee as defendant in the proceedings."

That statement is fully supported by the authorities such as *Ramage v Waclaw* (1988) 12 NSWLR 84 (Powell J) and *Lidden v Composite Buyers Ltd* (1996) 67 FCR 560 (Finn J). See also *Alexander v Perpetual Trustees WA Ltd* [2004] HCA 7; (2004) 216 CLR 109 at 129.

12 In *Hayim v Citibank NA* [1987] AC 730, 748, Lord Templeman, giving the decision of the Privy Council said: "A beneficiary has no cause of action against a third party save in special circumstances which embrace a failure, excusable or inexcusable, by the trustees in the performance of the duty owned by the trustees to the beneficiary to protect the trust estate or to protect the interests of the beneficiary in the trust estate."

The present circumstances seem to me to be within the "special circumstances" referred to by the House of Lords and by the two eminent Australian judges whom I have mentioned.

13 I turn, accordingly, to the four pieces of property.

14 (A) Unit 1707, 348 Sussex Street, Sydney. The deposit of \$32,000 was paid by Jin who wrote a cheque dated 24 September 2001 from his account with the ANZ Bank for \$32,000. On 11 October 2001, he wrote another cheque on that account for \$9,900.50 for stamp duty. On 2 November 2001, he wrote a cheque on the same account for \$289,371.42 for the balance of the purchase price.

15 In order for all these cheques to be met, the plaintiff transferred \$499,990 to Jin's bank account with the ANZ Bank. The title was taken in the first defendant's name.

16 The plaintiff's evidence is that in 2001 Nick said to him, "Renting is not profitable these days in Sydney as Sydney's property market has a potential to increase in value in the near future. It is currently under-valued. Besides, the Australian currency is quite low against the US these days, you can kill two birds with one stone by purchasing a property in Sydney to save Jin's rental and at the same time make an investment." He says that later Nick and the first defendant telephoned and said, "In our view, 1707/348 Sussex Street, Sydney, should be a sound investment." He transferred the money to buy the unit and a few weeks after it was purchased, Nick told him that the unit had been purchased in the first defendant's name. He asked the first defendant why this was so and she said there were a number of reasons for it and the fact that he was not domiciled in Australia would create difficulty.

17 Apart from denials of the ultimate fact, that is, that the property is held on trust for the plaintiff, the first defendant admits or states she does not admit the facts which the plaintiff has proved that the moneys came from him and the property was purchased in the way he has described.

18 The situation appears to be that of a classic resulting trust.

19 I should mention two other matters.

20 In May 2004, the plaintiff requested that this unit, together with another unit in the same building, No 2207, be transferred back to him or sold and the cash transferred to him. This happened with respect to Unit 2207 though it would appear that this involved some forceable repossession. However, with respect to Unit 1707, Jin said that the first defendant's parents were tenants of 1707 for a rental of \$300 per week, that they would like to purchase the property and that it would be best if the property remained in the first defendant's name until the sale to avoid double stamp duty. The plaintiff said, "Alright then. But you must get the money from her as soon as possible."

21 Jin returned to China on 4 April 2006. The plaintiff first learnt about Jin's relationship with the first defen-

dant in about June 2006. It was at that stage that the plaintiff demanded that the first defendant return the properties or their proceeds to him. She has not complied with this request or demand. Indeed, she seems to be taking the position that she always thought that the properties belonged to Jin and they were gifts to her. I will return to this in due course.

22 The second matter is that para 11 of the final version of the statement of claim alleges:

“The first defendant has charged unit 1707 to Westpac Banking Corporation as security for a loan by Westpac Banking Corporation to the first defendant in the sum of \$320,000.”

This is admitted in the defence. The plaintiff says that the moneys received from Westpac are moneys had and received by the first defendant for his benefit, a matter that the first defendant denies.

23 The first defendant was cross-examined about this loan and it appears from T98 that she borrowed the money in August 2006, that is, after she knew that the plaintiff wanted the property back. It was the maximum she could borrow. It was paid into her Westpac Rocket Home Loan Account and she used it by paying it into her father's Commonwealth Bank Account. She did this at the same time as she borrowed substantial moneys over Crick Street, to which I will come shortly. The first defendant's father then transferred the \$320,000, plus the money from Crick Street, to the first defendant's bank account with Citibank in Hong Kong. She then invested the moneys “to buy a number of financial products in Hong Kong” in her name.

24 The money or the Hong Kong investments are obviously held on trust ultimately for the plaintiff. It is completely indefensible that a woman who knows that the ultimate beneficiary is seeking to get back his property, mortgages it for the maximum and then uses the proceeds for investments in her own name.

25 (B) No 3 Crick Street, Chatswood, is a house which is registered in the first defendant's name, and indeed, is the house in which she and Dorothy are currently living. The plaintiff says that the deposit of \$120,000 was paid on 28 September 2005 by a cheque from Jin's account with the ANZ Bank for \$120,000. On 10 October 2005, Jin withdrew \$524,126.39 from his ANZ Term Deposit Account and deposited that sum into his ANZ V2 Plus Account. On 15 November, he paid \$284,687.04 from that account so that his contribution to the purchase of Crick Street, Chatswood, was allegedly just over \$400,000. The total purchase price was \$1.2 million.

26 The plaintiff did not know anything about the

Chatswood property until Jin returned to China in 2006. Jin says that the way the purchase came about was that in about June 2005, the first defendant told Jin that the unit in Sussex Street would be too small after the baby was born “We should move to a good suburb so our baby can go to better schools. Doesn't your dad have a lot of money here? We can buy a free-standing house. It can also become an investment.”

27 Jin says that at this stage he had lost his passport because his passport and visa had been stolen and he believed he was in Australia illegally. He believed that his father would refuse another property being put into the first defendant's name and that he did not want the property in his name because of his illegal residency. Jin says that he and the first defendant negotiated and agreed to purchase the house for \$1.2 million at Crick Street, Chatswood. He gives details as to how he paid \$400,000 and acknowledges that the first defendant borrowed \$800,000 to pay the balance. The borrowing was made from the Macquarie Bank. Jin says that the money that he used came from funds that his father had had on deposit with the HSBC.

28 The first defendant says that she actually contributed \$100,000 towards the deposit for Crick Street. She says that (para 56 of her affidavit of 14 December 2006) “On 25 July 2005 I transferred \$100,000.00 from my Commonwealth Bank account to Jin's account. This was the amount from my term deposit which matured on 19 July 2006 [sic].” The bank statement does show a withdrawal of a term deposit which was banked into that account and a withdrawal from the account of \$100,005.40 on 25 July 2005. Exhibit JS12 to Jin's affidavit shows that that money came into his ANZ Access Advantage cheque account with the ANZ Bank.

29 Similarly, the first defendant says that \$50,000 came from her parents and was deposited into Jin's account, that being the ANZ Access Advantage cheque account, on 23 September 2005. Again, the corresponding entry is there in Jin's account. It is these two amounts which put the account in credit for the sum of \$165,648 which enabled \$120,000 to be paid out on 5 October.

30 It is clear from Jin's affidavit (para 78) that this was the cheque for the deposit.

31 This evidence shows that he must be mistaken that these moneys were moneys of the plaintiff.

32 This also throws some doubt as to whether the conversation took place as deposed by him in para 75 where the first defendant said, “You pay \$400,000 and I will obtain a home loan of \$800,000”. She certainly obtained the home loan of \$800,000, but the evidence would

appear to show that \$120,000, and indeed the stamp duty, came from the first defendant rather than the plaintiff.

33 Jin says, accordingly, that he expended \$934,874.54 on the Chatswood property, the entirety of which belonged to his father, the plaintiff.

34 Jin then says that he paid a further \$280,007.50 on 18 November 2005 from his ANZ V2 Plus Account to the first defendant. Again this came from his father's money. He did this because the first defendant said that he should leave as much cash in her loan account as possible in order to reduce interest repayments.

35 On 9 December 2005, the HSBC transferred from the plaintiff's HSBC bank account \$US710,000.00 to Jin's HSBC account. Part of this sum was, in March 2006, transferred to Jin's ANZ Bank account and the majority of that money was, on 24 March 2006, used to write a cheque for \$250,000 Australian to the first defendant.

36 The first defendant used the \$280,000 and the \$250,000 to reduce her Macquarie Bank loan. She then reborrowed \$600,000 in August 2006 after she knew that the plaintiff wanted his money returned, put that sum into her father's name, and then had it transferred to her Sydney bank account in Hong Kong where it went into "investments" in her name.

37 The plaintiff says that he is entitled to approximately a one-third interest in the Chatswood property, because he supplied just over \$400,000 of the \$1.2 million purchase price, and furthermore, that the \$280,007.50 is held on trust for him. The \$250,000 is the loan referred to in property (D).

38 The first defendant attempts to answer this case by saying that the purchase of Chatswood was made by arrangement between herself and Jin, that Jin paid for the one-third and she borrowed the remainder. However, it is quite clear on the evidence that the first defendant realised that the moneys being used were the moneys of the plaintiff. Jin says, as I have set out, that in June 2005, the first defendant made the statement in connection with the purchase of Crick Street, that the plaintiff had a lot of money in Australia.

39 This is a little confusing as if the first defendant's evidence as to the deposit is correct, the effect is that the plaintiff is entitled to 25/120 or 20.5% of Crick Street.

(omissis)

41 What the first defendant appears to be saying is that she had a belief that the money belonged to Jin and it must have been a gift from his father.

42 As I have mentioned earlier, the second defendant,

Jin, was cross-examined by Ms Ryan. There was no challenge to any of the conversations that he deposed to, nor of the source of his money. There was no question directed to him that the plaintiff had given Jin the money which had found its way into the first defendant's name or her properties. There was some cross-examination that some of the money which had been transferred to Australia by the plaintiff was given back to him by Jin so that the plaintiff could gamble at the Casino, but that is as far as it went. Ms Ryan cross-examined the plaintiff.

(omissis)

43 All the evidence suggests that apart from the pizza shop which I will deal with when dealing with property (C), all the money used by Jin for Crick Street was the plaintiff's money. There is no evidence of any authority that Jin had to use that money to put it into the Chatswood property, or that the father made any gift of the money. The money appears to be held by Jin as trustee on behalf of his father with the proviso that it could be used for investment in a house or unit in which Jin (and Nick and the first defendant) could live to minimize outlay on rent.

44 Although the first defendant seems to acknowledge that the plaintiff's interest is one-third, on the evidence, the plaintiff has not proved his case beyond 20.5%.

45 The father is beneficially entitled to between 20.5% and one-third of Chatswood.

46 The case has only been proved as to 20.5%. Thus the proper order is that under s 66G of the Conveyancing Act, 1919 the property be vested in trustees for sale and sold and the proceeds distributed as to 20.5% to the plaintiff and the balance to the first defendant. However, the amount due to the first defendant must be frozen until she accounts for the other moneys referred to in this judgment.

47 (C) Teamfair Pty Ltd was incorporated on 16 January 2003. The plaintiff, the first defendant, Jin and Nick were its directors. On 23 January 2003, Jin paid \$320,000 to Teamfair from the plaintiff's funds. This sum was paid to Teamfair for the purpose of its acquiring the business of Lavera Pizza and Pasta at Glebe. The plaintiff says, and the first defendant denies, that that payment was a loan to Teamfair repayable on demand. The plaintiff says, and it is admitted, that in or about April 2005 the business was sold by Teamfair for \$360,000. That sum was then appropriated by the first defendant who paid it to the third defendant, her mother. The plaintiff says that the \$320,000 held by the mother is held on trust for him.



48 The defence admits that Jin paid \$320,000 to Teamfair in January 2003. It is not admitted that the moneys were the moneys of the plaintiff. Jin's evidence is that he and the first defendant went to the office of Fair Trading to register a business name and decided to use the word "Teamfair" because the plaintiff's company in Hong Kong was called Teamfair Trading. He says that he paid \$300,000 into the business on account of his father, who was to have a 75% equity. The remaining 25% was to be held by Nick, the first defendant and the first defendant's younger sister. Again, there is a discrepancy in the evidence and I will take the lower amount.

49 In para 34 of her affidavit of 14 December 2006, the first defendant said: "Lavera was sold for \$360,000 [...]. We distributed the proceeds of sales to the shareholders proportionally to their shareholdings." The first defendant seems to allege that Jin or the plaintiff was a 75% shareholder rather than a person who had lent money. However, I have never seen any records of the company to show that shares were issued. If they were and if the \$360,000 was somehow or other distributed as a return of capital (the company was struck off), then the evidence shows that neither the plaintiff nor Jin received any money. In fact, the \$360,000 went to the first defendant's mother.

50 In her second affidavit of 5 June 2007, the first defendant said: "The total amount invested and lent to Teamfair was \$720,000. When it was sold the proceeds was just \$360,000. \$300,000 was repaid to my mother and the balance went to Jin."

(omissis)

The witness said that that was about the right time. She was then asked to agree that the latest accounts of Teamfair show that the current liabilities were only \$215,000 and asked how there could be a debt to the first defendant's mother if those accounts were correct.

51 The cross-examination continued and showed that the bank cheque used to pay \$300,000 to the first defendant's mother was in fact paid in March 2005 before the 2005 accounts were finalised. The first defendant still insisted that she was paid out of the final proceeds of sale.

52 Although the first defendant purported to say that she was a little confused about all these money matters, it was a fact that the first defendant was very familiar with accounts and indeed, had an MBA degree from a university, see T89.

53 The third defendant gave evidence. She was put forward as handling the books of the Teamfair Australia business. She gave evidence under cross-examination that

she had never worked as a book-keeper. She used to be a warehouse keeper when she was living in China.

(omissis)

54 Although the third defendant received on the books some salary of \$18,000 she said she never worked in the pizza business, did not receive any salary and only assisted when they were short of dishwashers. The source of funds from which the third defendant could have advanced \$300,000 was never revealed. In my view the whole story of the \$300,000 is inherently improbable. It seems to me that the criticism is right that the first defendant thought up this excuse between her first affidavit and her affidavit of June 2007 and there is virtually nothing to corroborate it.

55 There is no doubt that the business of Teamfair was sold for \$360,000 and that the company was solvent when that sum was received. It would appear that there has been an informal winding up, but the money has been distributed completely to the first defendant. Whether the plaintiff was a lender or a shareholder, he received nothing.

56 The balance sheets of Teamfair Australia are in evidence as PX10. It is rather difficult to reconcile them with the document PX16. The balance sheet for 30 June 2004 shows that the Australian Teamfair made a loss of \$102,874, yet PX16 headed "First-Round Distribution for Shares" says that a profit was made between April and November 2003 and this was used to pay dividends on shares of \$75,000 and bonuses of \$25,000.

57 The balance sheets, however, for all years show that the issued capital was only \$100. Accordingly, it is very difficult to see how there could have been subscriptions for shares by the plaintiff or Jin of \$300,000. It is hard to reconcile the balance sheets with the loans made but the balance sheets for all three years of trade show that there were substantial loans made to the company. The only conclusion that one can draw is that the moneys paid in by Jin from the plaintiff's moneys were loan funds.

58 This means that Teamfair Pty Ltd (the Australian company) owes a debt to the plaintiff or to Jin as trustee for the plaintiff. One would think that what needs to happen is for Teamfair Pty Ltd to be reregistered, put into liquidation, for the liquidator to then sue the first and third defendants for the money and for it then to be paid over to the plaintiff. However, under s 56 of the Supreme Court Act 1970, the Court is supposed to give a just result with the least technicality. It may be that it is simpler to simply order that the first defendant pay the \$320,000 for the plaintiff.

59 So far as the third defendant is concerned, I do not accept that the moneys paid to her were a repayment of a loan. They were moneys due to the plaintiff which should have been paid to him. The third defendant must have known that she was merely laundering money for her daughter. However, I do not consider that there is sufficient evidence to show that the third defendant knew that the moneys which her daughter was laundering were moneys of the plaintiff or that she was receiving them in breach of trust. The first defendant seemed to use her parents for money laundering purposes generally, and as I say, I do not consider that the evidence goes any further than that. Accordingly, I do not see how the material is strong enough for me to make an order against the third defendant. However, I do not believe her evidence in the witness box. She was willing to lend her name to the first defendant to assist in hiding money and I do not consider that she should receive any costs of these proceedings.

60 (D) The fourth transaction is the \$250,000 that was paid by Jin either directly to the Macquarie Bank or via the first defendant to reduce the loan from the Macquarie Bank to the first defendant in respect of No 3 Crick Street. The plaintiff says, and Jin says, that this was never ever authorised by the plaintiff. The reason why the money was paid by Jin appears to be that he considered the first defendant's request reasonable that the loan interest should be offset against the deposit.

61 The first defendant denies these allegations. However, Jin's evidence supports it and there is nothing in the first defendant's evidence which counters it. The \$250,000 debt must be repaid.

62 Accordingly, there must be an order with respect to Unit 1707 in Sussex Street that it be held on trust for the plaintiff and vest in the plaintiff. With respect to Crick Street, there should be an appointment of trustees for sale to sell the property and pay 20.5% of the proceeds to the plaintiff and to hold the balance in trust pending further order of the Court. Unless there is some objection to this procedure, there should also be judgment against the first defendant for \$570,000 plus interest in respect of properties (C) and (D).

63 In addition there should be a declaration that the assets in Hong Kong into which the \$320,000 borrowed from Westpac over Unit 1707 and the \$280,000 borrowed over Crick Street were used. These investments are listed in para 16 of the first defendant's affidavit of 12 January 2007. It would seem that the term deposit of currently \$612,937.12 is the asset represented by the moneys borrowed from the banks.

64 It may be that the \$250,000 loan can also be traced

through to the Hong Kong investments. I will leave this open for the short minutes stage. There may be some difficulty in repatriating the money from Hong Kong and it may be that some equitable execution will have to be arranged.

65 As I said at the commencement of this judgment, Ms Ryan spent considerable time in her submissions, both oral and written complaining about the inadequacy of the pleadings which went to establishing a liability under the principle in *Barnes v Addy* (1874) LR 9 Ch App 244.

66 As I hope my reasons have shown, there is no need to get into this area because the case is a clear one on the facts for a simple resulting trust. The plaintiff never intended that the first defendant should end up with almost \$2 million of his property.

67 However, it was put that the pleadings do not indicate any dishonesty on behalf of the first defendant. So far as the resulting trust case is concerned, that is right, but it is irrelevant.

68 However, I said earlier that I would deal with the question of the first defendant's behaviour whether honest or otherwise. It seems to me that when one knows the following: (a) that one's consort has virtually no money of his own and that all his money comes from his father; (b) that when the father asked for the money back the person who has it borrows on the trust assets to the hilt, moves the money from her own name to that of her parents and then off-shore; (c) launders money from the trading company by deregistering it and giving it to her mother – one can only explain that conduct by dishonesty or by a misguided sense of self protection.

69 I say this latter because there appears no doubt that Jin is Dorothy's father. I can understand how the relationship between his son and his cousin's ex-wife shocks the plaintiff. However, the withdrawal of Jin to China means that Jin is not going to be able to support Dorothy in any way. The first defendant, as what is nowadays called a "single mother" with a very young child needs support, and the only way she is going to get it is from the investments. I can thus understand why she may have acted in an endeavour to quarantine the plaintiff's money in such a way that she could continue to have an income and a house and a roof over her head.

70 The consequence of selling Chatswood is that the first defendant will have to vacate that property and she says she has nowhere else to live.

71 I did engage in some conversation with counsel as to whether these facts raise some sort of reason why full relief should not be given to the plaintiff, but neither counsel was willing to pursue that line.

72 I should add that the reason why Jin cannot return to Australia does not appear to be solely the plaintiff's doing. The first defendant seems to have sponsored Jin in some respect. Jin's passport and visa were stolen, he paid, on his evidence, a fellow student \$10,000 to fix it up with the Department, but instead the fellow student stole the money and the passport. Jin accordingly was in Australia as an illegal immigrant for some time, and the first defendant told the Department of Immigration of some of the facts and although she says that she would very much like Jin to come back to Australia and look after his daughter, I think that part of the reason that the Immigration Department will not issue him with a visa probably is due to the actions of the first defendant. However, it may well be that the first defendant had to act the way she did because of Australia's immigration laws.

73 I have no doubt at all that the plaintiff is now keeping Jin in China and that Jin has not got sufficient money of his own to leave China, no matter what his feelings may be. However, I do not consider that the only reason why Jin is in China and not Australia is because of the plaintiff's actions.

74 I will stand the matter over for short minutes to be brought in. I will fix 9.50 am on Monday 20 August, but if this date is not suitable to counsel, then some other date that week or the following week can be arranged with my Associate.

## TRADUZIONE

a cura di Alessandro Gaggero, Francesco Gasparini,  
Simone Oppezi

1. L'attore cerca di recuperare dal primo convenuto quattro beni, in particolare: (A) l'immobile 1707 al n. 348 di Sussex Street a Sidney; (B) l'immobile al numero 3 di Crick Street a Chatswood; (C) \$320.000 investiti nella Teamfair Australia Pty Ltd; e (D) un preteso prestito di \$250,000.

2. Durante tutto il periodo della vicenda l'attore ha vissuto ad Hong Kong. Il primo convenuto è una donna, cittadina australiana vivente a Chatswood. Nel 1999 il primo convenuto era sposato con il nipote dell'attore, il cui nome anglicizzato è Nick. L'attore ha un figlio adulto di nome Jin. Nel 1999, Jin era in procinto di venire in Australia a studiare. Tutte le parti concordano nell'affermare che Jin, secondo convenuto nel processo, avrebbe dovuto vivere con Nick e il primo convenuto.

3. Come dimostrato dagli eventi, il primo convenuto

e Nick si separarono il 18 Gennaio 2004, per poi divorziare nel 2005. Il primo convenuto instaurò quindi una relazione amorosa con Jin, e una figlia, di nome Dorothy, nacque da questa relazione nel febbraio 2006.

4. Risulta chiaro dalle prove come l'attore rimase turbato dalla nascita di questa bambina. Jin tornò in Cina e l'attore tentò di recuperare i soldi che aveva inviato in Australia e che erano stati destinati nei quattro beni sopracitati.

5. Tornerò sull'acquisto dei quattro beni fra breve. Tuttavia, ho prima bisogno di spendere alcune parole in merito a determinate questioni preliminari.

6. Non ci sono dubbi sul fatto che la fonte dei fondi per l'acquisto dei quattro beni, per quanto il primo convenuto fosse al corrente, fosse Jin. Ella ha infatti sempre affermato di aver creduto che il denaro fosse di Jin. L'attore ha confutato quest'affermazione sottolineando che ella avrebbe dovuto essere a conoscenza del fatto che Jin non ha mai avuto un impiego fisso o soldi propri, fatta eccezione per quelli derivanti da piccole operazioni commerciali in Australia in società costituite con lo stesso primo convenuto e altri. Il primo convenuto cita inoltre alcuni regali ricevuti da Jin durante la loro relazione di fatto.

7. L'attore, nell'atto di citazione, dichiara di aver dato i soldi a Jin per particolari scopi, di cui il principale era quello di procurarsi una casa affinché il primo convenuto e Nick non dovessero pagare un affitto trovando alloggio con Jin durante la permanenza di quest'ultimo in Australia. L'attore afferma che Jin era trustee per suo conto dei soldi e che li diede direttamente al primo convenuto, o altrimenti li mise a disposizione per acquistare beni immobiliari a nome del primo convenuto. L'attore conviene come inizialmente tutto ciò fosse ragionevolmente motivato dal fatto che il primo convenuto, in quanto cittadina australiana, potesse acquistare e operare con le banche australiane senza le restrizioni che sarebbero potute invece essere applicate a Jin in quanto straniero. Comunque, afferma che dovesse essere dichiarata la sussistenza di un *resulting trust* in proprio favore, o, altrimenti, che il primo convenuto, in collusione con Jin e a conoscenza del vincolo fiduciario, abbia sottratto i fondi che finirono nei quattro beni.

8. Quest'ultima questione ha causato più problemi di quanto fosse necessario.

9. Ms P. Ryan, avvocato della difesa assieme a Ms A Bartlett, sostenne l'assenza di prove della *fraud*, della disonestà o della collusione del primo convenuto al tempo in cui acquistò i beni in questione, cosicché la domanda alternativa deve essere considerata infondata. Mr M Aldridge SC, avvocato dell'accusa assieme a Mr R Tregenza,

replica a questo proposito che l'asserzione era stata fatta solo a titolo alternativo su suggerimento del giudice che ha esaminato la questione in sede interlocutoria e che la domanda principale era quella volta ad ottenere la dichiarazione di *resulting trust*. Credo che Mr Aldrige abbia ragione in questo e che bisognerebbe analizzare il caso senza lasciarsi distrarre dalla domanda alternativa.

10. La cosa più importante è che l'attore, se sarà provato che ha ragione, è beneficiario di un trust del quale Jin sarebbe trustee dei soldi che ha perso a causa del primo convenuto. Solitamente, ci si aspetterebbe che ad agire in giudizio fosse Jin. Risulta però evidente che ha rinunciato ad essere l'attore ed è stato quindi aggiunto come convenuto. Tuttavia abbiamo una situazione insolita in quanto Jin rilasciò un *affidavit* (dichiarazione scritta e giurata davanti a un pubblico ufficiale) a favore dell'attore. Gli fu rifiutato il visto per tornare in Australia e il suo controesame da parte di Ms Ryan fu effettuato tramite videoconferenza dalla Cina.

11. Come detto in *Ford and Lee, Principales of the Law of Trusts* [1790] a pagina 1-10055 della 28 edizione: "Se il trustee non agisce in giudizio per proteggere i beni in trust, il beneficiario può in 'casi eccezionali' [...] fare causa egli stesso per tutelare il diritto d'azione del trustee nei confronti di un terzo per il danno arrecato ai beni in trust, facendo partecipare il trustee in veste di convenuto nell'azione."

Questa dichiarazione è completamente supportata da autorità quali *Ramage v Waclaw* (1988) 12 NSWLR 84 (Powell J) e *Lidden v Composite Buyers Ltd* (1996) 67 FCR 560 (Finn J). Vedi anche *Alexander v Perpetual Trustees WA Ltd* [2004] HCA 7; (2004) 216 CLR 109 at 129.

12. In *Hayim v Citibank NA* [1987] AC 730, 748, Lord Templeman, esponendo la decisione del Privy Council afferma:

"Un beneficiario non ha alcuna legittimazione ad agire nei confronti dei terzi, fatte salve circostanze speciali, in cui va ricompresa una mancanza, scusabile o meno, del trustee nell'esercizio del suo dovere nei confronti del beneficiario a tutela del fondo in trust o dell'interesse del beneficiario nel fondo in trust."

Le circostanze del caso mi sembrano rientrare nella definizione di "circostanze speciali" a cui hanno fatto riferimento la House of Lords e i due illustri giudici australiani che ho menzionato.

13. Torno, dunque, ai quattro beni in oggetto.

14. (A) Immobile 1707 al 348 di Sussex Street a Sidney. L'acconto di \$32.000 fu pagato da Jin con un assegno datato 24 Settembre 2001 tratto sul suo conto presso la ANZ Bank. L'11 Ottobre 2001 Jin emise un altro assegno

dal suo conto corrente per un importo pari a \$9.900,50 per la tassa di bollo. Il 2 Novembre 2001 emise un altro assegno dallo stesso conto per un importo pari a \$289.371,42 a saldo del prezzo d'acquisto.

15. Per coprire tutti questi assegni l'attore trasferì \$499.990 sul conto di Jin presso la ANZ Bank. La proprietà venne registrata a nome del primo convenuto.

16. La deduzione dell'attore si basa sul fatto che nel 2001 Nick gli disse, "Affittare a Sidney in questi giorni non è conveniente in quanto il mercato immobiliare della città incrementerà di valore in breve tempo. Al momento è sottostimato. Inoltre la valuta australiana è più debole di quella americana, puoi prendere due piccioni con una fava acquistando una proprietà a Sidney: eviti che Jin spenda in affitto e fai allo stesso tempo un investimento." L'attore afferma che Nick ed il primo convenuto gli telefonarono in seguito e gli dissero: "secondo noi, l'immobile 1707 al 348 di Sussex Street a Sidney sembra un buon investimento." L'attore trasferì quindi i soldi per comprare l'immobile 1707 e poche settimane dopo fu acquistato. Nick gli disse che l'immobile era stato intestato al primo convenuto. L'attore ne chiese il motivo al primo convenuto, la quale rispose che ciò dipendeva da una serie di ragioni e che il fatto che Jin non fosse domiciliato in Australia avrebbe creato delle difficoltà.

17. A parte l'infondatezza del fatto principale, ovvero del fatto che la proprietà sia in trust in favore dell'attore, il primo convenuto dichiara di non ritenere che l'attore abbia provato che i soldi venivano da lui e che la proprietà era stata acquistata nel modo da lui descritto.

18. La situazione sembra essere un classico *resulting trust*.

19. Devo menzionare altri due problemi.

20. Nel maggio 2004 l'attore chiese che questo immobile, insieme ad un altro immobile nello stesso edificio, N 2207, gli fosse ritrasferito, oppure venduto e il ricavato fosse trasferito a lui. Questo fu fatto per l'Immobile 2207 anche se sembrerebbe che ciò abbia richiesto il ricorso a mezzi coercitivi. Tuttavia, riguardo l'immobile 1707, Jin affermò che i genitori del primo convenuto erano inquilini del 1707 per un affitto di \$300 alla settimana, che avrebbero voluto acquistare la proprietà e che sarebbe stato meglio se questa fosse rimasta a nome del primo convenuto fino alla vendita per evitare la doppia tassa di bollo. L'attore rispose "Va bene. Ma devi farmi avere i soldi da lei il prima possibile."

21. Jin tornò in Cina il 4 Aprile del 2006. L'attore apprese della relazione di Jin con il primo convenuto nel Giugno 2006. Fu a quel punto che l'attore chiese al primo convenuto di restituirgli le proprietà o il ricavato della lo-

ro vendita. Il primo convenuto non diede seguito alla richiesta e, al contrario, sostiene di aver sempre pensato che le proprietà appartenenti a Jin fossero regali per lei. Tornerò sul punto nel corso del giudizio.

22. Il secondo problema riguarda il paragrafo 11 dell'atto di citazione, in cui viene dichiarato:

“Il primo convenuto ha usato l'immobile 1707 come garanzia per un debito contratto con la Westpac Banking Corporation per la somma di \$320.000.”

Ciò viene confermato dalla difesa. L'attore afferma che i soldi ricevuti dalla Westpac erano stati ricevuti dal primo convenuto per il beneficio dell'attore stesso, cosa che il primo convenuto nega.

23. Il primo convenuto è stato contro esaminato riguardo a questo debito ed è risultato che ella aveva chiesto in prestito i soldi nell'agosto del 2006, quindi dopo aver saputo che l'attore rivendicava le sue proprietà. Era il massimo che ella potesse chiedere in prestito, fu versato sul suo conto sulla Westpac Rocket Home Loan e la somma venne poi versata sul conto del padre alla Commonwealth Bank. Allo stesso tempo ella chiese in prestito una considerevole somma di denaro dando in garanzia l'immobile di Crick Street, ciò su cui tornerò a breve. Il padre del primo convenuto trasferì quindi i \$320.000, più la somma ottenuta grazie a Crick Street, sul conto bancario del primo convenuto presso la Citibank a Hong Kong. Ella adoperò quindi questa somma “per comprare un certo numero di prodotti finanziari a Hong Kong” a nome proprio.

24. I soldi o gli investimenti di Hong Kong costituiscono ovviamente oggetto di trust in favore dell'attore. È assolutamente ingiustificabile che una donna, che sia a conoscenza del fatto che il beneficiario sta cercando di rientrare in possesso dei propri beni, li ipotечи per il massimo e dopo usi il ricavato in investimenti a proprio nome.

25. (B) Numero 3 di Crick Street, a Chatswood, è una casa registrata a nome del primo convenuto nella quale attualmente vivono questa e Dorothy. L'attore afferma che l'acconto di \$120.000 fu pagato il 28 Settembre 2005 tramite assegno emesso dal conto corrente di Jin acceso presso la ANZ Bank. Il 10 Ottobre 2005 Jin prelevò \$524.126,39 dal conto Term Deposit presso la ANZ, e versò questa somma nel suo conto V2 Plus presso la ANZ. Il 15 Novembre egli pagò \$284.687,04 da quest'ultimo conto, quindi il proprio contributo all'acquisto di Crick Street a Chatswood fu di poco più di \$400.000. Il prezzo d'acquisto totale ammontava a \$1.2 milioni.

26. L'attore non seppe nulla riguardo la proprietà di Chatswood fino a quando Jin non fece ritorno in Cina

nel 2006. Jin spiegò che la necessità di questo acquisto si presentò intorno a Giugno 2005, quando il primo convenuto gli disse che l'immobile in Sussex Street sarebbe stato troppo piccolo dopo la nascita della bambina. “Avremo bisogno di trasferirci in una bella zona, cosicché la nostra bambina possa andare nelle migliori scuole. Tuo padre non ha un ingente patrimonio qui? Potremmo comprare una villetta. Potrebbe anche diventare un investimento.”

27. Jin afferma che a questo punto perse il suo passaporto, perché questo ed il visto gli furono rubati, e si convinse così di essere in Australia clandestinamente. Credeva che suo padre avrebbe rifiutato l'acquisto di un'altra proprietà a nome del primo convenuto e Jin non voleva intestarla a nome proprio in quanto si riteneva clandestino. Jin asserisce che lui ed il primo convenuto trattarono e confermarono l'acquisto della casa in Crick Street a Chatswood per \$1.2 milioni. Egli fornisce dettagli sulle modalità di pagamento dei \$400.000 ed è a conoscenza che il primo convenuto prese in prestito \$800.000 per pagare il residuo. Il prestito fu fatto dalla Macquarie Bank. Jin afferma che i soldi che ha usato provenivano dai fondi che suo padre deteneva in deposito presso la HSBC.

28. Il primo convenuto afferma di aver in realtà contribuito con \$100.000 al pagamento dell'acconto per Crick Street. Al paragrafo 56 del suo *affidavit* del 14 Dicembre 2006, infatti, ella afferma che “Il 25 Giugno 2005 ho trasferito \$100.000 dal mio conto presso la Commonwealth Bank al conto di Jim. Questo era l'ammontare del mio deposito a termine che è maturato il 19 Luglio 2006[sic].” L'estratto bancario mostra un prelievo da un deposito a termine che è stato trasferito su quel conto e un prelievo di \$100.005,40 da quel conto in data 25 Luglio 2005. L'esposto JS12 dell'*affidavit* di Jin mostra che quei soldi furono accreditati sul suo conto corrente Access Advanced acceso presso la ANZ Bank.

29. Allo stesso modo, il primo convenuto dichiara che \$50.000, provenienti dai suoi genitori, furono depositati sul conto di Jin, ovvero il conto corrente Access Advanced presso la ANZ, il 23 Settembre 2005. Anche della registrazione di questo trasferimento vi è traccia nel conto corrente di Jin. Sono queste due somme che, immesse nel conto che a questo punto ammontava a \$165.648, gli permisero il 5 Ottobre di pagare i \$120.000.

30. Risulta chiaro dall'*affidavit* di Jin (Paragrafo 78) che questo era l'assegno per il versamento d'acconto.

31. Questa prova dimostra che Jin deve essersi sbagliato quando ha asserito che questi soldi erano dell'attore.

32. Questo mette in dubbio se abbia avuto luogo o meno la conversazione di cui alla deposizione di Jin al pa-

ragrafo 78, nel corso della quale il primo convenuto disse: "Hai pagato \$400.000 ed io ho ottenuto un mutuo di \$800.000". Ella ha sicuramente ottenuto il mutuo di \$800.000, ma le prove sembrano dimostrare che \$120.000, così come la tassa di bollo, provenissero dal primo convenuto piuttosto che dall'attore.

33. Jin asserisce di aver speso \$934.874,54 per la proprietà di Chatswood, provenienti interamente da suo padre, l'attore.

34. Jin afferma quindi di aver pagato ulteriori \$280.007,50 al primo convenuto il 18 novembre 2005 dal suo conto V2 plus presso l'ANZ. Anche in questo caso i soldi erano del padre. Fece questo in quanto il primo convenuto gli suggerì di lasciare quanto più denaro liquido possibile nel conto corrente sul quale lei aveva acceso il mutuo per ridurre l'entità degli interessi sullo stesso.

35. Il 9 dicembre 2005 la HSBC trasferì \$US710.000,00 dal conto bancario dell'attore acceso presso di essa, al conto corrente di Jin, sempre presso la stessa banca. Parte di questa somma fu trasferita nel Marzo 2006 sul conto di Jin presso la ANZ e la maggiorparte di questi soldi furono impiegati il 24 marzo 2006 per firmare un assegno di 250.000 dollari australiani al primo convenuto.

36. Il primo convenuto impiegò i \$280.000 e i \$250.000 per ridurre il suo debito presso la Macquarie Bank. Chiese quindi a prestito altri \$600.000 nell'agosto 2006, e dopo aver saputo che l'attore rivolgeva indietro il proprio denaro, mise tale somma a nome del padre, e poi se la fece ritrasferire nel conto della Sydney Bank ad Hong Kong, dove fu impiegata in investimenti a proprio nome.

37. L'attore afferma di essere titolare di circa un terzo della proprietà di Chatswood in quanto avrebbe fornito oltre \$400.000 sui \$1.200.000 del prezzo d'acquisto, e inoltre, che i \$280.007,50 sono in trust in suo favore. I \$250.000 si riferiscono al debito di cui al quarto reclamo (D).

38. Il primo convenuto tenta di difendersi sostenendo che l'acquisto di Chatswood è stato il frutto di un accordo tra lei e Jin, che Jin ne pagò un terzo del prezzo e che lei pagò il resto contraendo un prestito. Tuttavia dalle prove risulta palese come il primo convenuto si rese conto che i soldi impiegati appartenevano in realtà all'attore. Jin afferma, come ho già esposto, che nel Giugno del 2005 il primo convenuto fece una dichiarazione riguardo l'acquisto di Crick Street, sottolineando come l'attore avesse un ingente patrimonio in Australia.

39. C'è una certa confusione riguardo alla veridicità o meno delle prove relative al deposito fornite dal primo

convenuto, la realtà è che l'attore ha diritto ai 25/120 ovvero al 20,5% di Crick Street.

(omissis)

41. Quello che il primo convenuto sembra voler dire è che credeva che i soldi fossero di Jin e che gli fossero stati regalati da suo padre.

42. Come ho detto prima, il secondo convenuto, Jin, è stato controesaminato da Ms Ryan. Non sono state contestate né le conversazioni che ha depositato, né la fonte dei suoi soldi. Non gli sono state poste domande dirette riguardo le somme che l'attore gli trasferì e che sono poi andate al primo convenuto o in proprietà a suo nome. Emerge da alcuni controesami che parte dei soldi che erano stati inviati in Australia dall'attore gli vennero restituiti da Jin in modo che potesse giocarli al casinò, ma questo è tutto. Ms Ryan controesaminò l'attore.

(omissis)

43. Tutte le prove dimostrano che a parte le somme provenienti dal Pizza Shop, su cui tornerò quando parlerò del terzo bene (C), tutti i soldi usati da Jin per acquistare Crick Street erano dell'attore. Non c'è alcuna prova che Jin fosse autorizzato ad usare quei soldi per l'acquisto della proprietà a Chatswood o che suo padre glieli avesse regalati. Sembra che i soldi siano stati detenuti da Jin in qualità di trustee per suo padre alla condizione che fossero investiti in una casa o in un immobile in cui Jin (con Nick e il primo convenuto) potesse vivere per evitare le spese d'affitto.

44. Nonostante il primo convenuto sembri concordare che la partecipazione dell'attore corrisponda a un terzo, dalle prove, l'attore non ha dimostrato di aver partecipato oltre il 20,5%.

45. Il padre è beneficiario di una quota compresa tra il 20,5% e un terzo di Chatswood.

46. Il suo diritto è stato provato per il 20,5%. Perciò l'ordinanza più idonea è che, ai sensi della sezione 66G del Conveyancing Act del 1919, la proprietà acquisita in trust deve essere messa in vendita e i proventi distribuiti per il 20,5% all'attore e il resto al primo convenuto. Tuttavia, la somma dovuta al primo convenuto va congelata fino a quanto non avrà dato giustificazione del resto del denaro cui si fa riferimento nell'ambito di questa sentenza.

47. (C) La Teamfair Pty Ltd fu registrata il 16 Gennaio 2003. Amministratori erano l'attore, il primo convenuto, Jin e Nick. Il 23 Gennaio 2003, Jin versò \$320.000

alla Teamfair prelevandoli dai fondi dell'attore. Questa somma fu versata alla Teamfair allo scopo di acquisire il business Lavera Pizza and Pasta a Glebe. L'attore afferma, e il primo convenuto nega, che questo pagamento era un prestito alla Teamfair esigibile a richiesta. L'attore afferma, ed è stato riconosciuto, che nel periodo intorno ad Aprile 2005 l'attività fu venduta dalla Teamfair per \$360.000. Di questa somma si appropriò poi il primo convenuto che la trasferì al terzo convenuto, sua madre. L'attore afferma che i \$320.000 detenuti dalla madre sono detenuti in trust in suo favore.

48. La difesa ammette che Jin versò \$320.000 alla Teamfair nel Gennaio del 2003. Nega invece che si trattasse di soldi dell'attore. A sostegno di ciò è affermato che Jin e il primo convenuto andarono nell'ufficio del Fair Trading per registrare il nome dell'attività e decisero di usare la parola "Teamfair" perché la società dell'attore ad Hong Kong si chiamava Teamfair Trading. Jin disse di aver versato \$300.000 nell'attività per conto del padre, che aveva quindi il 75% del capitale sociale. Il rimanente 25% era detenuto da Nick, il primo convenuto e la sorella minore del primo convenuto. Nuovamente c'è una discrepanza nelle prove e terrò in considerazione la somma minore.

49. Nel paragrafo 34 dell'*affidavit* del 14 Dicembre 2006, il primo convenuto ha affermato: "Lavera fu venduta per \$360.000 [...] Abbiamo distribuito questa somma fra i soci in proporzione alle loro quote." Il primo convenuto sembra asserire che Jin o l'attore fossero proprietari del 75% piuttosto che persone che avevano prestato soldi. Tuttavia non ho visto nessuna documentazione societaria che confermi che questa divisione venne realmente effettuata. Se così fosse stato e se i \$360.000 fossero stati in qualche modo distribuiti come restituzione del capitale (la società fu cancellata dal registro delle imprese), le prove dimostrerebbero che né l'attore né Jin riceverebbero i soldi. Infatti i \$360.000 andarono alla madre del primo convenuto.

50. Nel suo secondo *affidavit* del 5 Giugno 2007 il primo convenuto dichiara: "La somma totale investita e prestatata alla Teamfair fu \$720.000. Quando fu venduta il ricavato fu solo \$360.000. \$300.000 furono restituiti a mia madre e il resto andò a Jin."

(omissis)

Il teste ha confermato che fu circa in quel periodo. A quel punto le venne chiesto di confermare che l'ultimo bilancio della Teamfair riportava che in quel momento le passività erano pari a solo \$215.000 e le fu chiesto come

poteva esserci un debito verso sua madre se questo bilancio era corretto.

51. Il controesame è continuato e ha dimostrato che l'assegno bancario usato per pagare i \$300.000 alla madre del primo convenuto è stato di fatto pagato a Marzo 2006, prima che il bilancio del 2005 fosse stato ultimato. Il primo convenuto persevera nel dire che la sua quota le venne pagata con i proventi finali della vendita.

52. Nonostante il primo convenuto continui a sostenere di essere confusa con riguardo alle questioni economiche, risulta invece che era molto pratica di conti e che aveva persino conseguito un diploma MBA all'università, vedi T89.

53. Il terzo convenuto rilasciò una testimonianza. Fu presentata come la responsabile della gestione dei libri contabili dell'attività della Teamfair Australia. Durante il controesame dichiarò che mai lavorò come contabile. Quando viveva in Cina lavorava come magazziniera.

(omissis)

54. Nonostante il terzo convenuto abbia ricevuto \$18.000 di stipendio secondo i libri contabili, ella affermò di non aver mai lavorato nel Pizza business, di non aver ricevuto alcun salario e di aver solamente aiutato quando mancavano dei lavapiatti. La fonte dalla quale abbia potuto ricavare i \$300.000 dati in prestito non è mai stata rivelata. A mio giudizio l'intera storia dei \$300.000 è essenzialmente improbabile. Mi sembra che l'accusa abbia ragione sul fatto che il primo convenuto abbia inventato questa scusa fra il suo primo *affidavit* e quello del Giugno 2007 e praticamente non c'è nulla che lo possa confermare.

55. È indubbio che l'attività della Teamfair fu venduta per \$360.000 e che la società era solvente quando la somma fu ricevuta. Sembrerebbe che ci sia stata una liquidazione informale e che i soldi siano stati distribuiti nella loro totalità al primo convenuto. L'attore, sia egli stato un creditore o un socio, non ricevette niente.

56. I bilanci della Teamfair Australia vengono esibiti come prova PX10. È alquanto difficile conciliare questi bilanci con il documento PX16. Il bilancio al 30 Giugno 2004 riporta che la Teamfair australiana registrò una perdita di \$102.874, tuttavia il PX16 intitolato "Primo giro di distribuzione ai soci" sottolinea che era stato realizzato un profitto tra Aprile e Novembre del 2003, il quale fu usato per pagare dividendi ai soci per \$75.000 e bonus per \$25.000.

57. I bilanci di tutti gli anni, tuttavia, registrano che il capitale emesso fu di soli \$100. Di conseguenza è molto

difficile comprendere come si siano potute effettuare sottoscrizioni di quote per \$300.000 da parte dell'attore o Jin. È difficile altresì conciliare i bilanci con i debiti contratti, senonché i bilanci dei tre anni di attività riportano che la società ha contratto ingenti debiti. L'unica conclusione possibile è che i soldi immessi da Jin provenienti dal fondo del padre, erano debiti.

58. Questo significa che la Teamfair Pty Ltd (quella australiana) ha un debito verso l'attore o nei confronti di Jin in qualità di trustee. Si potrebbe pensare che sia necessario che la Teamfair Pty Ltd venga di nuovo registrata, messa in liquidazione, e che quindi il liquidatore citi in giudizio il primo e il terzo convenuto per recuperare i soldi e quindi versarli all'attore. Tuttavia, secondo la sezione 56 del Supreme Court Act del 1970, la corte dovrebbe dare un equo responso impiegando il minor tecnicismo possibile. La soluzione più semplice potrebbe essere ordinare al primo convenuto di pagare \$320.000 all'attore.

59. Per quanto attiene al terzo convenuto, non posso riconoscere che i soldi pagabile costituivano l'estinzione di un debito. Si trattava di soldi spettanti all'attore che a questi dovevano essere pagati. Il terzo convenuto avrebbe dovuto sapere che stava meramente riciclando soldi per sua figlia. Tuttavia, non ritengo che ci siano sufficienti prove riguardo al fatto che il terzo convenuto sapesse che i soldi che sua figlia stava riciclando erano soldi dell'attore o che li stesse ricevendo in violazione di un trust. Il primo convenuto sembra aver usato i suoi genitori allo scopo generale di riciclare i soldi, e come già detto, non ritengo che le prove vadano oltre. Di conseguenza, non ritengo di avere materiale abbastanza valido per condannare il terzo convenuto. Tuttavia, non credo alla sua testimonianza. Era disposta a prestare il proprio nome al primo convenuto per coadiuvarla nell'occultamento dei soldi e non credo che le debba essere rimborsata alcuna spesa legale.

60. (D) La quarta transazione consiste dei \$250.000 che furono pagati o direttamente da Jin alla Macquarie Bank o tramite il primo convenuto per ridurre il debito che il primo convenuto stesso aveva nei confronti della Macquarie Bank riguardo il numero 3 di Crick Street. L'attore afferma, e Jin conferma, che questa operazione non fu mai autorizzata dall'attore. La ragione del pagamento di questa cifra da parte di Jin sembra risiedere nel fatto che egli ritenesse ragionevole la richiesta del primo convenuto che gli interessi del debito fossero compensati dal deposito.

61. Il primo convenuto nega queste asserzioni. Tuttavia le prove prodotte da Jin supportano questa versione

dei fatti mentre il primo convenuto non ha nulla con cui controbattere. Il debito di \$250.000 deve essere soluto.

62. Di conseguenza deve essere ordinato che l'immobile 1707 in Sussex Street è detenuto in trust in favore dell'attore e che quindi deve essergli trasferito. Riguardo Crick Street, invece, si dovrebbe procedere alla nomina di un trustee al quale affidare l'incarico di vendere la proprietà e versare il 20,5% dei proventi all'attore, tenendo il resto in trust fino ad un ulteriore ordine della corte. A meno che non ci sia qualche obiezione, il primo convenuto dovrebbe altresì essere condannato a pagare \$570.000 più gli interessi per quel che concerne le proprietà (C) e (D).

63. Inoltre dovrebbe intervenire anche una pronuncia con riferimento alle risorse site in Hong Kong nelle quali sono stati investiti i \$300.000 presi in prestito dalla Westpac dando in garanzia l'immobile 1707 e i \$280.000 presi in prestito dando in garanzia l'immobile di Crick Street. Questi investimenti sono elencati al paragrafo 16 dell'*affidavit* del primo convenuto del 12 Gennaio 2007. Sembra che il deposito a termine che attualmente ammonta a \$612.937,12 è il bene corrispondente ai soldi presi in prestito dalle banche.

64. Potrebbe essere che il debito di \$250.000 possa anch'esso venir rintracciato e ricondotto agli investimenti di Hong Kong, intendo lasciare aperta quest'ipotesi per la fase di verbale. Potrebbero esserci alcune difficoltà nel rimpatriare i soldi da Hong Kong e potrebbe dover essere concordato un modo di eseguire l'operazione sulla base di una soluzione equitativa.

65. Come ho detto al principio di questa sentenza, Ms Ryan ha dedicato diverso tempo nel suo esposto sia orale che scritto lamentandosi dell'inadeguatezza delle dichiarazioni (*pleadings*) che concorrono a creare una responsabilità ai sensi del principio di *Barnes v Addy* (1874) LR 9 Ch App 244.

66. Come spero si evinca dai miei ragionamenti, non c'è bisogno di entrare in quest'area perché il caso rientra chiaramente in un semplice *resulting trust*. L'attore non ha mai avuto intenzione di far sì che il primo convenuto ottenesse almeno \$2 milioni dei suoi beni.

67. Tuttavia è stato sottolineato che le dichiarazioni effettuate nel corso del processo non dimostrano alcuna disonestà da parte del primo convenuto. Questo è lodevole, ma irrilevante.

68. Tuttavia, ho detto prima che avrei affrontato la questione del comportamento onesto o meno del primo convenuto. Mi sembra che quando una persona sia a conoscenza: (a) del fatto che il consorte non abbia praticamente soldi propri e che tutto quanto ha a sua disposizio-



ne proviene dal padre; (b) che quando il padre chieda di riavere indietro i propri soldi, proceda a contrarre prestiti per l'importo massimo possibile dando in garanzia i beni stessi e trasferisca i soldi dal proprio nome a quello dei genitori, trasferendoli quindi *off-shore*; (c) che ricicla i soldi provenienti dalla società commerciale, facendola cancellare dal registro delle imprese, trasferendoli alla propria madre - si possa solo spiegare questa condotta come disonesta o motivata da un desiderio malaccorto di auto-tutela.

69. Menziono la seconda opzione perché non ci sono dubbi che Jin sia il padre di Dorothy. Riesco a comprendere come la relazione tra suo figlio e la ex moglie del cugino di quest'ultimo, sconvolga l'attore. Tuttavia, il ritorno di Jin in Cina significa che Jin non sarà in grado di occuparsi di Dorothy in nessun modo. Il primo convenuto, quella che oggi chiameremmo "madre single" con una bambina piccola a carico, ha bisogno di aiuto e l'unico modo per ottenerlo è attraverso gli investimenti. Posso così capire il motivo per cui abbia agito nel tentativo di trattenere i soldi dell'attore in modo da poter continuare ad avere un reddito, una casa e un tetto sotto cui dormire.

70. Come conseguenza della vendita di Chatswood il primo convenuto dovrà lasciare la proprietà, ma afferma di non aver nessun altro posto dove vivere.

71. Mi sono intrattenuto in alcune conversazioni con gli avvocati contemplando se questi fatti possano portare alla luce una qualche ragione che giustifichi la non totale soddisfazione dell'attore, ma nessuno degli avvocati si è dimostrato disposto a seguire questa linea.

72. Dovrei aggiungere che la ragione per cui Jin non può tornare in Australia sembra non essere il solo agire dell'attore. Il primo convenuto sembra aver sponsorizzato Jin in una certa misura. Il passaporto ed il visto di Jin furono rubati, lui pagò, a quanto ha detto, \$10,000 a un compagno di università per sistemare la cosa con il Ministero, ma questi rubò soldi e passaporto. Jin di conseguenza risiedeva in Australia clandestinamente, ed il primo convenuto riferì al Ministero dell'Immigrazione alcuni dei fatti e, sebbene abbia manifestato un forte desiderio che Jin tornasse in Australia e badasse alla figlia, credo che parte delle ragioni per cui il Ministero dell'Immigrazione non rinnoverà il suo visto è probabilmente riconducibile alle azioni intraprese dal primo convenuto. Tuttavia, potrebbe benissimo essere che il primo convenuto si comportò in questo modo in ragione delle leggi sull'immigrazione Australiane.

73. Non ho il benché minimo dubbio che attualmente sia l'attore a mantenere Jin in Cina e che Jin non abbia disponibilità sufficienti per lasciare il paese, indipenden-

temente dalle sue intenzioni. Tuttavia, non credo che l'unica ragione per cui Jin sia in Cina anziché in Australia derivi dall'azione dell'attore.

74. Lascio la questione in sospeso per consentire che vengano portati in aula i verbali. Fisserò una nuova udienza alle 9.50am di Lunedì 20 Agosto, ma se questa data non dovesse conciliarsi con gli impegni degli avvocati, ulteriori date in questa o nella prossima settimana potranno essere discusse con il mio Collega.

Italia

## Segregazione di beni in trust e “prelazione artistica”

■ Ministero per i beni e le attività culturali, Ufficio Legislativo

Gent.mo Dott.  
Gian Vittorio Cafagno  
Ufficio Legislativo Consiglio Nazionale del Notariato  
Via Flaminia 160  
ROMA

E p.c. Al Segretario Generale  
SEDE

**Oggetto: Ammissibilità dell'acquisto in via di prelazione, ex artt. 60 ss. d.lgs. n. 42/2004, di beni culturali oggetto di conferimento in sede di costituzione di trust**

Si fa riferimento alla cortese lettera del 22 gennaio 2008, con la quale la S.V. ha trasmesso a questo Ufficio una nota dell'Ufficio Studi di codesto Consiglio Nazionale avente ad oggetto la questione relativa all'esercizio della cd. prelazione artistica, ex artt. 60 ss. del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i.), in occasione della costituzione di un trust c.d. 'interno' (ossia caratterizzato dall'essere costituito da un cittadino italiano – disponente – dall'aver come amministratore – trustee – e come eventuali beneficiari altri cittadini italiani, ed infine dall'essere stato dotato, almeno in fase iniziale, con beni che si trovano in Italia).

Pur con le doverose cautele connesse alla ammissibilità, nell'ordinamento interno, dell'istituto giuridico in argomento, tipico invece del sistema anglosassone, attesa la mancanza di una normativa nazionale ad esso specificamente dedicata, sembra a questo Ufficio che la questione possa trovare soluzione nell'ambito di una lettura coordinata e sistematica delle regole comuni pattuite fra le Parti contraenti in ordine alla legge applicabile ai 'trusts' ed al loro riconoscimento, sottoscritte con la Convenzione dell'Aja del 10 luglio 1985 (Convenzione recepita dal nostro ordinamento con legge 16 ottobre 1989, n. 364 e vigente dal 1992) e di quelle che disciplinano, nel nostro ordinamento, i limiti dell'autonomia contrattuale, con particolare riguardo al disposto di cui all'art. 1322 del codice civile. Il richiamo all'art. 1322 c.c. assume un rilievo particolare, poiché consente di porre al centro dell'attenzione, al fine di dare risposta al quesito circa l'assoggettabilità a pre-

lazione del negozio istitutivo di trust comportante il conferimento di beni culturali, l'indagine, da svolgersi caso per caso, sulla effettiva causa pratico-sociale soggiacente alla complessiva operazione giuridica ed economica che conduce, anche mediante il collegamento tra più cause negoziali, alla formazione del trust. In tal modo la medesima indagine svolta dal notaio in ordine alla meritevolezza di tutela del negozio fondativo di trust, ai sensi dell'art. 1322 c.c., potrà nello stesso tempo valere anche al diverso, ma connesso fine di stabilire se la complessiva operazione economico-giuridica, esibendo elementi di causa onerosa, vada sottoposto a prelazione, oppure, in caso diverso (titolo gratuito o di liberalità), alla sola denuncia, ai sensi dell'art. 59 del codice del 2004. Al riguardo la giurisprudenza ha bene chiarito che “Si deve valutare se l'atto istitutivo del trust è (o non è) portatore di interessi che sono meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico, senza limitarsi alla semplice definizione dello 'scopo', ma estendendo l'analisi al 'programma' che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust”. In altri termini, atteso che il trust si risolve nella costituzione, ad opera del disponente e per atto *inter vivos* o *mortis causa*, di un patrimonio separato, affidato in gestione ad un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico, occorre di volta in volta esaminare, non solo ai fini della formulazione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c., ma anche ai fini della sottoponibilità del negozio a prelazione artistica, la causa 'concreta' dello strumento giuridico posto in essere, ossia la complessiva operazione economica che si è inteso realizzare attraverso il collegamento di un patrimonio separato ad una ulteriore finalità che, come la stessa nota dell'Ufficio Studi di codesto Consiglio Nazionale rileva, può essere “liberale, solutoria, di gestione o di garanzia, a titolo oneroso etc.”.

“A ragione di ciò (continua la nota citata, peraltro riportando testualmente un autorevole orientamento dottrinale) l'atto istitutivo dovrà quindi sempre far emergere la causa e sottostare ad un giudizio di meritevolezza ... È quindi estremamente opportuno che negli atti istitutivi di un atto di trust interno (alla cui redazione è chiamato il notaio) siano sempre esplicitate le ragioni per le quali si istituisce il trust e le finalità che con lo stesso si vogliono per-

seguire, in modo da renderne trasparenti gli obiettivi per una loro immediata verifica di meritevolezza e non contrarietà a norme imperative del nostro ordinamento e nel contempo al fine di eliminare in radice qualunque dubbio sulla finalità elusiva dello stesso contratto". Orbene, l'esplicitazione delle finalità ultime del trust è "estremamente opportuna" non solo per stabilire se esse consistano nel "realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (ex art. 1322 c.c., secondo comma), ma altresì per appurare se esse integrino i presupposti legittimanti l'acquisto in via di prelazione del bene (o dei beni) di riconosciuto interesse culturale eventualmente oggetto di conferimento al trust. Per conseguenza, a giudizio di questo Ufficio, appare ragionevole ritenere che tutte le volte in cui mediante il ricorso allo strumento del trust si persegua (direttamente o indirettamente) un fine ultimo traslativo a titolo oneroso sussista la legittimazione, in testa all'Amministrazione, di procedere all'acquisto in via di prelazione del bene culturale oggetto del conferimento. Tale soluzione dà ovviamente per pacifica la sussistenza dell'obbligo, per il disponente il trust, di provvedere alla denuncia dei relativi atti di costituzione qualora fra i beni

costituiti in patrimonio separato ve ne siano alcuni di riconosciuto interesse culturale, tanto mobili, quanto immobili. Sarebbe, dunque, molto opportuno che codesto Consiglio Nazionale, nel dare (ove lo ritenga) diffusione tra i propri aderenti al presente parere, provveda a richiamare l'attenzione dei Signori notai sulla necessità che, in sede di denuncia alla Soprintendenza ex art. 59 del codice, siano fornite adeguate indicazioni sulle ragioni che hanno condotto il notaio rogante ad accertare il titolo non oneroso del conferimento del bene culturale in sede di costituzione (modificazione o estinzione) del trust, sì da consentire al Soprintendente di formarsi cognita causa un sereno convincimento circa la non assoggettabilità a prelazione dell'operazione economico-giuridico oggetto di denuncia. Sulla scorta delle osservazioni che precedono questo Ufficio ha interessato la competente Direzione generale onde sollecitare l'elaborazione e l'invio di una bozza di circolare esplicativa destinata agli uffici operativi del Ministero.

IL CAPO DELL'UFFICIO  
Mario Torsello

Italia

## Segregazione in trust di beni di interesse storico e artistico e applicazione delle imposte di registro, ipotecaria e catastale

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Bolzano, risposta a interpello del 27 gennaio 2005

**OGGETTO:** INTERPELLO ai sensi dell'art. 11 della Legge 27.07.2000, n. 212;

**IMPOSTE DI REGISTRO, IPOTECARIE E CATASTALI:** trattamento tributario dell'atto di costituzione di un *trust* (proprietà fiduciaria) e dell'atto di trasferimento dei beni al *trustee*.

Con istanza di interpello presentata in data 30.09.2004, registrata al prot. n. 9188, concernente l'esatta applicazione dell'art. 1 del D.P.R. 26.04.1986, n. 131, e degli artt. 1 e 10, del D.Lgs. 31.10.1990, n. 347, è stato posto il seguente

### QUESITO

Il contribuente rappresenta di essere titolare del diritto di piena proprietà di un fabbricato di interesse storico e delle relative pertinenze, per la precisione di un castello, sottoposto a tutela ai sensi della Legge 1° giugno 1939, n. 1089, e di appezzamenti di terreno agricolo, tutti compresi nello stesso comune catastale di residenza.

Considerati gli ingenti investimenti effettuati dal contribuente fino alla data odierna e gli investimenti da ultimare a breve per una corretta conservazione dell'immobile nel tempo, peraltro di comune accordo e secondo le specifiche disposizioni in materia imposte dal competente ufficio territoriale della Sovrintendenza dei beni culturali, e considerate altresì le ingenti somme necessarie per la manutenzione ordinaria dell'immobile suddetto, l'Istante intende vincolare l'utilizzo di tali immobili nel tempo per la particolare funzione storico-culturale che essi rivestono, e intende mantenere unita e salda la proprietà dell'immobile nelle prossime generazioni, dopo la sua morte.

Il contribuente ritiene che nella fattispecie concreta possa trovare applicazione l'istituzione di un *trust*, inteso come istituto di diritto straniero nell'ordinamento giuridico italiano in dipendenza dell'adesione dell'Italia alla

Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, convenzione resa esecutiva in Italia con la Legge 16.10.1989, n. 364.

Con il termine *trust*, ai sensi dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja, l'Interpellante si riferisce esclusivamente ai rapporti giuridici creati da una persona – costituente o *settlor* – nello specifico per atto tra vivi, allorquando dei beni vengano posti sotto il controllo di un *trustee*, nell'interesse di uno o più beneficiari o per uno scopo determinato.

In tal modo l'atto istitutivo del *trust* comporta l'"uscita" dei beni in *trust* dal patrimonio del contribuente e la segregazione dei medesimi, rispetto ai beni personali del *trustee*, rimanendo questi vincolato, da un'obbligazione di carattere fiduciario, ad amministrare e gestire i beni secondo il programma concordato, fino all'attribuzione di un beneficio finale ai beneficiari. Tali beni segregati, uscendo dal patrimonio personale del sottoscritto ed entrando nel patrimonio del *trustee*, costituirebbero un patrimonio separato, distinto dai restanti beni personali di quest'ultimo ed insensibile alle vicende di questi.

Il *trust* in oggetto sarebbe caratterizzato dai seguenti elementi essenziali e indefettibili:

- distinzione dei beni del *trust* dal patrimonio del *trustee*;
- intestazione degli stessi al *trustee* o ad un altro soggetto per conto del *trustee*;
- potere-dovere del *trustee* di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge, con obbligo di rendicontazione.

Il *trust*, inteso come struttura patrimoniale segregata, assumerà in ogni caso una delle seguenti forme giuridiche:

- ente commerciale,
- ente non commerciale,
- società a responsabilità limitata.

Il *trust* in questione sarà regolato dalla legge "olandese o anglosassone" e presenterà alcuni elementi di estraneità, quali i beneficiari e il disponente, e, pertanto, secondo l'Istante, non rientra in nessun caso fra i *trust* interni.

Ciò premesso, l'Interpellante osserva che i momenti impositivi che assumono rilievo agli effetti delle imposte indirette sono: l'atto istitutivo, l'atto dispositivo, eventuali operazioni compiute durante la vita del *trust* e il trasferimento dei beni ai beneficiari.

L'Interpellante chiede, quindi, di conoscere il trattamento tributario dell'"atto dispositivo definitivo", redatto nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, con il quale egli trasferirà, a titolo gratuito, i beni immobili di cui sopra in *trust* al *trustee*.

### SOLUZIONE INTERPRETATIVA PROSPETTATA DAL CONTRIBUENTE

L'Interpellante, in qualità di disponente, osserva che non è mosso da un intento di liberalità nei confronti del *trustee* – al quale affidare l'amministrazione di alcuni beni in funzione di un programma predeterminato – ma piuttosto da un intento di liberalità nei confronti dei beneficiari finali, intento che troverà realizzazione solo alla scadenza finale del *trust*, con l'atto dispositivo che il *trustee* sarà obbligato a compiere, in virtù del rapporto fiduciario, nei confronti dei beneficiari.

Per questo, il negozio istitutivo di *trust* non sarebbe assimilabile all'atto di donazione.

Il trasferimento dei beni al *trustee* non dovrebbe neanche essere assoggettato all'imposta proporzionale trattandosi di un'attribuzione meramente strumentale al raggiungimento del fine ultimo del *trust*.

Pertanto, l'Interpellante ritiene che all'"atto dispositivo definitivo" di trasferimento dei beni immobili sia applicabile l'imposta di registro in misura fissa, ai sensi dell'art. 11, della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131/1986, e le imposte ipotecarie e catastali nella medesima misura fissa.

### PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

In via preliminare si precisa che il quesito proposto nell'istanza di interpello in esame ha per oggetto il regime fiscale, ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali, applicabile ad un "atto dispositivo definitivo" con cui vengono trasferiti beni immobili dal disponente al *trustee*.

La trattazione dell'interpello verrà pertanto limitata a tale aspetto, non potendo esprimersi in merito alla corrispondenza dell'atto costitutivo del *trust* o dell'atto di trasferimento dei beni in *trust* alla legge straniera prescelta, in quanto non ancora redatti.

Sulla base degli elementi rappresentati dall'Interpellante, si ritiene che l'istituendo *trust* sia classificabile come cosiddetto *trust* "estero".

Difatti, alcuni dei suoi elementi importanti, quali il disponente (cittadino olandese residente in Italia) e i beneficiari, sono riferibili all'estero.

L'atto di attribuzione patrimoniale, a titolo gratuito, dal disponente al *trustee*, con cui si realizza la cosiddetta segregazione dei beni, da redigersi nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata, a parere della scrivente Direzione, è inquadrabile fra gli atti non avvenuti per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale, di cui all'art. 11 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26.04.1986, n. 131, soggetti all'imposta di registro in misura fissa.

Si precisa che anche l'atto di costituzione del *trust*, se redatto nelle suddette forme, rientra tra gli atti dell'art. 11 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131/1986.

Se l'istituzione del *trust* e il trasferimento dei beni avvengono in un unico atto, l'imposta di registro in misura fissa si applica una sola volta.

La trascrizione del trasferimento dei beni immobili in oggetto, a parere della scrivente, deve essere fatta rientrare nell'art. 1 della Tariffa, allegata al D.Lgs. 31.10.1990, n. 347, ai sensi del combinato disposto con la disposizione di cui all'art. 1, co. 1, dello stesso decreto, con conseguente applicazione dell'imposta ipotecaria nella misura del 2%, eccetto per l'immobile di interesse storico-artistico soggetto alla Legge n. 1089/1939, relativamente al quale l'imposta si applica in misura fissa, ai sensi della Nota all'art. 1 della succitata Tariffa.

La voltura catastale degli immobili è soggetta all'imposta catastale nella misura ordinaria del 10 per mille sul loro valore, ai sensi dell'art. 10, co. 1, del D.Lgs. 31.10.1990, n. 347, eccetto la voltura dell'immobile di interesse storico-artistico, per la quale anche l'imposta catastale è dovuta nella stessa misura fissa, ai sensi del secondo comma dell'art. 10 del D.Lgs. n. 347/1990.

Il Capo Ufficio  
Dr.ssa Annemarie Zonin

## Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario: variazioni

di **Maurizio Lupoi**

**L'atto istitutivo di un trust che ha costituito oggetto di una recente pronuncia del Tribunale di Crotone è stato modificato, per quanto è stato possibile, al fine di tener conto di alcuni rilievi mossi dal giudice.**

**Ciò che mostra, da un lato, lo sforzo tecnico necessario nell'approccio alla materia del diritto dei trust, e, dall'altro lato, le difficoltà di un procedimento di modificazione e di adattamento dello specifico atto istitutivo di trust.**

L'atto istitutivo del trust per la gestione di un gruppo societario pubblicato nel n. 2 di quest'anno(1) e da me ivi commentato(2), oggetto di un provvedimento del Tribunale di Crotone in materia di nomina del guardiano(3), è stato modificato in forza dell'atto pubblico qui sotto trascritto.

Ne derivano numerose considerazioni.

In primo luogo, emerge l'opportunità di prevedere sempre la modificabilità dell'atto istitutivo. Il redattore dell'atto in questione non l'aveva prevista in via generale, ma lo aveva fatto per specifiche disposizioni. Una riguarda i beneficiari: il disponente aveva il potere di modificarli e di questo potere si è ora avvalso per rimuovere la moglie e, aspetto assai più importante, per escludere di potere in futuro nominare se stesso, dato che egli ha rinunciato al "diritto" di nomina e revoca dei beneficiari.

La rinuncia a un potere fiduciario solleva parecchie difficoltà nel diritto dei trust(4), ma il potere in questione era certamente un potere personale e il disponente ha quindi potuto legittimamente ad esso rinunciare.

In secondo luogo, il disponente ha modificato la durata del trust. Anche questo era un potere che egli si era riservato e che ha ora esercitato, portando il termine finale da tre anni a sei. L'atto istitutivo consentiva "eventuali proroghe" ed è quindi da ritenere che questo potere non si sia esaurito in conseguenza del suo esercizio e possa essere nuovamente esercita-

to in futuro. Piuttosto, è lo stesso potere che è di dubbia validità, perché esso impinge direttamente sulle posizioni beneficiarie. Oltre tutto, il trust in questione è retto dal diritto inglese(5), e le due figlie beneficiarie raggiungeranno la maggiore età nell'agosto di quest'anno. Come si sa, il termine finale di durata non è opponibile ai beneficiari maggiorenni, titolari di una posizione beneficiaria quesita(6). Se si raffrontano l'atto istitutivo in questione e l'atto pubblicato nelle pagine immediatamente precedenti(7) si nota immediatamente che quest'ultimo prevede che la stessa determinazione del numero delle quote nelle quali ripartire il fondo in trust dipenda dal numero delle figlie in vita ovvero delle figlie defunte lasciando una discendenza, così che, per esempio, se al termine della durata del trust sia in vita una sola figlia e l'altra sia defunta senza discendenti, l'intero fondo spetta alla figlia vivente e non agli eredi della figlia defunta. Nell'atto istitutivo del trust ora modificato, invece, i beneficiari sono definitivamente individuati (per coincidenza, si tratta anche in questo caso di due figlie) e la morte di una non ha effetti sulle spettanze dell'altra. Se anche il potere di prorogare la durata del trust fosse validamente attribuito, dubbio che esso possa essere nuovamente esercitato sen-

**Maurizio Lupoi** - Professore ordinario dell'Università di Genova

### Note:

(1) Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - II, in questa Rivista, 2009, 227.

(2) M. Lupoi, Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti, in questa Rivista, 2009, 133.

(3) Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37.

(4) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, § 59.

(5) Nelle premesse dell'atto istitutivo è uno svarione, in quanto si fa riferimento alla legge del Regno Unito che, come si sa, non esiste; per fortuna, la clausola dispositiva richiama il diritto inglese.

(6) Istituzioni [*supra*, nota 4], § 44.

(7) Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario - I, in questa Rivista, 2009, 221.

za il consenso delle figlie beneficiarie. A ben vedere, però, il punto non è questo. Se, prima della modificazione, i beneficiari erano titolari di posizioni quesite, sebbene soggette a venire meno per deliberazione del disponente (come è ora accaduto)(8), ora esse sono titolari di posizione beneficiarie inattuabili e quindi, al compimento della loro maggiore età, esse potranno pretendere che il trustee consegni loro il fondo in trust e comunque che lo tenga a loro disposizione. Avevo indicato, nel mio commento, il pericolo che le partecipazioni azionarie segregate nel trust finiscano ai mariti delle figlie del disponente; in realtà, il pericolo è ancora maggiore perché il trust, secondo il diritto inglese, muta radicalmente la propria configurazione nell'agosto di quest'anno.

In terzo luogo, il disponente ha modificato la clausola sulla nomina del nuovo guardiano, che il Tribunale di Crotone aveva ritenuto essere nulla perché limitava il potere di scelta del Presidente del Tribunale ai soli due nomi che il disponente avesse proposto(9). Ora il Presidente può nominare chi ritiene, ma singolarmente il disponente non si fida e prescrive che il Presidente scelga fra "soggetti aventi caratteristiche di provata esperienza e professionalità, con riconosciute doti di integrità morali e di indipendenza"; come se il Presidente potesse nominare persone inesperte e non professionali, immorali e dipendenti (da chi?). O forse per aprire la strada a un reclamo avverso l'eventuale decreto di nomina del guardiano?

Mi chiedo se sia valida la modificazione dell'atto istitutivo per quanto riguarda il procedimento di nomina del guardiano. La prassi dei trust interni è nel senso di rimettere la nomina a un organo non giudiziario, usualmente il Presidente del Consiglio notarile; si sarebbe potuto cogliere l'occasione per uniformarsi a questa prassi che fino ad oggi ha funzionato bene. Ma il punto è la validità. Il disponente era di fronte a una clausola che il Tribunale, sia pure senza l'efficacia del giudicato, aveva dichiarato nulla. Era realmente necessario rimpiazzarla? Penso si possa convenire che un Tribunale ha i poteri che la legge gli assegna e non quelli che una parte gli attribuisce; non è un caso che la clausola ordinariamente impiegata in materia di volontaria giurisdizione attinente i trust indichi una autorità giudiziaria italiana, ma prosegue: "qualora essa declini di provvedere" e prevede di rivolgersi "alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust"(10). Esiste, tuttavia, una precisa tendenza giurisprudenziale nel senso di esercitare nella Repubblica i poteri dei giudici stranieri; essa ha

un fondamento nella considerazione in forza della quale il "riconoscimento" dei trust sottoposti a una legge straniera sarebbe parziale se la legge straniera fosse unicamente quella sostanziale e non includesse le disposizioni relative ai poteri del giudice. I trust vivono, negli ordinamenti stranieri, sotto l'egida giurisdizionale; un trustee può sempre rivolgersi al giudice per ottenerne direttive e, in casi particolari, per consegnargli i propri poteri affinché il giudice li eserciti in luogo del trustee(11).

E allora: o il giudice italiano ha gli stessi poteri di quello straniero quale conseguenza del "riconoscimento" del trust e non occorre alcuna disposizione negoziale; o non li ha e la disposizione negoziale non può attribuirglieli.

Traiamo qualche conclusione.

Il disponente ha fatto quello che ha potuto (e forse di più di quanto poteva legittimamente fare). Egli ha determinato una durata meno assurda di quella precedente e, sopra tutto, ha escluso di potere recuperare le partecipazioni in trust nominandosene beneficiario. Di questo è giusto dargli atto, così come di una fra le premesse che ha incluso nell'atto modificativo: "il Disponente intende, con il presente atto, apportare alcune modifiche all'atto istitutivo del ripetuto "Trust"; intendendo, tra l'altro inderogabilmente ed inequivocabilmente chiarire e ribadire sia l'assoluta irrevocabilità del "Trust" sia la più ampia garanzia di indipendenza del "Trustee" e dei poteri dello stesso, che sono (e dovranno essere intesi) espressamente connotati da piena ed incondizionata discrezionalità". Neanche questo poteva scrivere, perché il trust è per i beneficiari, non per il disponente. Varrà, quanto meno, come una lettera di desiderio e per mostrare quanto difficile sia avvicinarsi al diritto dei trust senza l'opportuna preparazione, tanto culturale (mi riferisco al disponente) che tecnica (mi riferisco ai consulenti).

#### Note:

(8) È la nozione di "determinable interest": v. le Istituzioni [supra, nota 4], § 103.

(9) V. supra, nota 3. Il Tribunale non aveva provveduto alla nomina del nuovo guardiano anche perché aveva ritenuto che tale nomina non rientrasse fra le proprie attribuzioni; tuttavia, aveva lasciato una porta aperta per il caso che risulti che il diritto inglese consenta al giudice inglese di nominare il guardiano.

(10) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust con un formulario, Milano, 2005, 234.

(11) Istituzioni [supra, nota 4], § 142.

ATTO MODIFICATIVO  
DEL "TRUST R. V."

Repubblica italiana

Addì cinque novembre duemilaotto, in Crotone e nel mio studio alla via Vittorio Veneto, 50.

Davanti a me dott. GIULIO CAPOCASALE, Notaio in Crotone, iscritto nel ruolo dei Distretti Notarili di Catanzaro, Crotone, Lamezia Terme e Vibo Valentia;

si è costituito

V.R., nato a ... il ..., ivi residente, via ... n. ..., codice fiscale ...;

(nell'ambito del presente atto individuato come "Disponente").

Della identità personale di esso costituito io Notaio sono certo.

Il medesimo costituito

premette che

- con atto a mio rogito del 7 agosto 2008, n. ... di rep., registrato a Crotone il 7 agosto 2008 al n. ... serie IT, il costituito V.R., quale "Disponente", ha istituito un "Trust" denominato "Trust R. V.", con sede in ...;

- con atto a mio rogito del 18 agosto 2008, n. ... di rep., registrato a Crotone il 19 agosto 2008 al n. ... serie IT, è stato nominato "Trustee" del predetto "Trust R. V." il dott. T. F., nato a ... il ..., ivi residente, via ... n. ... (codice fiscale ...);

- il "Disponente" V. R. intende, con il presente atto, apportare alcune modifiche all'atto istitutivo del ripetuto "Trust"; intendendo, tra l'altro, inderogabilmente ed inequivocabilmente chiarire e ribadire sia l'assoluta irrevocabilità del "Trust" sia la più ampia garanzia di indipendenza del "Trustee" e dei poteri dello stesso, che sono (e dovranno essere intesi) espressamente connotati da piena ed incondizionata discrezionalità.

Ciò premesso, che forma parte integrante e sostanziale, il "Disponente" V. R., con il presente atto mi dichiara di voler così modificare alcune norme dell'atto istitutivo del ripetuto "Trust":

• Il "Disponente" utilizzando la riserva in suo favore prevista dalle norme istitutive del "Trust" di che trattasi e di cui al mio citato rogito, dichiara di revocare quale beneficiaria del "Trust" stesso la propria moglie C. P., nata a ... il ...; intendendo così prevedere che uniche beneficia-

rie del "Trust" siano le figlie V. L. e V. V. entrambe nate a ... il ....

Ciò posto, il "Disponente" stesso rinuncia, d'ora in poi, espressamente ed irrevocabilmente ad ogni e qualsiasi diritto di nomina e revoca dei beneficiari del "Trust";

• L'istituto del "Trust" avrà una durata di anni 6 (sei) a far tempo dalla data dell'atto istitutivo dello stesso;

• In caso di morte del Protector o di sua non accettazione o di rinuncia all'incarico o di impossibilità ad adempiere allo stesso incarico, riconosciuta e comprovata, il Protector sarà nominato, su istanza di chiunque ne abbia interesse, dal Presidente del Tribunale di Crotone, in sua piena discrezionalità, tra soggetti aventi caratteristiche di provata esperienza e professionalità, con riconosciute doti di integrità morali e di indipendenza, che possano garantire il controllo sull'amministrazione del "Trust", secondo gli scopi e le caratteristiche proprie dell'Istituto così come regolati dalla normativa di riferimento e dalle disposizioni dell'atto istitutivo del "Trust".

Restano conseguentemente modificate le norme dell'atto di istituzione del "Trust R. V.", citato in premessa, in contrasto con quanto sopra indicato; mentre restano in vigore tutte le altre norme con questo atto non modificate.

Del che il presente atto, scritto da persona di mia fiducia su due pagine e parte della terza di questo foglio; da me Notaio letto, al comparente che lo ha approvato essendo le ore diciannove.