

SAGGI

Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario di Maurizio Lupoi	469
Trust e fallimento di Enrico Scoditti	472
I trust interni e gli interessi della collettività: le funzioni sociali del trust di Gian Franco Condò	478
Rilevanza dell'atto di destinazione nel trust con riguardo alle imposte sulle successioni e donazioni. Profili civilistici e fiscali di Vincenzo Farina	484
Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa di Francesco Tedioli	494
Dimissioni del trustee e nomina di un successore: considerazioni a margine di due recenti decisioni italiane di Paolo Panico	509

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Irrilevanza delle vicende attinenti al mandato nell'esercizio dei diritti sociali da parte di società fiduciaria Italia, Corte di Cassazione, 8 maggio 2009, n. 10590, C.F. c. Delta Erre S.p.a. c. V.A., R.B., Trieste Service S.r.l.	516
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

GIURISPRUDENZA ESTERA

Trust istituito per legge sulle somme percepite in esecuzione di <i>public-works improvement contracts</i> Stati Uniti, Court of Appeals for the Second Circuit, 14 maggio 2010, Interworks Systems Inc., Individually and as Trustee for all Trust Beneficiaries under Article 3-A of the New York Lien Law, United States of America v Merchant Financial Corporation, Colonial Surety Company	522
Proventi derivanti da un'impresa comune e insorgenza di un <i>institutional constructive trust</i> Samoa, Supreme Court of Samoa, 21 maggio 2007, Mackenzie v Richard Kidd Marketing Ltd	530

LEGISLAZIONE ESTERA

New York Lien Law	544
-------------------	-----

PRASSI NEGOZIALE

Trust per la liquidazione di una società: aspetti tributari di Giuseppe Gallizia	555
--------------------------------------------------------------------------------------------	-----

L'Agenzia delle Entrate applica l'imposta fissa di registro sull'apporto di beni in trust di Andrea Ganelli	558
Atto istitutivo di trust con finalità assistenziali	560
Trust Onlus di Amalia Chiara Di Landro	570
Il trust Onlus: una applicazione pratica di Matteo Molinari	575

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
Giulietta Lemmi

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
Ipsosa

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 28 luglio 2010

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 60 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:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a 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).

Note circa la legge sammarinese sull'affidamento fiduciario

di **Maurizio Lupoi**

La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino è la prima risposta civilistica al diritto dei trust e coniuga al suo interno aspetti propri di questo con altri propri della tradizione civilistica e del diritto comune, proponendo uno strumento che si pone in chiave competitiva rispetto al trust.

1. La legge 1° marzo 2010, n. 43, della Repubblica di San Marino⁽¹⁾ sull'affidamento fiduciario è la prima risposta civilistica ai trust, nel senso che è la prima volta che un ordinamento di diritto civile si misura pienamente con i trust sul loro stesso terreno in chiave competitiva.

“Affidamento fiduciario” e non “fiducia”, “affidante” e “affidatario” e non “fiduciante” e “fiduciario” mostrano una terminologia strategica per non indurre alcuna commistione con il negozio fiduciario, sterilizzato dalla sua matrice pandettistica e banalizzato nella alternativa fra la c. d. fiducia romanistica e la c. d. fiducia germanistica.

L'ordinamento civile sammarinese appartiene al diritto comune europeo, privo come è di un codice civile e caratterizzato da un quadro delle fonti di produzione che assegna al diritto di origine legislativa un ruolo di eccezione, cosicché il diritto comune mantiene tutto il proprio vigore ovunque il legislatore non abbia provveduto a dettare norme. La legge sull'affidamento fiduciario, in effetti, in alcuni luoghi espressamente deroga dal diritto comune (per esempio, quando esclude la necessità della insinuazione).

2. L'affidamento fiduciario è un contratto, incentrato sul programma destinatorio, convenuto fra affidante e affidatario (art. 1). La nozione di “programma” è centrale nella legge: esso “destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni” (art. 1.1). Si ha così la nozione di “patrimonio affidato” (art. 3), come patrimonio è il

fondo in trust. I beni che costituiscono il patrimonio affidato non sono necessariamente trasferiti all'affidatario dall'affidante, perché possono essere trasferiti all'affidatario da un terzo o vincolati dall'affidatario (art. 1.2): si ripropone così la medesima tipologia della costituzione e dell'incremento del fondo in trust. I beni possono essere anche futuri, come per esempio, nei trust di garanzia o di progetto.

Può sembrare singolare la disposizione in forza della quale il contratto di affidamento fiduciario non è soggetto a risoluzione, salvo il caso di impossibilità sopravvenuta (art. 1.5), ma questo è precisamente il quadro dei trust, non solo in quanto negozi unilaterali, ma anche perché essi conoscono il meccanismo della sostituzione del trustee. Questo è un dato la cui importanza non deve sfuggire e non è infatti sfuggita al legislatore sammarinese, il quale ha posto in primo piano l'attuazione del programma destinatorio: questo ha comportato di escludere la risoluzione per inadempienza, che ovviamente porrebbe nel nulla il programma destinatorio, e di assicurare la continuazione del contratto per mezzo di diversi affidatari in luogo di quello che non ha ben meritato.

Qui la legge segue, come in altri punti qualificanti, le proposte che l'autore di queste note aveva formulato due anni prima⁽²⁾ e che facevano leva sulla sostituzione della parte contrattuale o per iniziativa della stessa (art. 6.4: è l'equivalente della rinuncia o dimissioni del trustee) o per iniziativa dell'affidante o di altro soggetto dall'affidante all'uopo designato e, onde assicurare l'efficienza dei meccanismi, sulla nozione di “autorizzazione”, contrattualmente consentita, in forza della quale un soggetto diverso dall'affidatario compie atti con effetti reali sul patrimonio affidato (art. 5).

Maurizio Lupoi – Professore ordinario dell'Università di Genova.

Note:

(1) Il testo della legge è stato pubblicato in questa Rivista, 2010, 304.

(2) Istituzioni dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, parte II.

Il complessivo effetto di queste disposizioni è il medesimo, ma con riferimenti concettuali di diritto civile, che si verifica nel diritto dei trust in caso di dimissioni o revoca o morte o incapacità del trustee: il rapporto giuridico passa in capo a un altro soggetto e il patrimonio affidato segue la medesima sorte. Per vero, le disposizioni sammarinesi sono più efficienti perché consentono il passaggio del patrimonio affidato anche senza il concorso della volontà dell'affidatario o dei suoi eredi e senza necessità di provvedimento giudiziale.

3. Essersi collocati nel contesto contrattuale ha consentito di prevedere la possibile presenza dei beneficiari quali parti del contratto (art. 1.1), il che nel diritto dei trust non è possibile, e ha reso necessario disporre che la posizione giuridica dell'affidante non cade nella sua successione, a meno che il contratto lo preveda (art. 2). Nel diritto dei trust ovviamente non esiste una posizione giuridica del disponente né esistono diritti del disponente (a meno che egli sia un beneficiario) verso il trustee; dovendo fare i conti con il fatto che l'affidante è invece la controparte contrattuale del trustee, è sembrato necessario rendere questa posizione a lui personale, con la conseguenza che essa non cade in successione, a meno che il contratto lo preveda. I poteri che il contratto attribuisca all'affidante verso l'affidatario per la realizzazione del programma destinatorio passano invece ai soggetti che l'affidante abbia designato (e che, con una certa approssimazione, possono essere parificati ai guardiani nel diritto dei trust). Si tratta essenzialmente dei poteri sopra richiamati e della autorizzazione che ad essi accede.

La legge, trattando del patrimonio affidato, ne sancisce la segregazione rispetto al patrimonio personale dell'affidatario (art. 3.2) e definisce la fattispecie di più affidatari quale comunione a mani unite col regime dell'accrescimento (art. 3.3), cioè la medesima che si riscontra quando vi siano più trustee.

Circa i beneficiari, la legge segue il diritto dei trust, ma con alcune limitazioni allo scopo di prevenire possibili abusi: così, almeno un beneficiario deve essere indicato nel contratto e, quanto a eventuali altri, il contratto deve determinare almeno il modo della loro individuazione (art. 4.1 e 4.2). Essa, peraltro, può avvenire successivamente, ad opera dell'affidatario o di un terzo, purché avvenga "tra più persone determinate o appartenenti a determinate famiglie o categorie di persone": una espressione che trasparentemente evoca il nostro art. 631, II co., cod.

civ. (art. 4.3). La legge si discosta dal nostro codice civile quando consente che siano beneficiari i discendenti (e non solo i figli) "di una determinata persona vivente al tempo della conclusione del contratto, benché non ancora concepiti" (art. 4.4). L'affidante può essere beneficiario, mentre l'affidatario, come nel diritto dei trust, può essere uno fra i beneficiari e quindi non l'unico.

4. Ancora al diritto dei trust, ma con terminologia civilistica, è ispirata la disposizione che obbliga l'affidatario a comportarsi secondo correttezza e buona fede (art. 6.1) e ad agire "quale fiduciario, tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui" (art. 6.2.a), impiegando la diligenza *quam in suis* o, se affidatario professionale, impiegando "la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista" (art. 6.2. b e c).

Delicato è il tema della responsabilità dell'affidatario verso i terzi; in proposito, la legge sammarinese segue, ma estendendola avvedutamente a obbligazioni originate da qualunque fonte, la tendenza della più moderna legislazione sui trust e limita la responsabilità dell'affidatario al solo patrimonio affidato; risponde personalmente, con rivalsa sul patrimonio affidato, quando abbia contratto senza menzionare la propria qualità (art. 9.3).

Connesso è il tema degli atti compiuti dall'affidatario in assenza di potere o in eccesso rispetto ai poteri attribuitigli dal contratto. Qui la legge, non potendosi servire dei meccanismi dell'*equity*, si ispira alle regole attinenti il rappresentante che contrae e quindi obbliga l'affidatario a giustificare i propri poteri e consegnare alla controparte "copia, da lui sottoscritta, delle rilevanti disposizioni del contratto di affidamento fiduciario" (art. 9.1). Di qui l'opponibilità dei limiti dei poteri dell'affidatario ai terzi "che ne hanno avuto conoscenza o li hanno ignorati per propria colpa" (art. 9.2). Questo regime consente di dettare una disciplina assai rigida degli effetti dell'atto compiuto dall'affidatario eccedendo i propri limiti: dichiarato invalido (il diritto sammarinese è attestato su questa categoria generale), esso "comporta l'invalidità dei successivi atti di disposizione dei medesimi beni e di quelli che ad essi sono stati sostituiti senza limite, ma non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede che ignoravano senza colpa la causa di invalidità, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale" (art. 10.2). Non è poco, anche se, come dirò più avanti, è dubbio che questa norma possa avere effetto in Italia.

Trascuro in questa sommaria analisi le disposizioni particolari sugli affidamenti in favore di soggetti deboli (art. 11), sulla tutela dei legittimari (art. 12) e dei creditori dell'affidante (art. 13) e sull'affidamento testamentario (art. 14) per concludere con alcune osservazioni sulla utilizzabilità della legge sammarinese in Italia.

5. È certo che un contratto di affidamento fiduciario possa essere stipulato in Italia fra italiani su beni italiani.

È da valutare se la sottoposizione del contratto alla legge sammarinese si giovi della Convenzione de L'Aja sui trust o della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali, ora sostituita dal regolamento Ce 595 del 2008: è vero che la nostra legge sul diritto internazionale privato (art. 57) dispone che "Le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali resa esecutiva con la L. 18 dicembre 1984, n. 975", ma è anche vero che questa regola è dettata "senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili".

I trust vennero esclusi dall'ambito della Convenzione di Roma perché non derivanti da contratto(3), ma a quel tempo nessuno aveva previsto che si potessero elaborare tipi negoziali di diritto civile che producessero effetti segregativi sostanzialmente eguali a quelli tipici dei trust. Per altro verso, la nozione di trust "amorfo", che a suo tempo proposi con riferimento ai trust oggetto della Convenzione de L'Aja(4), include naturalmente anche le fattispecie contrattuali e fra esse il contratto di affidamento fiduciario, che perfettamente risponde ai requisiti enunciati all'art. 2 della Convenzione de L'Aja. Quest'ultima non si esprime sulla fonte del rapporto giuridico, limitandosi a richiedere che abbia alla propria base un atto di volontà, e ricomprende quindi tanto i rapporti nascenti da negozio unilaterale quanto quelli nascenti da negozio bilaterale. In conclusione, riterrei che sia alla Convenzione de L'Aja che occorra guardare per il "riconoscimento" di un contratto di affidamento fiduciario sottoposto a una legge straniera, nella specie la legge di San Marino.

Gli effetti segregativi del contratto di affidamento fiduciario non hanno necessità di supporto normativo perché essi sono perfettamente inquadrabili nelle norme del diritto italiano; vi sarà chi ne dubita e allora anche per questo motivi sarà conveniente invocare la Convenzione de L'Aja, che all'art. 11

espressamente impone la realizzazione dell'effetto segregativo.

La Convenzione de L'Aja non può regolare le vicende circolatorie dei beni in Italia e espressamente lo ammette nel medesimo art. 11 quando, nell'ultimo sottocomma, dispone che "i diritti ed obblighi di un terzo possessore dei beni sono disciplinati dalla legge applicabile in base alle norme di conflitto del foro"; ora, le norme di conflitto del foro designeranno la legge italiana tanto per i trust interni che per i contratti di affidamento fiduciario sottoposti alla legge sammarinese, quando il patrimonio affidato si trovi in Italia. Questo rende non applicabili in Italia le disposizioni sopra richiamate circa gli effetti verso i terzi acquirenti degli atti del trustee in eccesso di potere, a meno che alle medesime regole si giunga in applicazione del diritto italiano (e non lo ritengo impossibile). Certamente non è da noi applicabile la disposizione processuale, che trova un antecedente nel progetto di legge Tabacci sull'affidamento fiduciario(5), sulla ammissibilità della prova testimoniale "di dichiarazioni o accordi verbali successivi alla conclusione del contratto" (art. 17). La norma è funzionale alla natura fiduciaria del rapporto e, anche in questo caso, si colloca vicino alle regole processuali applicabili all'estero nelle controversie relative a trust.

Note:

(3) Art. 1.2.g., ora art. 1.2.h. del regolamento Ce 593/2008.

(4) M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, cap. VI.

(5) Atti Camera, XIV legislatura, proposta di legge n. 6320, art. 15, in questa Rivista, 2007, 285.

Trust e fallimento

di Enrico Scoditti

Mediante il trust possono essere realizzati nelle procedure concorsuali obiettivi che il diritto fallimentare non consente di perseguire agevolmente. Si tratta soprattutto delle questioni poste dall'attivo residuo nel fallimento, relativo in particolare ai crediti, e dell'esigenza di garantire la sottoposizione al concordato preventivo dei beni offerti dal terzo. Ma il trust è strumento utilizzabile anche in altre direzioni.

■ Premessa

Come è stato affermato in un recente provvedimento giudiziario, l'istituto del trust ha avuto "una entusiastica applicazione" in sede concorsuale(1). Le applicazioni più rilevanti sono state quelle del conferimento in trust delle attività residue nel fallimento e quelle del conferimento in trust di beni in occasione dell'ammissione di un concordato preventivo. Questa "entusiastica applicazione" in materia concorsuale ha una spiegazione. L'attività giudiziaria in materia concorsuale, pur con una accentuazione dopo la riforma della disciplina sul fallimento della funzione di terzietà e giurisdizionale del giudice delegato, resta solidale agli obiettivi della procedura, e dunque è un'attività di risultato in senso lato. Si punta, nel rispetto delle regole del diritto, alla liquidazione dei beni del soggetto insolvente, o alla risoluzione mediante concordato della crisi d'impresa, risultati cui il giudice delegato è solidale.

L'utilizzo del trust mira a raggiungere degli obiettivi, dal punto di vista della attività liquidatoria o della risoluzione della crisi di impresa, che, applicando il diritto comune, non sembrano conseguibili, quanto meno agevolmente. Si ha davanti uno scopo: non potendosi arrivare con gli strumenti ordinari, si fa ricorso al trust. Questo tipo di atteggiamento, e cioè l'utilizzazione del diritto per il conseguimento di determinati risultati pratici, è in realtà estraneo alla mentalità dell'Europa continentale, e richiama stili ed approcci più consoni ad una cultura di tipo anglosassone, nella quale non a caso è sorto il trust.

Nella nostra tradizione europeo-continentale le regole per gli attori sono il parametro di condotta, rispetto alle quali, secondo una logica binaria, la condotta può essere di obbedienza o disobbedienza. Secondo il linguaggio della teoria sociale si tratta dell'agire conforme alla razionalità parametrica. Da un certo comportamento conseguono per la norma determinati effetti giuridici. Secondo invece l'altro modello, particolarmente esaminato negli studi su diritto e globalizzazione, il rapporto fra regole e attori è espressione della c. d. razionalità strategica. Le regole non sono il parametro di condotta da osservare o meno, ma strumenti che ricadono nelle scelte strategiche degli attori, e che si modificano evolutivamente in rapporto all'interazione delle attività decisionali degli stessi attori. Le norme non sono il parametro di condotta, ma il mezzo per ottenere determinati risultati(2).

Per tornare a noi, possiamo definire il rapporto fra operatori e trust in materia di procedure concorsuali come informato ad una razionalità di tipo strategico, ma con i limiti previsti dalla convenzione adottata a L'Aja il 1° luglio 1985 e ratificata dallo Stato italiano con la l. 16 ottobre 1989, n. 364. In primo luogo, le disposizioni inderogabili previste dalle regole di conflitto del foro in una serie di materie, fra cui "la protezione di creditori in casi di insolvenza" (art. 15), ed è significativo, ai fini di quanto si diceva prima a proposito di uso strategico delle norme, che l'art. 15 preveda che qualora le suddette disposizioni siano di ostacolo al riconoscimento del trust, "il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici".

Vi sono poi i limiti di cui agli artt. 16 e 18 (che richiama l'ordine pubblico), ed infine quella vera e

Enrico Scoditti – *Giudice del Tribunale di Bari.*

Il testo riproduce la relazione presentata al Convegno "Le applicazioni del trust in Italia. Aspetti fiscali e processuali", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Bari 14 e 15 maggio 2010.

Note:

(1) Trib. Milano, 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533.

(2) M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 30.

propria “norma di chiusura della convenzione” rappresentata dall’art. 13(3).

Lungi dall’essere l’ostacolo alla configurabilità del trust domestico per l’ordinamento italiano, l’art. 13, secondo l’interpretazione ormai prevalente, opera dove il trust resista all’applicazione delle norme di cui agli artt. 15, 16 e 18, e si tratti di un’operazione ripugnante per l’ordinamento, con caratteri fraudolenti. Nella giurisprudenza di merito si fa riferimento a questo proposito alla nozione di “causa concreta”(4), e si tratta di richiamo pertinente, se si pensa che la nozione di causa è ormai letta dalla Corte di Cassazione per l’appunto in termini di causa concreta (da quando è stata riconosciuta da Cass. 8 maggio 2006, n. 10490(5), si tratta di nozione ormai richiamata anche in recenti pronunce delle Sezioni Unite). Le applicazioni del trust al fallimento vanno dunque lette in questa chiave: uso strategico fino al limite di compatibilità con il sistema del diritto fallimentare.

■ Conferimento in trust di attivo residuo nel fallimento, in particolare crediti

Il primo settore in cui il trust ha ricevuto applicazione in materia di procedure concorsuali è quello del conferimento in trust delle attività residue nel fallimento(6). Per i crediti commerciali verso clienti, il cui recupero appare improbabile, e soprattutto per i crediti fiscali (crediti per l’IVA versata in eccedenza ed in genere per i crediti fiscali esigibili dopo la chiusura del fallimento, come le ritenute d’acconto sugli interessi maturati sui depositi bancari, quando il curatore presenta la dichiarazione finale e la correlata domanda di rimborso) è stata autorizzata dalla giurisprudenza l’istituzione di un trust, con nomina del curatore a guardiano del trust, prevedendosi la distribuzione dei crediti da riscuotere fra i creditori concorsuali (beneficiari del trust, e titolari di un diritto azionabile in giudizio) secondo le disposizioni del riparto reso esecutivo dal giudice delegato.

La segregazione, opponibile ai terzi mediante una serie di strumenti di pubblicità (istituzione del trust a mezzo di atto pubblico, comunicazione al debitore ceduto del costituito vincolo di destinazione, deposito delle somme su conto corrente bancario ove i versamenti conseguenti all’esazione devono essere annotati), sottrae i crediti alle pretese avanzate dai creditori particolari del trustee.

Nell’ambito dell’autorizzazione al curatore ad istituire un trust cui conferire i crediti fiscali, è stato aggiunto anche il conferimento delle somme destinate ai creditori irreperibili(7), con il mandato di versarle ai creditori concorsuali rimasti insoddisfatti decorsi cinque anni, coerentemente al disposto dell’art. 117 comma quarto L. 16 marzo 1942, n. 267, c.d. “l. fall.”, ed è stato anche autorizzato, da un provvedimento, il trasferimento di una somma di denaro ad un trustee nell’ambito di un trust istituito al fine di poter chiudere una procedura fallimentare nonostante la pendenza di un’azione revocatoria ordinaria(8).

L’alternativa all’istituzione del trust dovrebbe essere, in questi casi, la cessione dei crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, ormai contemplata dall’art. 106 l. fall., oppure la stipulazione da parte del curatore di contratti di mandato per la riscossione dei crediti. Un primo vantaggio che si ravvisa nel trust risiede nel fatto che, si osserva, il conferimento dei crediti ad un trustee non richiede il rilascio da parte del fallimento cedente della garanzia dell’esistenza del credito al tempo della cessione (art. 1266 cod. civ.). In realtà (la questione meriterebbe un ulteriore approfondimento), è dubbio che tale garanzia possa configurarsi in presenza di una cessione forzata. A parte il fatto che può essere esclusa per patto, e dunque non sembra costituire un tratto indefettibile dell’istituto, va evidenziato che la liquidazione forzata è caratterizzata da un principio di tendenziale esaurimento del rapporto (con i limiti dell’*aliud pro alio* o dell’applicazione dell’art. 1489 cod. civ.) che non sembra compatibile con l’instaurazione di obbligazioni quali la garanzia dell’esistenza del credito (si consideri inoltre che possono essere ceduti in base all’art. 106 anche crediti oggetto di contestazione: chi acquista un credito controverso assume il rischio della soccombenza nella lite, e dunque non può pretendere la garanzia dell’esistenza).

Note:

(3) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67.

(4) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425.

(5) Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, Giust. civ., 2007, I, 1985.

(6) Trib. Roma, 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411; Fallimento, 2004, 101; Trib. Sulmona, circolare 21 aprile 2004, ivi, 2005, 471; Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in questa Rivista, 2008, 290.

(7) Trib. Roma, 11 marzo 2009, in questa Rivista, 2009, 541.

(8) Trib. Firenze, 26 ottobre 2006, in questa Rivista, 2007, 418.

La cessione dei crediti nell'ambito della procedura concorsuale ha, dunque, caratteristiche non del tutto riconducibili alla disciplina comune del codice civile. Circa i mandati all'incasso si dice che il vantaggio del trust è la segregazione, mentre il mandato non realizza alcuna separazione patrimoniale: l'affermazione non è corretta perché il mandante conserva la titolarità del credito, ed è solo conferita al mandatario la legittimazione alla riscossione del credito.

In realtà, i vantaggi del trust sono altri. Il trust, in primo luogo, a differenza della cessione, consente la liquidazione del credito al suo valore nominale. In secondo luogo, con riferimento al credito fiscale, mentre nel caso della cessione l'amministrazione finanziaria, dopo la chiusura del fallimento, potrebbe eccipire al cessionario la compensazione con i propri crediti concorsuali rimasti insoddisfatti in sede di riparto(9), nel caso del trust il vincolo di destinazione delle risorse alla massa dei creditori, con la conseguente segregazione dell'attivo, sottrae il credito fiscale alla detta compensazione.

Quali sono le osservazioni critiche che si fanno al conferimento in trust dei crediti? Si evidenzia un'incompatibilità con lo stesso sistema del diritto fallimentare. Si dice, in particolare, che la riscossione dei crediti, sia pure mediante trust, è attività di liquidazione, e non di riparto, e dovrebbe, quindi, essere riservata al curatore. Si chiude il fallimento per compimento della ripartizione finale dell'attivo, ma in realtà l'attivo fallimentare permane, perché pagamento è l'assegnazione del credito al creditore, non il conferimento in trust per la sua liquidazione. Ma soprattutto, si aggiunge, si realizza un surrettizio mantenimento della segregazione fallimentare, nonostante la chiusura del fallimento, violando la sfera giuridica del fallito tornato *in bonis*. Dopo la chiusura del fallimento la legittimazione alla riscossione spetterebbe, infatti, all'ex fallito ai sensi dell'art. 120 l. fall., nel cui patrimonio vanno ormai i crediti non riscossi.

La sottrazione di attività alla garanzia patrimoniale del fallito ormai rientrato *in bonis* rappresenta, poi, un pregiudizio per i creditori extra-concorsuali e per quelli post-concorsuali, con vantaggio solo di quelli concorrenti.

Il principio affermato dall'art. 122 l. fall., a proposito della riapertura del fallimento, è che sul nuovo attivo concorrono sia i vecchi che i nuovi creditori. Discenderebbe da qui il contrasto del trust con le disposizioni inderogabili sulla "protezione di creditori

in casi di insolvenza" richiamate dall'art. 15 della Convenzione de L'Aja.

Tutto questo giustificerebbe la revocabilità del conferimento in trust da parte del fallito tornato *in bonis* per giusta causa, in applicazione analogica dell'art. 1723 cod. civ., sulla base della violazione evidenziata. Ultimi argomenti critici sono che resta poi indefinito il modo di risoluzione delle controversie in sede distributiva, e che non si comprende a chi compete autorizzare una transazione, a parte la mancata menzione nell'art. 106 l. fall. del trust(10).

A favore del trust si afferma che accertamento dei crediti, acquisizione dell'attivo e criteri di riparto restano di competenza dell'ufficio fallimentare: trattandosi di somme non disponibili al momento della chiusura si ha solo un differimento dell'esecuzione del riparto. L'operazione, cioè, non ha carattere dispositivo, ma conservativo delle attuali risorse della massa, e, dunque, non c'è lesione dei creditori post-concorsuali (mentre quanto a quelli extra-concorsuali era onere loro insinuarsi, se non l'hanno fatto ne sopportano le conseguenze sfavorevoli)(11).

A questa replica della dottrina favorevole al trust, e senza entrare nel dettaglio dei rilievi critici, vanno aggiunti due ulteriori profili. Il problema non è quello dell'elusione della norma di cui all'art. 122 l. fall. sul concorso dei vecchi e nuovi creditori, ma è che intanto il concorso dei nuovi si realizza in quanto non vi sia l'effetto di segregazione derivante dal trust. Come nulla impedisce al debitore mediante il trust di segregare taluni beni per il soddisfacimento dell'attuale massa dei creditori (come si vedrà più avanti), così nulla impedisce al curatore, in luogo del debitore fallito, e su autorizzazione del giudice delegato, di segregare, sempre mediante trust, l'attivo residuo in favore dei creditori concorsuali.

Infine, è pur vero che l'art. 106 l. fall. a proposito dei crediti contempla la cessione ed il mandato all'incasso, ma non il trust, e però soccorre qui la *ratio*

Note:

(9) Cass., Sez. Un. 16 novembre 1999, n. 775, Foro it., 2000, I, 2892.

(10) Per le posizioni critiche sull'uso del trust evidenziate nel testo si veda P. G. Demarchi, "Il trust" postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento, *Giur. merito*, 2008, III, 741; E. Stasi, Sui crediti tributari formati nella procedura fallimentare, *Fallimento*, 2005, 473; P. F. Censoni, Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta, *ivi*, 2004, 1297.

(11) V. Greco, La funzione del trust nel fallimento, *Giur. comm.*, 2005, V, 708; F. Iozzo, Note in tema di trust e fallimento, 2008, I, 206.

dell'istituto: intervenire laddove il sistema normativo è inidoneo a raggiungere determinati risultati.

■ Trust e concordato preventivo

Seconda ipotesi di rilievo, emersa nella giurisprudenza di merito, è quella del conferimento in trust di beni in sede di ammissione di un concordato preventivo, con la nomina del commissario giudiziale quale trustee o quale guardiano del trust, come sarebbe preferibile(12).

L'esigenza del trust si pone perché la proposta di concordato contempla l'offerta di beni da parte di un terzo, e si tratta dunque di assicurare i beni, con uno strumento alternativo alla concessione di una garanzia reale, al soddisfacimento dei creditori concordatari. La dottrina e la più recente giurisprudenza di legittimità ritengono che il divieto di esercizio di azioni esecutive individuali per i creditori per titolo o causa anteriore al decreto di omologazione posto dall'art. 168 primo comma l. fall., dalla data di presentazione del ricorso fino all'omologazione (definitiva) del concordato, riguardi soltanto i beni appartenenti al debitore e non anche i beni offerti dai terzi, i quali resterebbero così sottoposti alle pretese dei creditori personali di costui(13). L'effetto segregativo del trust assicurerebbe tali beni al concordato.

Quanto alla trascrivibilità dell'atto, ormai largamente ammessa in giurisprudenza, la norma di riferimento resta l'art. 12 della Convenzione de L'Aja, che è norma di diritto materiale uniforme. In dottrina è stato affermato che il conferimento in trust aveva il compito, nel regime precedente la riforma, di segregare i beni fino alla sentenza di omologazione, perché avendo il terzo sottoscritto la proposta, beneficiava degli effetti *erga omnes* del giudicato. Per i creditori rimasti estranei al concordato l'unico rimedio a disposizione era l'art. 404 cod. proc. civ. (opposizione di terzo). A seguito della privatizzazione dell'istituto, e l'adozione dell'omologazione mediante un decreto di verifica della legittimità della procedura, gli effetti del giudicato non sarebbero più configurabili, e dunque resta in piedi l'esigenza del trust anche per l'epoca successiva all'omologazione(14).

Prima della riforma del 2007 si era prospettata l'opportunità di ricorrere al trust anche per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis l. fall., posto che per tale istituto non era previsto il blocco delle azioni esecutive sui beni del debitore come per il concordato preventivo(15). Il D.Lgs. 7

settembre 2007, n. 169 ha esteso agli accordi di ristrutturazione il blocco in questione (per sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono intraprendere azioni cautelari ed esecutive sul patrimonio del debitore), sicché non vi è più ragione di ricorrere all'istituto per lo scopo indicato. Si possono tuttavia immaginare altre opportunità in ordine al rapporto fra accordi di ristrutturazione dei debiti e trust. È stata prospettata l'eventualità che il debitore conferisca la propria impresa ad un trustee di fiducia dei creditori che hanno aderito all'accordo di ristrutturazione. I creditori, dato il potere di governo dell'impresa (fino alla stessa sostituzione del trustee), potrebbero così concedere nuova finanza per il rilancio produttivo dell'azienda. Si potrebbe prevedere una massa principale segregata a favore degli aderenti all'accordo, ed una submassa di risulta per i creditori non aderenti(16).

Coloro i quali ritengono che un trust domestico sia inammissibile propongono soluzioni diverse. Secondo alcuni il terzo potrebbe costituire una società *ad hoc* cui conferire i beni immobili, avente ad oggetto l'esecuzione della procedura concorsuale, ed il cui amministratore può essere designato dal Tribunale.

La finalizzazione al concordato dei beni della *newco* può essere garantita dallo strumento del patrimonio destinato ad uno specifico affare ai sensi degli art. 2447 bis ss. cod. civ., mentre gli effetti conservativi dell'art. 168 l. fall. per i beni del terzo potrebbero essere garantiti dalla concessione di un pegno sulle quote o azioni della società-veicolo a favore del debitore ammesso al concordato con diritto di voto(17).

Note:

(12) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Trib. Napoli, 19 novembre 2008, *ivi*, 2009, 636; Banca, borsa, 2010, II, 56.

(13) Cass. 8 luglio 1998, n. 6671, Fallimento, 1999, 406; P. F. Censoni, Commento all'art. 168, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio e coordinato da Fagiani, II, Bologna, 2007, 2421.

(14) G. Lo Cascio, Il concordato preventivo ed il trust, Fallimento, 2007, 250.

(15) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 4].

(16) V. Greco, Trust e accordi di ristrutturazione e di attuazione del piano, in F. Di Marzio (a cura di), *Il correttivo della riforma fallimentare*, Torino, 2008, 212.

(17) F. Fimmanò, Il trust a garanzia del concordato preventivo, Banca, borsa, 2010, II, 92.

Si obietta a tale soluzione che la liquidazione del patrimonio immobiliare non è riconducibile alla nozione di affare. Posto che l'istituto del patrimonio destinato ai sensi dell'art. 2447 *bis* primo comma lett. a) cod. civ. è stato introdotto dalla riforma del diritto societario con l'obiettivo di favorire lo sviluppo e la competitività delle imprese, l'affare non può che essere conforme a tale finalità, dovendo quindi consistere in un'attività economica intrapresa per realizzare nuova ricchezza ed in cui tutti i beni vengono utilizzati per essere immessi in un unico ciclo produttivo. Alla costituzione di un patrimonio destinato si può eventualmente fare ricorso soltanto nel caso in cui gli immobili del terzo siano stati vincolati allo svolgimento di un'attività idonea a produrre utili, nell'ambito dei quali soddisfare i creditori del debitore proponente il concordato(18).

Una diversa soluzione proposta è quella dell'art. 2645 *ter* cod. civ. (trascrizione di 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), con la creazione di un vincolo destinatario di durata pari a quella del concordato. L'interesse da realizzare sarebbe meritevole di tutela perché il salvataggio dell'impresa in crisi mirerebbe a prevenire la dichiarazione di fallimento, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero in termini di conservazione della produttività del complesso aziendale, ivi compresa la posizione dei lavoratori e lo sviluppo del mercato del lavoro nel settore in cui opera l'impresa(19). Il limite della norma in discorso, rispetto al trust, è però che trattasi di disciplina che riguarda il bene, mentre gli effetti giuridici del trust si estendono all'attività liquidatoria nel suo complesso.

Sia l'atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645 *ter* cod. civ., che il conferimento dei beni da parte del terzo mediante trust, sono comunque impugnabili dai creditori del terzo mediante l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare. Non opera l'esenzione dalla revocatoria prevista dall'art. 67 comma terzo lett. e) l. fall. per gli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo. L'esenzione da azione revocatoria riguarda i creditori dell'imprenditore che si trova in stato di crisi, e che propone la domanda di concordato, ma non tocca i creditori del terzo, i quali restano estranei alla crisi d'impresa, ed il cui interesse alla conservazione della garanzia patrimoniale non può essere pregiudicato da un accordo concluso *inter alios*.

Circa ciò che è revocabile si confrontano posizioni diverse. Secondo alcuni oggetto della revocatoria non può essere l'atto istitutivo del trust che non produce effetti dispositivi, ma l'atto di trasferimento al fiduciario ovvero l'atto con il quale i beni sono posti sotto il controllo dello stesso o ancora l'atto di segregazione nel patrimonio del disponente, nell'interesse del beneficiario e per uno scopo specifico. Secondo altri, bisogna addirittura revocare il negozio con il quale il terzo assume il concordato, essendo tale negozio il vero *eventus damni*(20).

■ Trust liquidatorio antecedente la dichiarazione di fallimento

Con un recente provvedimento (16 giugno 2009) il Tribunale di Milano(21) si è occupato del caso di un trust istituito dall'impresa poi fallita prima della dichiarazione di fallimento. Nella specie era stata invocata, ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ., istanza disattesa dal giudice, la sostituzione del trustee nominato dal fallimento e la conferma di quello originario. Ha affermato il Tribunale che non può ritenersi incompatibile con la disciplina concorsuale, e dunque abusivo ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja, un trust liquidatorio che persegua per conto del disponente *in bonis* finalità di tutela dei creditori quali beneficiari del trust. Il trust dovrebbe avere ad oggetto solo alcuni beni, e potrebbe costituire un patrimonio segregato anche rispetto al successivo fallimento, ove si ritenga applicabile analogicamente l'art. 46 n. 3 l. fall. che sottrae al fallimento il fondo patrimoniale, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria.

L'operazione sembra legittimata anche dalla legge fallimentare, posto che l'art. 78 l. fall. non prevede più lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento del mandante.

Note:

(18) A. Caprioli, Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore, *ibidem*, 104.

(19) A. Caprioli, Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore [*supra*, nota 18], a p. 103.

(20) L. Panzani, Trust e concordato preventivo, *Fallimento*, 2005, 558; A. Caprioli, Assunzione del concordato preventivo da parte di società controllante, costituzione di trust e tutela dei creditori personali dell'assuntore [*supra*, nota 18], a p. 106.

(21) *Supra*, nota 1.

Quello che con il trust non si può fare è la sostituzione, o preclusione, della liquidazione fallimentare, e dunque non potrà il trust avere ad oggetto l'intero patrimonio del fallito. Il curatore in tal caso non potrebbe far altro che chiedere al trustee il rendiconto di gestione. Un fallimento sopravvenuto costituirebbe, dunque, causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust, come per ogni ipotesi negoziale la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento. Incompatibile *ab origine* con il sistema fallimentare è anche il trust che venga disposto nel momento in cui l'impresa era già insolvente: l'atto è illecito dall'inizio, perché, tramite il trust, si intende eludere la disciplina sulla crisi di impresa. Si pensi al caso dell'imprenditore insolvente il quale con un trust auto-dichiarato affidi a se stesso i propri beni, segregandoli e rendendoli non aggredibili con l'esecuzione concorsuale. È inutile spendere parole sull'evidente illiceità dell'operazione.

■ Una fattispecie particolare

Di estremo interesse, soprattutto per comprendere le potenzialità del trust, è un recente caso⁽²²⁾. Nell'occasione Tizio aveva acquistato da Caio un immobile con impegno di pagamento del corrispettivo entro un determinato termine. Successivamente, e prima della scadenza del termine, veniva dichiarato il fallimento di una società in accomandita semplice, e di Caio quale socio accomandatario. Manifestata da Tizio al curatore la volontà di vendere l'immobile al fine di onorare il proprio debito, viene istituito un trust auto-dichiarato con vincolo di destinazione sull'immobile ai sensi dell'art. 2645 *ter* cod. civ. a garanzia del pagamento del prezzo in favore del fallimento. Si prevede, fra l'altro, che l'immobile potrà essere trasferito a terzi, sulla base di un prezzo minimo fissato, e che il prezzo dovrà essere pagato dall'acquirente direttamente al curatore, che dovrà essere presente alla compravendita. L'acquirente che versi il corrispettivo a Tizio in difformità del trust resta obbligato nei confronti del fallimento, cui dovrà versare l'equivalente della somma pagata per il trasferimento e non versata al curatore.

Dunque, l'avente causa che paga al venditore, anziché al curatore fallimentare, paga male e non è liberato dall'obbligazione.

L'interesse della fattispecie risiede nel fatto che tramite il trust auto-dichiarato, e trascritto, non si ha solo l'ordinario effetto di segregazione patrimoniale

nei confronti dei creditori, ma anche diventa opponibile ai terzi il rapporto obbligatorio interno fra Tizio e fallimento, al punto che il terzo acquirente che paga a Tizio, anziché al curatore, non è liberato dall'obbligazione di pagamento del prezzo. La fattispecie non presenta profili di rilievo per ciò che concerne la relazione fra trust e fallimento, ma è assai illuminante sulle potenzialità, per certi versi ancora inesprese, dell'istituto del trust.

Nota:

(22) Trib. Bologna, 2 marzo 2010, in questa Rivista, 2010, 267, con commento di M. Casalini, Trust di scopo a vantaggio di una procedura concorsuale, *ivi*, 359; l'atto istitutivo del trust può leggersi *ivi*, 340 e la nota di trascrizione del vincolo *ivi*, 454.

I trust interni e gli interessi della collettività: le funzioni sociali del trust

di Gian Franco Condò

Il trust interno è uno strumento giuridico che reca in sé, prima e al di là della sua duttilità, caratteri di interesse collettivo e sociale: se è vero che col trust si possono regolare interessi meritevoli che non possono essere tutelati dagli strumenti dell'ordinamento interno, se è vero che l'autonomia contrattuale dell'art. 1322 cod. civ. è un'affermazione della libertà individuale nel campo negoziale, ecco che il trust costituisce uno strumento di tutela della libertà individuale e di sistemazione di interessi socialmente validi, e ha in sé un valore sociale e costituzionale.

La mia relazione potrà apparire troppo legata a principî generali e solo per cenni riferita a materie e casi concreti.

Ma mi sembra utile per sottolineare la rilevanza sociale e la grande duttilità dell'istituto del trust che solo da pochi anni è entrato, pur in mancanza di una normativa nazionale, nell'ordinamento giuridico, nella dottrina, nella prassi e nella giurisprudenza italiani.

La mia relazione è fatta più per spunti che per approfondimenti, impossibili in questa sede.

Per trust interno si intende un trust i cui elementi oggettivi (i beni, la sede) si trovano in Italia e i cui soggetti (disponente, trustee, beneficiari, guardiano) sono cittadini italiani e nel quale l'unico elemento di estraneità è costituito dalla legge regolatrice scelta dal disponente.

Il problema della ammissibilità dei trust interni nel nostro ordinamento, che ha occupato studiosi, giudici, pratici del diritto negli anni immediatamente successivi alla Convenzione de L'Aja (del 10 luglio 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992), è ormai risolto

positivamente, come positivamente è stato risolto il problema della trascrivibilità nei registri immobiliari, nel registro delle imprese, nel P.R.A. degli atti istitutivi di trust che contengono un vincolo auto-dichiarato o un trasferimento di beni al trustee.

Da subito l'associazione "Il trust in Italia" e coloro che, con il professor Maurizio Lupoi e con essa, hanno tenuto corsi, seminari, convegni, redatto atti, ricorsi di volontaria giurisdizione, ricorsi per ottenere la trascrizione, ecc., hanno sottolineato come il trust sia uno strumento estremamente duttile.

Nel corso di questi ultimi anni si è avuta conferma, pratica e teorica, della duttilità del trust che ha trovato applicazione nelle materie societarie, della famiglia, del fallimento, della assistenza ai soggetti deboli (di cui abbiamo parlato l'anno scorso), della successione, delle sistemazioni patrimoniali nel caso di crisi della famiglia, di successione generazionale nell'impresa, con scopi di garanzia, nella tutela e conservazione di beni culturali, ecc.

Il titolo della mia relazione fa riferimento ai concetti di collettività e di sociale.

Per collettività (o comunità) si intende una pluralità di persone considerate come un corpo unitario, caratterizzato da rapporti sociali e da vincoli organizzativi, che persegue fini comuni.

È evidente che per comunità si possono intendere gruppi più o meno ampi di persone identificabili attraverso criteri geografici (comune, provincia, regione, nazione, ecc.), criteri di tipo religioso (appartenenti ad una determinata religione), criteri relativi agli scopi perseguiti (società commerciali, enti morali, associazioni, fondazioni, ecc.), criteri universalistici come quando si parla di diritti fondamentali del-

Gian Franco Condò – Notaio in Lecco.

Il testo riproduce la relazione con modificazioni presentata al Convegno "Trust, viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, fini pubblici e benefici" organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi a Lecco il 25 marzo 2010.

l'uomo e quindi con riferimento all'intera comunità umana.

Per società possiamo intendere l'insieme delle relazioni e dei legami tra individui, una unità demografica o territoriale, il campo dei rapporti interumani, il contesto storicamente determinato dalle varie forze che nella società operano e, in senso universalistico, l'intera comunità umana.

La socialità è un essenziale connotato della tutela della persona come tale e nelle sue esplicazioni di solidarietà; come una garanzia di libertà in una vita socialmente sicura e giusta.

Per soggetto sociale possiamo intendere un soggetto che è portato a vivere con i suoi simili (l'uomo come animale sociale), che vive in una società umana storicamente e culturalmente determinata.

Con lo scopo di sottolineare l'importanza del trust nelle sue varie applicazioni, partirò da alcune norme della Costituzione Italiana e della Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948.

La Costituzione racchiude i principî che regolano i fondamenti di una organizzazione sociale e politica, fissa le condizioni e i modi in cui l'autorità deve essere esercitata e i diritti dei cittadini nei confronti della autorità stessa, stabilisce il fondamentale principio della divisione dei poteri e quello democratico secondo cui i cittadini hanno diritto di concorrere alla formazione della volontà collettiva e alla elezione dei loro rappresentanti.

Accennerò ad alcuni punti fondamentali della nostra Costituzione che utilizzerò poi con riferimento ai trust interni.

Nei primi dodici articoli della Costituzione sono contenuti i "principî fondamentali", tra i quali sono compresi i diritti inviolabili che, secondo la Corte Costituzionale, sono sottratti alla possibilità di revisione.

Taluni di tali diritti inviolabili sono riferiti all'uomo e, quindi, a tutti gli esseri umani in quanto tali; altri sono riferiti ai cittadini in quanto membri dello Stato italiano.

L'articolo 2 prevede che "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua attività, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale".

Emergono subito diritti inviolabili e doveri, emerge l'individuo come singolo e come soggetto sociale, emerge il principio della solidarietà.

L'articolo 3 afferma che "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale".

L'articolo 9 prevede che "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura ... tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della nazione".

La parte I, "Diritti e doveri dei cittadini", titolo I, "Rapporti civili", considera l'individuo come titolare di diritti che discendono dalla sua semplice esistenza.

Il valore della fraternità è stato affermato dalla Rivoluzione Francese in simbiosi con quelli di libertà e uguaglianza; tutti e tre i concetti hanno le loro radici nella dignità umana; un aspetto della fraternità o solidarietà può essere individuato nel principio di sostenibilità, un altro aspetto è quello del diritto internazionale che tende a rispettare, proteggere, realizzare i diritti umani.

Il titolo II, "Rapporti etico – sociali", considera le formazioni sociali e la famiglia "come società naturale fondata sul matrimonio" ordinata sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; tutela la salute (come fondamentale diritto e come interesse della collettività), l'arte e la scienza, la scuola.

Il titolo III, "Rapporti economici", considera l'attività economica sia dal punto di vista individuale, sia dal punto di vista comunitario.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, poi integrata dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 e dai relativi "protocolli", all'articolo 1 recita "Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza".

La dichiarazione afferma, con portata universale, i principî di libertà, eguaglianza, fratellanza o solidarietà.

Sono emersi, negli ultimi anni, nuovi soggetti che si affiancano agli Stati e alle organizzazioni internazionali: soggetti che nascono dalla società civile, che chiedono di partecipare ai processi di sviluppo fin dalla definizione e non solo al momento della realizzazione di essi; soggetti privati in quanto alla organizzazione e alla indipendenza dei pubblici poteri, di rilevanza collettiva e sociale per quanto riguarda gli scopi.

Da segnalare le ONG di cooperazione internazionale.

Da quello che ho fin qui detto emergono alcuni concetti:

– diritti inviolabili dell'uomo;

– diritti – doveri di solidarietà tra cittadini e tra uomini;

– tutela della cultura, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico nazionale;

– tutela della dignità umana;

– tutela della famiglia;

– tutela della salute.

Principi tutti che hanno una rilevanza sociale e collettiva.

La domanda che oggi mi pongo è se si può riconoscere al trust, e al trust interno in particolare, in sé considerato, una funzione di interesse collettivo o di utilità sociale.

Non ho, invece, alcun dubbio sul fatto che la duttilità del trust interno ne consente l'utilizzo per perseguire interessi collettivi, generali, sociali.

Per rispondere alla domanda che mi sono prima posto, mi sembra si possa partire dalla considerazione che storicamente l'istituto del trust in sé considerato lascia intravedere aspetti in senso lato sociali: l'affidamento, la fiducia sono comportamenti (o sentimenti) che implicano un particolare tipo di rapporto tra individui, un tipo di rapporto interpersonale che può toccare interessi particolari ma anche interessi di tipo generale, collettivo o sociale (si pensi, per esempio, ai trust nei quali, all'interesse particolare di tutelare un parente debole, si accompagna l'interesse collettivo a proteggere una determinata categoria di soggetti).

Un punto che potrebbe far riconoscere al trust interno una funzione e una rilevanza di valore collettivo e sociale, è quello della meritevolezza degli interessi che possono essere perseguiti con l'atto istitutivo.

Come insegna Maurizio Lupoi⁽¹⁾ il professionista che dà la sua consulenza in tema di trust interno deve verificare a) se l'obiettivo del cliente può essere soddisfatto con un negozio di diritto italiano; b) se l'interesse perseguito col trust interno è meritevole di tutela secondo l'ordinamento italiano; c) se il rapporto che nasce dal trust si pone in contrasto con norme dell'ordinamento italiano.

a) Se l'obiettivo del cliente può essere perseguito con negozi previsti dall'ordinamento italiano, non è necessario né opportuno ricorrere al trust interno (si pensi ai numerosi casi di segregazione patrimoniale rinvenibili nell'ordinamento italiano – ad esempio, il fondo patrimoniale);

b) il controllo sulla meritevolezza degli interessi tende a verificare se la scelta del trust interno, che

implica l'applicazione di una legge straniera, è giustificata dalla impossibilità di ottenere il medesimo risultato con strumenti dell'ordinamento italiano: se l'interesse è perseguibile con strumenti dell'ordinamento italiano, il trust interno non sarà meritevole e potrà non essere riconosciuto dal giudice.

c) Il contrasto del trust interno con norme imperative dell'ordinamento italiano può portare alla nullità di esso o al mancato riconoscimento da parte del giudice.

La dottrina, anche facendo riferimento a quella già esistente sull'art. 1322 cod. civ., ha prospettato vari criteri di valutazione della meritevolezza, di recente approfonditi con lo studio dell'art. 2645 *ter* cod. civ.

Una posizione identifica la meritevolezza degli interessi con la liceità di essi: meritevoli di tutela sarebbero tutti gli interessi che non contrastino con norme imperative, con l'ordine pubblico, col buon costume. Ma da una simile tesi deriverebbe che anche interessi fatui potrebbero essere considerati meritevoli, purché leciti; sarebbe difficile accettare che simili interessi incidano sui creditori per effetto della segregazione, senza alcuna seria giustificazione.

Gazzoni nega l'identità "meritevolezza degli interessi – liceità" perché un controllo di liceità non sarebbe idoneo a giustificare la prevalenza degli interessi perseguiti su quelli dei creditori; afferma che dove c'è vincolo di destinazione c'è unicità di soggetto sul cui patrimonio il vincolo incide; che per ottenere la separazione patrimoniale al di fuori dei casi previsti dalla legge, si deve dar vita ad un nuovo soggetto.

Falzea ritiene che il requisito della meritevolezza coincida con il giudizio di meritevolezza previsto dall'art. 1322 cod. civ.; la mancata specificazione dello scopo rende l'atto irricevibile; il notaio deve riscontrare che lo scopo rientri nelle categorie indicate dalla legge e che la specificazione enunciata non sia eticamente e socialmente trascurabile o, peggio ancora, eticamente e socialmente riprovevole.

La tesi più convincente, ma anche di più difficile applicazione, sembra essere quella secondo cui la meritevolezza va valutata nella relazione tra gli interessi perseguiti e il contrapposto interesse dei creditori sa-

Nota:

(1) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, p. 4 s.

crificati dalla segregazione patrimoniale: vi sarà meritevolezza quando gli interessi siano tanto validi da prevalere sugli interessi dei creditori.

Muovendo dalla possibilità di utilizzare il trust interno per ottenere risultati non ottenibili con gli strumenti giuridici del nostro ordinamento quando gli interessi perseguiti siano meritevoli di tutela, si può giungere a riconoscere al trust in sé considerato una funzione in senso lato sociale.

I cittadini, ai quali l'ordinamento non offre uno strumento idoneo a perseguire loro interessi meritevoli di tutela, possono ricorrere al trust che viene così a colmare una lacuna normativa.

Per fare un esempio, il fondo patrimoniale previsto evidentemente a tutela della famiglia, non offre la possibilità di destinarvi certi beni e può venir meno per l'annullamento o lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio; esso può trovare un idoneo "sostituto" nel trust che, non soffrendo dei medesimi limiti, può meglio assolvere la funzione sociale attribuita dal legislatore al fondo patrimoniale.

La giurisprudenza si è occupata più volte del tema della meritevolezza degli interessi riferita al trust interno.

Il Tribunale di Velletri, 29 giugno 2005(2), ha ritenuto che "il trust è un negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi degli artt. 1322 e 1324 cod. civ. Pertanto, la sua validità deve essere di volta in volta accertata in concreto secondo le norme dell'ordinamento giuridico italiano".

Il Tribunale di Parma, 3 marzo 2005(3), statuendo in tema di concordato misto (cessione dei beni e impegno al pagamento di una percentuale aggiuntiva rispetto al risultato della liquidazione), ha ritenuto che "il trust assicura margini di certezza nella soddisfazione dei creditori superiori rispetto a quelli tipici della semplice offerta di beni da parte di terzi; [...] assicura una meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura".

Il giudice tavolo del Tribunale di Trento, 20 luglio 2004(4) ha ritenuto che i vincoli derivanti dalla istituzione di un trust trovano la loro fonte "in un legittimo atto di autonomia negoziale del trustee, [...] meritevole di protezione nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 1322 c.c."

Il Tribunale di Bologna, 1° ottobre 2003, n. 4545(5), statuendo sulla ammissibilità nel nostro ordinamento del trust interno, ha ritenuto che "l'istitu-

to del trust e, soprattutto, l'effetto di segregazione nel patrimonio del trustee non contrastano con le norme inderogabili o con i supremi principi dell'ordinamento italiano".

Il Tribunale di Firenze, 2 luglio 2005(6) ha ritenuto che gli atti istitutivi dei trust debbano essere sottoposti ad un attento esame "necessario anche al fine di verificare l'assenza di contrasto con norme inderogabili di legge; l'autonomia privata deve essere rispettata ogni qualvolta [...] legittimamente, cerchi di realizzare un particolare risultato negoziale, anche ricorrendo a tecniche, pure diverse e nuove, maggiormente consone al raggiungimento dello scopo negoziale, in particolare, con riferimento al trust, in relazione ad operazioni economiche non adeguatamente regolabili con il ricorso agli schemi classici alla fiducia del mandato. Occorrerà dunque in concreto valutare l'assenza di contrasto con norme imperative del diritto nazionale oltretutto la meritevolezza dell'interesse perseguito".

Un punto che, ancora, si può segnalare per l'inizio di un discorso sulla utilità sociale del trust in sé considerato, è la vicinanza, per certi aspetti, dell'istituto con la fondazione nella quale può rilevarsi l'aspetto della liberalità e della solidarietà per gli scopi che superano le vite dei fondatori e degli amministratori, il vincolo di un patrimonio a scopi di tutela di interessi collettivi (assistenza, salute, cultura, ambiente, ecc.).

Anche con riferimento ad un particolare tipo di trust di scopo, si può affermare l'utilità sociale del trust in sé considerato.

Nel diritto inglese il trust di scopo, cioè il trust il cui atto istitutivo non designa alcun beneficiario e nel quale il compito affidato al trustee va a vantaggio di una generalità di soggetti senza attribuire ad essi alcun diritto verso il trustee, è nullo.

La nullità deriva dalla mancanza di beneficiari e, quindi, dalla mancanza di un soggetto legittimato ad agire contro il trustee per l'inadempimento dei suoi doveri.

Note:

(2) In questa Rivista, 2005, 577.

(3) In questa Rivista, 2005, 409.

(4) In questa Rivista, 2004, 573.

(5) In questa Rivista, 2004, 67.

(6) In questa Rivista, 2006, 89.

È però valido il trust di scopo qualora rientri nella categoria dei cosiddetti *charitable trust*.

In tale categoria rientrano i trust che hanno come scopo il soccorso ai poveri, il sostegno alla istruzione ed alla religione ed altri scopi indicati nella legge inglese sulle Charities del 2006 (il miglioramento della salute e la tutela della vita, lo sviluppo della comunità, delle arti, della cultura, della scienza, dei diritti umani, la protezione dell'ambiente, la tutela dei soggetti deboli, degli animali, ecc.).

I *charitable trust* sono caratterizzati dall'aver come scopo quello di favorire l'intera società o almeno una parte rilevante di essa, dall'essere oggetto di trattamenti fiscali agevolati, dall'essere soggetti alla vigilanza della pubblica autorità che è legittimata anche ad esercitare l'azione nei confronti del trustee.

Si può allora, se è accettabile quanto ho fin qui esposto, affermare che il trust interno è uno strumento giuridico che reca in sé, prima e al di là della sua duttilità, caratteri di interesse collettivo e sociale: se è vero che col trust si possono regolare interessi meritevoli che non possono essere tutelati dagli strumenti dell'ordinamento interno, se è vero che l'autonomia contrattuale dell'art. 1322 cod. civ. è un'affermazione della libertà individuale nel campo negoziale, ecco che il trust costituisce uno strumento di tutela della libertà individuale e di sistemazione di interessi socialmente validi, quindi ha in sé un valore sociale e costituzionale.

Che il trust sia un istituto estremamente duttile risulta dai casi che vi indico sinteticamente precisando che alcuni di essi saranno più ampiamente esposti nelle relazioni che seguiranno.

– Trust liquidatorio: in un concordato preventivo si può prevedere, a garanzia dei creditori, il conferimento di beni immobili in un trust avente natura liquidatoria (Tribunale di Mondovì, 16 settembre 2005(7)).

Il trust è utilizzato a tutela della categoria dei creditori, tende a meglio sistemare una fase di crisi economica o finanziaria di una impresa.

– Trust e amministratore di sostegno: da diversi provvedimenti(8) emerge la possibilità che una persona alla quale sia stato nominato un amministratore di sostegno possa istituire un trust auto-dichiarato ad esclusivo vantaggio della medesima persona per la durata della sua vita.

Il trust è utilizzato come strumento di protezione di una persona.

– Il giudice tutelare potrà autorizzare l'ammini-

stratore di sostegno di un soggetto debole, contestualmente alla sua nomina, ad istituire un trust in favore dell'amministrato e della famiglia(9).

Il Giudice Tutelare di Genova(10) ha autorizzato un amministratore di sostegno ad istituire un trust nell'interesse dell'amministrato e dei suoi figli.

Il trust completa la protezione offerta con l'amministrazione di sostegno.

– Trust e minori: un minore, orfano dei genitori e sottoposto a tutela, istituisce un trust (il minore è nello stesso tempo disponente e beneficiario); secondo il giudice tutelare di Sassuolo(11), "il trust proposto rappresenta la più efficace soluzione per salvaguardare il patrimonio del minore [...] posto che la segregazione sui beni conferiti in trust e impiegabili a suo esclusivo beneficio evita che gli stessi facciano parte della sua garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.".

Il trust completa la protezione del minore sottoposto a tutela.

– Un caso interessante è quello in cui un soggetto vincoli in trust con dichiarazione unilaterale (trust auto-dichiarato) o trasferisca al trustee un bene sottoposto alla disciplina ed ai vincoli previsti dal codice dei beni culturali e del paesaggio.

Il trust è utilizzato per conseguire uno scopo costituzionalmente tutelato.

Una tesi(12) sostiene che l'auto-dichiarazione o il trasferimento al trustee richiederebbero sì la denuncia ex art. 59 del codice ma non renderebbero possibile la prelazione prevista dall'art. 60 del codice stesso.

L'ufficio legale del Ministero per i beni e le attività culturali(13) ritiene, a me pare esattamente, che di prelazione (e non solo di denuncia) si possa parlare solo se dal vincolo auto-dichiarato o di trasferimento al trustee emerge una causa "non liberale".

Note:

(7) In questa Rivista, 2009, 182.

(8) A. Di Sapio, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo), in questa Rivista, 2009, 364 (I parte); ivi, 480 (II parte).

(9) Trib. Genova, 17 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 531.

(10) G. La Torre, Trust e amministratore di sostegno, in questa Rivista, 2007, 51; Trib. Genova, 14 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 415.

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

(12) N. Canessa, Trust e beni culturali, in questa Rivista, 2008, 90.

(13) In questa Rivista, 2009, 572.

Di sola denuncia si potrà invece parlare quando la “causa” del trustee sia liberale.

Nei casi di trust che abbiano per oggetto un bene culturale si evidenzia un interesse pubblicistico diretto alla tutela del bene secondo la normativa costituzionale, oltre che, ad esempio, un interesse privatistico di conservazione del bene nell’ambito di una famiglia.

– Il Tribunale di Genova, 1° aprile 2008(14) ha ritenuto omologabile l’accordo di separazione consensuale tra coniugi nel quale si prevedeva la istituzione di un trust nel quale beni dei coniugi venivano trasferiti ad un trustee indicando come beneficiari i figli dei coniugi.

Il trust è utilizzato per risolvere un problema attinente alla famiglia.

– Il trust può essere utilizzato(15) per venire incontro alle esigenze dei conviventi poco o punto tutelati nell’ordinamento italiano.

– Il Giudice tavolare di Trieste(16) ha aperto una nuova strada nel diritto pubblico italiano: una fondazione, invece di donare una somma di denaro ad un Comune per l’ampliamento di una scuola, ha istituito un trust che gestisse i beni in trust fino alla conclusione dei lavori, così assicurando con l’intervento di un terzo (il trustee) la piena autonomia della fondazione e del comune.

– Si può vedere il trust come mezzo di controllo, di promozione, di coordinamento di attività locali nel campo della filantropia e della solidarietà.

Dove vi siano persone o imprese disposte a donare risorse ma che non conoscono le forme più opportune o non hanno fiducia in determinati soggetti istituzionali, si può pensare all’istituzione di un trust che raccolga i fondi necessari, li gestisca in modo professionale, controlli che essi vengano destinati agli scopi voluti(17).

Ecco un esempio di trust utilizzato nei confronti della pubblica amministrazione, con la precisazione che il trust potrebbe essere utilizzato in tutti i casi in cui sia opportuno garantire la destinazione di certi fondi a certi scopi così combattendo infiltrazioni mafiose, scorrettezze politiche e amministrative, corruzione, ecc.

Note:

(14) In questa Rivista, 2008, 392.

(15) D. Muritano, Trust e atto di destinazione negli accordi fra conviventi *more uxorio*, in questa Rivista, 2007, 199.

(16) A. Lopez, Il trust come nuovo strumento dell’azione della Pubblica Amministrazione, in questa Rivista, 2006, 176.

(17) V. Bancone, Tecniche di filantropia: il ruolo del trust nel modello delle fondazioni di comunità, in questa Rivista, 2010, 46.

Rilevanza dell'atto di destinazione nel trust con riguardo alle imposte sulle successioni e donazioni. Profili civilistici e fiscali

di Vincenzo Farina

Uno dei terreni su cui si misura la rilevanza e l'utilità di uno strumento giuridico come il trust è proprio quello fiscale. L'approccio all'istituto da parte dell'Agenzia delle Entrate risulta viziato da una visione parcellare che sembra del tutto ignorare l'unicità, pur nella poliedricità, dell'ordinamento giuridico. Pare doverosa, di contro, un'esegesi della normativa fiscale non avulsa da un'adeguata ponderazione della rilevanza civilistica dell'istituto, in particolare sotto un profilo funzionale dell'insorgere e del prodursi degli effetti del vincolo di destinazione, e, per conseguenza, della sua valenza in termini di presupposto impositivo.

■ La rilevanza a fini impositivi dell'atto di destinazione nel trust: il quadro normativo di riferimento e l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate

Come è noto il trust⁽¹⁾, istituto storicamente datato nei paesi anglosassoni, ha avuto giuridico ingresso nel nostro ordinamento a seguito della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento. Il recepimento nell'ordinamento nazionale – intervenuto con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992 – è stato integrale, sicché le previsioni della Convenzione rappresentano il necessitato punto di partenza per qualsivoglia disamina dell'argomento, come si avrà modo meglio precisare in prosieguo⁽²⁾.

A seguito del recepimento del nuovo istituto, l'attenzione del legislatore tributario non è parsa destarsi più di tanto. Parimenti il Ministero competente,

nella sostanza sottovalutando il problema che la nuo-

Vincenzo Farina – Professore associato dell'Università del Salento.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al seminario "Le applicazioni del trust in Italia, aspetti fiscali e processuali, norme deontologiche", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Bari il 14-15 maggio 2010.

Note:

(1) La dottrina civilistica si è occupata sin da subito dell'argomento. Sterminata è la bibliografia; tra gli altri, senza pretese di completezza, dopo l'avvento della normativa in questione: A. Gambaro – A. Giardina – G. Ponzanelli, Convenzione relativa alla legge sui trust e al loro riconoscimento, Nuove leggi civ., 1993, 1211; P. Piccoli, Possibilità operative dei trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la convenzione de L'Aja, Riv. not., 1995, I, 37; R. Lenzi, Operatività del trust in Italia, ivi, 1379; A. Gambaro, I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà, in I. Beneventi (cur.), I trust in Italia oggi, Milano, 1996, p. 65; L. Salvatore, Il trend favorevole all'operatività del trust in Italia: esame ragionato di alcuni trusts compatibili in un'ottica notarile, Contratto e impr., 2000, 644; C. Castronovo, Trust e diritto civile italiano, Vita not., 1998, 1323; G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozio dispositivo, Relazione presentata al Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi a Roma il 19-20 novembre 1999; F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione), Riv. not., 2001, 11; Id., Il cammello, la cruna dell'ago e la trascrizione del trust, Rass. dir. civ., 2003, 953; G. Palermo, Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano, Riv. dir. comm., 2001, I, 391; G. Bosco, Il trust e le categorie civilistiche: brevi spunti per una ricostruzione, Rass. dir. civ., 2001, I; F. Di Ciommo, Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno, in questa Rivista, 2003, 178; U. Berloni, Risvolti processuali della qualificazione del trust interno come soggetto di diritti, Riv. trim. dir. e proc. civ., 2005, 1343. In termini generali, vedi: M. Lupoi, Introduzione ai trust. Diritto inglese, Convenzione dell'Aja, diritto italiano, Milano, 1994; Id., Trusts, II ed., Milano, 2001; Id., I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile, diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004; L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2005; G. Biasini – F. Rotta, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2007.

(2) Rileva G. Vettori, Trust: prove di adattamento, Obbligaz. e contratti, 2005, 296, che "la natura e gli effetti della legge di ratifica è il primo motivo di dialogo in dottrina" ed ivi puntuali citazioni delle contrapposte tesi. Dubbio sull'integrale recepimento dell'istituto nel nostro ordinamento è stato sollevato più volte da parte della dottrina. Sostiene, tra gli altri, C. Castronovo, Trust e diritto civile italiano [supra, nota 1], a p. 1324: "Una cosa, dunque, è dire che il trust non sia più ignoto al nostro ordinamento, altra cosa è ritenere che esso sia divenuto un istituto disciplinato o disciplinabile alla stregua di qualsiasi altro istituto di diritto interno italiano". In senso conforme, F. Gazzoni, In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e su altre bagattelle), Riv. not., 2001, 1247, a p. 1254.

va disciplina poneva a livello fiscale, si limitò all'epoca, tramite il SECIT, all'emanazione, con notevole ritardo, della delibera 11 maggio 1998, n. 37, intitolata «La circolazione dei trust esteri in Italia»(3). In quel contesto si provvide alla ricostruzione dell'istituto richiamando nella sostanza la nota figura della sostituzione fedecommissaria, con conseguente applicazione dell'imposta (di successione e donazione) dovuta dal trustee su un valore pari a quello dell'usufrutto sui beni facenti parte del patrimonio trasferito, mentre il pagamento dell'imposta residuale a carico del beneficiario - sosteneva l'amministrazione - avrebbe dovuto essere collegato al momento della cessazione del trust, cioè al momento dell'attribuzione finale dei cespiti al beneficiario stesso.

È seguito un lungo periodo di silenzio sino all'avvento dell'art. 2, comma 47, del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262 (di seguito, "D. L. n. 262/2006"), con il quale, il legislatore, reintroducendo l'imposta sulle successioni e sulle donazioni, ha ricondotto in detto ambito la "costituzione di vincoli di destinazione", senza ulteriore specificazione.

L'intervento nel settore fiscale segue di poco e ne è per alcuni aspetti la necessitata conseguenza dell'introduzione nell'ordinamento dell'art. 2645 *ter* cod. civ. (a mezzo dell'art. 39 *novies*, comma primo del D. L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51) con il quale si è disciplinata per la prima volta la trascrizione di atti di destinazione. Impossibile è in questa sede fare cenno all'intenso dibattito dottrinale(4) che ne è derivato. Di contro pare innegabile che il vincolo di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* abbia diversi punti di contatto con la dichiarazione di trust(5).

Recita l'art. 2, comma 47, del D. L. n. 262/2006: "È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni sui trasferimenti di beni e diritti per causa di morte, per donazione o a titolo gratuito e sulla costituzione di vincoli di destinazione, secondo le disposizioni del testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta sulle successioni e donazioni, di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 346, nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001, fatto salvo quanto previsto dai commi da 48 a 54".

Indubbiamente il generico riferimento alla costituzione di vincoli di destinazione operato dal legislatore ricomprende anche il trust, che genera un vincolo di destinazione e, quindi, di segregazione o nel patrimonio del disponente (in ipotesi di trust "auto-dichiarato") o nel patrimonio del trustee(6). In que-

sti termini indubbiamente la previsione finisce con l'apportare un ulteriore argomento in favore del riconoscimento del trust interno(7).

Sotto altro profilo balza subito agli occhi come detto ampliamento dell'ambito di applicazione della vecchia normativa sull'imposta in materia di successioni e

Note:

(3) È riportata in *Il fisco*, 1998, p. 1148.

(4) In argomento, senza pretese di esaustività: P. Spada, Atti notarili di destinazione di beni: articolo 2645 *ter* c.c., Relazione presentata al Convegno della Scuola di Notariato della Lombardia svoltosi a Milano il 19 giugno 2006, consultabile sul sito Internet della stessa all'indirizzo <http://www.scuoladnotariatodellalombardia.it>; F. Gazzoni, Osservazioni sull'articolo 2645 - *ter*, consultabile sul sito Internet di "Judicium" all'indirizzo <http://www.judicium.it>, 2006; M. Bianca, Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione. La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione, l'articolo 2645-*ter*, Milano, 2007, p. 30 s.; U. La Porta, L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'articolo 2645-*ter* c.c., *Riv. not.*, 2007, I, 1069; G. E. Russo, Il negozio di destinazione di beni immobili o di mobili registrati (art. 2645-*ter* c.c.), *Riv. not.*, 2006, 1243; G. Oppo, Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione (art. 2645 - *ter* c.c.), *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 1; A. Falzea, Riflessioni preliminari alla trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645 *ter* del codice civile, Relazione presentata alla Tavola Rotonda "La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645 *ter* del codice civile", organizzata da M. Bianca il 17 marzo 2006, a Roma, presso la facoltà di Scienze Statistiche dell'Università "La Sapienza"; G. De Nova, Egesi dell'articolo 2645-*ter*, Relazione presentata alla Tavola Rotonda "La Trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'articolo 2645-*ter* del codice civile" [*supra*, in questa nota]; M. Nuzzo, Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio, Relazione presentata al Convegno della Scuola di Notariato della Lombardia [*supra*, in questa nota]; R. Di Raimo, Considerazioni sull'art. 2645 *ter* c.c.: destinazione di patrimoni e categorie dell'iniziativa privata, *Rass. dir. civ.*, 2007, 945; A. Gentili, Le destinazioni patrimoniali atipiche, *Rass. dir. civ.*, 2007, 1.

(5) In argomento v. M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-*ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169; *Riv. not.*, 467, a p. 473; U. La Porta, L'atto di destinazione di beni allo scopo trascrivibile ai sensi dell'art. 2645-*ter* c.c. [*supra*, nota 4], a p. 1070, per il quale "L'art. 2645-*ter* c.c. [...] non riesce a tipizzare un contratto [...] ma sancisce la compatibilità con il nostro ordinamento di un effetto giuridico [...]". In giurisprudenza, Trib. Trieste, 19 settembre 2007, in questa Rivista, 2008, 42.

(6) A. Busani, Il trust tassa solo il beneficiario, *Il Sole24Ore*, 2 novembre 2006, 19.

(7) L'espressione "trust interno" è stata coniata da M. Lupoi dopo l'entrata in vigore della Convenzione (v. Id., Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 10 luglio 1985, *Vita not.*, 1992, 966, a p. 976). In argomento, v. G. Palermo, Sulla riconducibilità del trust interno alle "categorie civilistiche", *Riv. dir. comm.*, 2000, 133, il quale (a pp. 158-159) rileva come quello del trust interno "sia in definitiva uno pseudo problema" in quanto "il risultato, da registrare sul piano dell'ordinamento positivo, risulta già perseguibile attraverso l'impiego di strumenti negoziali, perfettamente coerenti con i principi" del nostro ordinamento; F. Di Ciommo, Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 1], a p. 178 s. In senso contrario, v. in particolare F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente", su trust e trascrizione) [*supra*, nota 1], a p. 11 s.; L. Ragazzini, Trust "interno" e ordinamento giuridico italiano, *Riv. not.*, 1999, 279; L. De Angelis, Trust e fiducia nell'ordinamento italiano, *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 353.

di donazioni è stato operato senza distinzione di sorta e senza alcuna attenzione ai modi ed ai tempi di trasferimento della titolarità dei beni oggetti di vincolo, nonché prescindendo del tutto dalla ricorrenza o meno dell'intenzione liberale del disponente(8).

Con approccio ermeneutico esclusivamente letterale, l'Agenzia delle Entrate, a mezzo delle note circolari n. 48/E del 6 agosto 2007 e n. 3/E del 22 gennaio 2008(9), ha ritenuto in buona sostanza come trovi applicazione l'imposta di donazione (e successione), ai sensi del comma 47 dell'art. 2, D. L. n. 262/2006 con la mera istituzione del trust e del conseguente vincolo di destinazione sui relativi beni, a prescindere da qualsivoglia altro effetto.

Non risulta necessario verificare, a parere dell'Agenzia, la ricorrenza o meno di un effettivo trasferimento (*inter vivos* o *mortis causa*) del diritto di proprietà - nella sua pienezza(10)- sui beni medesimi o di un fine liberale (pacificamente escluso, ad esempio nei c. d. trust solutori, di garanzia)(11), essendo all'uopo ciò del tutto ininfluenza a fini impositivi.

Mostra così l'Agenzia di ignorare che la Convenzione de L'Aja, definisce all'art. 2 trust enigmatica-mente come rapporti giuridici mediante i quali una persona, il disponente, pone dei beni sotto il "controllo" di un trustee (nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico). La Convenzione utilizza il termine "controllo" senza ricorrere al "trasferimento" e guardandosi bene dal chiarire quale sia il soggetto che possa richiedere l'adempimento degli obblighi del trustee e quale sia il rapporto intercorrente tra il trustee ed il beneficiario. La scelta fu il frutto di un compromesso tra i paesi aderenti, che preferirono, atteso le plurime forme che il trust aveva assunto in concreto nei paesi di *common law*, individuare una categoria generica quanto onnicomprensiva di trust(12).

Giunge, così, l'Amministrazione Finanziaria a sottoporre a tassazione a titolo di imposta di successione o di donazione, presupponendo un trasferimento di diritti che generi ricchezza, anche i trust, in cui non ricorra per ipotesi alcun trasferimento di beni, come ad esempio accade nel trust "auto-dichiarato"(13).

Note:

(8) Chiarisce puntualmente M. Lupoi, Trusts [supra, nota 1], p. 623, come il termine "liberale" non debba essere inteso in senso tecnico, non essendo necessaria la causa liberale (che escluderebbe la presenza di un interesse nel disponente per contraddistinguere il trust liberale, atteso che, nel rapporto tra disponente e beneficiario, il trust liberale può essere interessato o meno).

(9) Agenzia delle Entrate, circolare 6 agosto 2007, n. 48/E, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497; Agenzia delle Entrate, circolare 22 gennaio 2008, n. 3/E, ivi, 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta dei trust, ivi, 121.

(10) Come è noto uno dei punti centrali del dibattito sul trust in Italia è stato costituito appunto dalla accesa contrapposizione tra due diverse linee di pensiero: quella del Franceschelli (R. Franceschelli, Il trust nel diritto inglese, Padova, 1935) e quello del Lupoi (M. Lupoi, Introduzione ai trust [supra, nota 1]; Id., voce "Trusts I) Profili generali e diritto straniero; II) Convenzione dell'Aja e diritto italiano", Enc. giur. Treccani, vol. XXXI, Roma). La tesi propugnata dal primo (C. Grassetti, Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario, Riv. dir. comm., 1936, I, p. 550; G. Criscuoli, Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti *uberrimae fidei*, Riv. dir. civ., 1983, I, 149, a pp. 150-151; M. C. Malaguti, Il futuro del trust in Italia, Contr. e impr., 1990, 985; A. Busato, La figura del trust negli ordinamenti di *common law* e di diritto continentale, Riv. dir. civ., 1992, II, 309, a pp. 309-310, 316, 341-342; G. Amato, Commento all'art. 11, in A. Gambaro - A. Giardina - G. Ponzanelli, Convenzione relativa alla legge sui trust e al loro riconoscimento [supra, nota 1], a pp. 1270-1271; in giurisprudenza, App. Cagliari, 12 maggio 1898, in questa Rivista, 2005, 434, Giur. it., 1898, I, 1, 12; Cass. Roma, 21 febbraio 1899, in questa Rivista, 2003, 454, Giur. it., 1899, I, 1, 216; Foro it., 1900, I, 501; Cass. Napoli, 29 marzo 1909, in questa Rivista, 2003, 638, Giur. it., 1909, I, 1, 649; Trib. Oristano, 15 marzo 1956, in questa Rivista, 2003, 294, Foro it., 1956, I, 1019; Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in questa Rivista, 2003, 93, Riv. dir. not., 1985, 241), rinvia nel trust uno "sdoppiamento del diritto di proprietà" - proprietà formale (*trust ownership, legal estate*) e proprietà sostanziale (*beneficiary ownership, equitable estate*) - e per l'effetto ne deduce l'inapplicabilità nei regimi di *civil law*, per contrarietà a principi fondamentali, quali l'unicità e l'assolutezza del diritto di proprietà, il *numerus clausus* dei diritti reali. In senso contrario il Lupoi esclude lo sdoppiamento della proprietà, quella legale, spettante al trustee, e quella equitativa spettante al beneficiario fra disponente e trustee, sostenendo che tra i due ricorra un trasferimento, in forza del quale il trustee diviene il nuovo ed unico titolare del diritto in questione con l'insorgere del contemporaneo vincolo in relazione all'esercizio ed al trasferimento finale del diritto medesimo (tra i tanti scritti dell'insigne autore sull'argomento M. Lupoi, Il trust nell'ordinamento giuridico italiano dopo la Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, Vita not., 1992, 966). L'opinione del Lupoi ha avuto soprattutto in tempi più recenti molti consensi (P. Piccoli, Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione de L'Aja [supra, nota 1], a p. 63; R. Lenzi, L'operatività del trust in Italia [supra, nota 1], a p. 1382; C. Licini, Una proposta per strutturare in termini monistici l'appartenenza nel rapporto di "fiducia anglosassone" (trust), Riv. not., 1996, 125; A. Palazzo, Le successioni, in Trattato di diritto privato, a cura di P. Iudica e G. Zatti, Milano, 1996, p. 60 s.; C. Palermo, Sulla riconducibilità del trust interno alle "categorie civilistiche" [supra, nota 7], a p. 152; S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001, p. 98 s.).

(11) Con la circolare n. 3/E si afferma che "la costituzione di beni in trust rileva, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust".

(12) Attenta dottrina proprio in ragione di questa scelta ebbe a definire il trust descritto nella Convenzione come trust "amorfo": M. Lupoi, Il trust amorfo, Vita not., 1995, 51.

(13) Nel trust auto-dichiarato il disponente destina una propria situazione soggettiva ad una specifica finalità senza perderne la titolarità. Sul tema: M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 1], p. 238. In giurisprudenza: Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74, che qualifica questo tipo di trust come "atipico" rispetto al modello convenzionale, in quanto - secondo l'organo giudicante partenopeo - l'art. 2 della Convenzione richiederebbe quantomeno "due soggetti per la costituzione del rapporto giuridico di trust: da un lato il costituente e dall'altro il trustee". Vedi anche Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, ivi, 2002, 241. Sul-

(segue)

Ciò in considerazione “della natura patrimoniale del conferimento in trust nonché dell’effetto segregativo che esso produce sui beni conferiti indipendentemente dal trasferimento formale della proprietà e, da ultimo, dal complessivo trattamento fiscale del trust che esclude dalla tassazione il trasferimento dei beni a favore dei beneficiari”(14).

In buona sostanza, con una semplificazione invero eccessiva, secondo l’Amministrazione finanziaria, a fini impositivi occorrerebbe verificare se l’istituzione del trust comporti o meno l’effetto di “segregazione” del patrimonio conferito. Solo nell’ipotesi in cui, a prescindere da qualsivoglia altro effetto, la segregazione dipenda da un atto ulteriore e successivo rispetto al primo, l’atto istitutivo sarebbe attinto unicamente dall’imposta di registro in misura fissa, mentre l’imposta di donazione (o successione) si applicherebbe in seguito al momento dell’effettiva costituzione del vincolo.

■ Profili di metodo: unicità e poliedricità dell’ordinamento giuridico. Il rilievo del profilo funzionale

Non è questa la sede per un discorso sul metodo, certo è che però l’approccio ermeneutico al dato normativo operato dall’Agenzia dell’Entrate, nelle citate circolari e nelle risoluzioni(15) rese su specifici quesiti dei contribuenti, appare viziata *ab origine* dal convincimento, sovente ricorrente nelle Pubbliche Amministrazioni, dell’autonomia sezionale(16) e, per alcuni aspetti, autoreferenziale della normazione di riferimento. L’Amministrazione Finanziaria sembra così ispirare l’istituzionale attività di accertamento e di repressione a valori e principî che essa stessa estrae da specifiche previsioni di settore, senza preoccuparsi di confrontarne la reale portata nel contesto ben più ampio di un ordinamento, che non può che essere valutato nella sua unitarietà e complessità(17).

Ed invero l’approccio letterale, esclusivo ed escludente alla previsione di cui all’art. 2, comma 47 del D. L. n. 262/2006, nella parte in cui assoggetta ad imposizione il vincolo destinazione, fa perdere di vista il contesto normativo complesso e nello stesso tempo unitario, in cui quel dato testuale va inserito per il tramite di un corretto procedimento ermeneutico ed *in primis* avendo riguardo allo stesso testo della Convenzione de L’Aja, momento fondante del riconoscimento dell’istituto nel nostro ordinamento.

Sfugge altresì all’Amministrazione Finanziaria un altro dato che attiene alla qualificazione del fatto giuridicamente rilevante ai fini impositivi. Si legge nella circolare n. 48/E del 6 agosto 2007: “Il trust si sostanzia in un rapporto giuridico complesso che ha un’unica causa fiduciaria. Tutte le vicende del trust (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell’interesse del beneficiario, il raggiungimento dello scopo) sono collegate dalla medesima causa. Ciò induce a ritenere che la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall’origine a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) e sia espressione dell’unico disegno volto a consentire la realizzazione dell’attribuzione liberale”. È di palese evidenza come il tentativo di qualificazione giuridica operato dall’Amministrazione si soffermi su di un esame della fattispecie del trust nel suo progressivo formarsi(18) nei vari elementi destinati, per legge o per volontà delle parti, componendola esaltando con un approccio formalistico il solo profilo strutturale(19). Prescinde, invece, l’Amministrazione da una disamina del profilo effettuale e funzionale, del tutto obliterando che proprio la funzione pratico-giuridica o socio-giuridica di ogni singolo at-

Note:
(continua nota 13)

l’argomento, prendendo spunto dalla citata sentenza con particolare riguardo ai rapporti tra trust e responsabilità patrimoniale del debitore, P. Manes, Trust e art. 2740 c.c.: un problema finalmente risolto, Contr. e impresa, 2002, 570.

(14) Circolare n. 3/E [supra, nota 9], par. 5.4.2.

(15) Vedasi, ad esempio, la risoluzione n. 110/E del 23 aprile 2009, in questa Rivista, 2009, 449, con commento di A. De Dominicis, La Risoluzione n. 110/E dell’Agenzia delle Entrate: spunti di riflessione per la stesura di un atto istitutivo di trust, *ivi*, 668.

(16) Sulla teoria dell’ordinamento sezionale con riguardo al settore bancario è d’obbligo il riferimento a M. S. Giannini, Diritto amministrativo, Vol. I, II ed., Milano, 1988, p. 169 s.

(17) V., sul punto, P. Perlingieri, Complessità ed unitarietà dell’ordinamento giuridico, *Rass. dir. civ.*, 2005, 188, spec. a p. 190 s.

(18) Sulla fattispecie a formazione progressiva: D. Rubino, La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari, Milano, 1939, rist., Camerino – Napoli, 1989, p. 126 s.; A. Falzea, La condizione e gli elementi dell’atto giuridico, Milano, 1941, Camerino – Napoli, 1991, p. 182 s.; G. B. Ferri, In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale, *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 194.

(19) Sulla necessità di non limitarsi ad un approccio meramente formalistico consistente nello studio delle strutture, ma di accedere ad una prospettiva funzionale, sia pur con riguardo al fenomeno dell’estinzione delle obbligazioni, P. Perlingieri, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento, in *Comm. cod. civ. diretto da A. Scialoja e G. Branca*, Libro IV, Delle obbligazioni, Bologna – Roma, 1975, p. 2 s.

to rivesta un ruolo essenziale ai fini della qualificazione dello stesso(20). Per il tramite di essa nell'ambito di quel procedimento conoscitivo, che è l'interpretazione, si supera la distinzione tra fatto giuridicamente rilevante ed effetto(21), e, per conseguenza, quello tra qualificazione del negozio e qualificazione del suo effetto(22). Ignorando del tutto che il rapporto tra fattispecie ed i suoi effetti, sia da intendersi non solo come "effetti essenziali immediatamente prodotti" – come ad esempio il vincolo di destinazione –, ma anche come effetti essenziali che il trust è destinato a produrre, anch'essi parimenti indispensabili per individuare la funzione(23), l'Agenzia ritiene che "la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall'origine a favore del beneficiario". Con ciò del tutto pretermette la rilevanza degli ulteriori effetti, non solo segregativi, che il trust è destinato a produrre, tra cui non ultimo quello appunto della realizzazione dell'interesse del beneficiario e del conseguimento dello scopo dell'istituzione medesima.

Di contro con riguardo ai rapporti giuridici insorti a seguito della istituzione del trust non è luogo a parlarsi di "una relazione unilaterale in cui la fattispecie va vista esclusivamente come causa dell'effetto, bensì di relazione bilaterale o reciproca"(24) nell'ambito della quale, appunto, un ruolo determinante assume, ai fini di cui all'imposta sulle successioni e donazioni, il definitivo trasferimento dei beni conferiti in trust, trasferimento a cui quel "vincolo di destinazione" è funzionalmente collegato. La qualificazione della fattispecie anche ai fini dell'applicazione dell'imposta, di cui trattasi, non può prescindere, dunque, dalla disamina del rapporto giuridico conseguente, inteso "non in senso meccanicistico", ma "in senso funzionale, cioè come regolamento di interessi"(25). All'uopo corre l'obbligo di chiarire come attenta dottrina, riflettendo sull'atto di destinazione, abbia posto in luce esattamente come il medesimo non sia riducibile in un atto di attribuzione diretta "poiché la sua essenza si trova non già nella disposizione attributiva di un diritto ma nella regolazione del diritto medesimo"(26). È quello che invece fa l'Agenzia allorché sostiene che la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall'origine a favore del beneficiario, dimenticando che il vincolo di destinazione operato con il trust non determina normalmente in sé alcuna attribuzione patrimoniale. L'effetto prodotto dal trust, anche quando trattasi di trust con beneficiario, "non si esprime sul piano della titolarità bensì su quello della destinazione della situazione disposta" (27).

Risulta poi invero singolare che proprio ad un "rapporto giuridico complesso" faccia riferimento l'Agenzia nella circolare n. 48/E del 6 agosto 2007 con riguardo al trust, senza trarne da questa opportuna considerazione le dovute conseguenze sul piano ermeneutico. Dimentica l'Agenzia che, essendo appunto il collegamento tra fattispecie ed effetto soprattutto bilaterale e reciproco, sulla fattispecie in parola esercita il suo influsso l'esistenza di un rapporto(28), concre-

Note:

(20) Quest'aspetto è posto in particolare rilievo da P. Perlingieri, Il problema della qualificazione del negozio giuridico, *Dir. giur.*, 1975, 826, ora in *Suole Tendenze e metodi, Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 32.

(21) P. Perlingieri, Il problema della qualificazione del negozio giuridico [*supra*, nota 20], p. 32.

(22) P. Perlingieri, Il problema della qualificazione del negozio giuridico [*supra*, nota 20], p. 32. V. anche, sull'argomento, V. Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Camerino - Napoli, 1985, p. 132 s.

(23) P. Perlingieri, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento [*supra*, nota 19], p. 23. Con riguardo specifico al trust rileva attenta dottrina (M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 59) come la complessa posizione giuridica del trustee non potrebbe esplicarsi nei termini d'un mero rapporto obbligatorio, ma andrebbe scissa nei vari *powers*, onde il breve passo alla ricostruzione in termini di singoli poteri proprietari, di cui è volta a volta investito dall'atto istitutivo. Il tema è ovviamente strettamente connesso con altro che ha affaticato la dottrina: la *numerus clausus* e la tipicità dei diritti reali. Numerosi i contributi dottrinari sul punto, tra gli altri stessi, M. Giorgianni, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, Milano, 1940, p. 169 s.; M. Comporti, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1980, VIII, p. 216 s.; A. Burdese, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 236; A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, p. 153. Con riguardo alla funzionalizzazione della proprietà nell'interesse altrui, v. A. Saturno, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, 1999, nonché R. Calvo, *La proprietà del mandatario*, Padova, 1996. Sui rapporti tra funzionalizzazione della proprietà e innovazione del *numerus clausus*: A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche* [*supra*, nota 4], a p. 30.

(24) P. Perlingieri, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento [*supra*, nota 19], p. 24. In senso contrario, D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari* [*supra*, nota 19], p. 42 s.

(25) P. Perlingieri, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento [*supra*, nota 19], p. 407.

(26) Così R. Di Raimo, *Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c.* [*supra*, nota 4], a p. 951.

(27) In questi termini, A. Federico, *Atti di destinazione del patrimonio e rapporti familiari*, *Rass. dir. civ.*, 2007, 623.

(28) P. Perlingieri, Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento [*supra*, nota 19], p. 24 s., il quale a proposito della bilateralità e reciprocità del collegamento tra fattispecie e rapporto puntualmente evidenzia come "[...] l'esistenza di un precedente rapporto, che a sua volta, è l'effetto di un'altra fattispecie che ha già esaurito la sua operatività, e che ormai ha acquistato il valore di fatto per l'ordinamento giuridico, non può non avere rilevanza sulla struttura dell'atto che è destinato ad incidere sul rapporto stesso".

tizzati – ma non esauriti – nella segregazione patrimoniale conseguente all'apposizione del vincolo di destinazione.

La forzatura ermeneutica operata dall'Agenzia emerge a chiare note allorché (circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 5), nel riaffermare che “la costituzione di un vincolo di destinazione avente effetto traslativo, sia essa disposta mediante testamento ovvero effettuata per atto *inter vivos*, è soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni”, sostiene che “la fattispecie negoziale in esame si sostanzia in un atto dispositivo a titolo gratuito che, privo dello spirito di liberalità proprio delle donazioni, è preordinato non all'arricchimento del destinatario dei beni, ma essenzialmente alla costituzione di un vincolo di destinazione sui beni oggetto di trasferimento”, così neutralizzando nella sostanza la rilevanza a fini impositivi dell'ulteriore effetto (e non meno qualificante) dell'“attribuzione dei beni” e confondendo la destinazione con il successivo e non necessitato effetto dell'attribuzione al beneficiario.

Appare dunque a chiare note l'inadeguatezza di un approccio allo studio dell'istituto nell'angusta e fuorviante prospettiva statica della sola costituzione del vincolo di destinazione, eretto a momento centrale, unificante ed esclusivamente qualificante dei vari effetti nel tempo prodotti dalla fattispecie. Risulta invece più che utile “approfondire non tanto l'atto (singolo) – di destinazione – quanto la complessiva operazione, l'attività” (29) in cui il trust si sostanzia.

Un'analisi condotta sul piano funzionale, attraverso una particolare attenzione rivolta al susseguirsi delle situazioni strumentali caratterizzanti la formazione della fattispecie del trust, risulta allo stato forse la più idonea ad individuare il reale regolamento di interessi(30) e da ciò individuare il momento impositivo. In questo senso il rinvio è d'obbligo alla Convenzione de L'Aja, che tali situazioni nel loro susseguirsi codifica richiamando le leggi di volta in volta al caso concreto applicabili. Certo è che la istituzione del trust non comporta, *ex se*, un definitivo e, per alcuni aspetti, effettivo trasferimento della proprietà al trustee, tanto è vero che “i beni in trust non rientrano nel regime matrimoniale o nella successione del trustee” ed “i creditori personali del trustee non possano rivalersi sui beni in trust”(31). Non ci si può in questa sede soffermare sul contrasto registrato in dottrina tra l'istituto del trust ed il principio di tipicità dei diritti reali e del loro *numerus clausus*(32), certo è che difficile risulta comprendere come possa

applicarsi un'imposta, quale è quella in materia di successioni e donazioni, che rinviene il suo presupposto in un trasferimento della piena titolarità di bene, *inter vivos* o *mortis causa*, e nel conseguente incremento di ricchezza tassabile.

Peraltro l'inadeguatezza dell'approccio ermeneutico da parte dell'Agenzia trova ulteriore conferma in un dato normativo, del tutto ignorato dalla medesima, riveniente dalla stessa legislazione di settore, in cui la stessa costantemente opera. Il riferimento è d'obbligo all'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il cui principio è stato, peraltro, dall'Agenzia ritenuto applicabile anche alle altre imposte indirette(33),

Note:

(29) Riconosce la necessità che la disciplina dell'autoregolamento dipenda in misura sempre maggiore dall'operazione economica perseguita, P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 426. Sull'argomento, in maniera più ampia, v. i paragrafi che seguono.

(30) In questi sensi, in termini generali, P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi del diritto civile* [supra, nota 29], p. 426.

(31) Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 nella traduzione proposta dall'Associazione “Il trust in Italia”, art. 11, III comma, lett. a) e c).

(32) Rileva puntualmente G. Vettori, *Trust: prove di adattamento* [supra, nota 2], a p. 295, con riguardo ai limiti imposti nel sistema anglosassone alla “proprietà” del trustee: “Ciò è possibile per il sistema proprietario inglese, che non conosce la tipicità dei diritti reali e ammette la frammentazione dello stato giuridico della res a favore di una pluralità di soggetti. Del tutto diversa è l'esperienza continentale, ove l'assolutezza della proprietà e la tipicità dei diritti reali hanno una precisa derivazione storica”. Il principio di tipicità dei diritti reali è stato da parte della dottrina più volte riaffermato: A. Piraino Leto, *Tipicità dei diritti reali*, *Mon. trib.*, 1973, p. 968 s.; A. Natucci, *La tipicità dei diritti reali* [supra, nota 23], p. 26 ss.; A. Burdese, *Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali*, *Riv. dir. civ.*, 1983, pp. 226-239; C. M. Bianca, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 133 s. Considera il principio del *numerus clausus* nonché quello della tipicità come “principi di ordine pubblico, in quanto espressione dei fondamentali criteri ordinanti accolti dall'ordinamento nell'assetto degli schemi di godimento delle cose, in relazione all'importanza che le situazioni reali acquistano nell'utilizzazione dei beni e nell'assetto generale del settore patrimoniale”, M. Comporti, voce “Diritti Reali (Diritto civile)”, *Enc. giur. Treccani*, 1989, XI, p. 5; Id., *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano 1977, p. 296 s.; Id., *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di A. Cicu e F. Messineo [supra, nota 23], p. 218 s. In senso contrario si è affermato che il principio del *numerus clausus* dei diritti reali non trova alcuna giustificazione sul piano normativo, anzi contrasta con l'art. 1322 cod. civ.: M. Costanza, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 130 s. ed in particolare p. 142; Id., *Numerus clausus dei diritti reali*, in *Aa. Vv.*, *Studi in onore di Cesare Grassetti*, Milano, 1980, p. 421 s. Critica, altresì, l'attuale validità del principio, R. Nicolò, voce “Diritto civile”, *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 907. In argomento vedi anche E. Gabrielli, *Le garanzie rotative*, Torino, 2000, p. 444 s.

(33) Circolare n. 3/2008, par. 5.1; risoluzione 1° agosto 2000, n. 126/E; risoluzione 26 aprile 1988 n. 310088, consultabili sulla banca dati “Fisconline”. Sulla stessa scia proprio in tema di trust si sta orientando la giurisprudenza tributaria di merito: “Il negozio fiduciario del trust soggiace alla disciplina dell'art. 20, D.P.R. n. 131/1986 e, conseguentemente,

(segue)

secondo il quale “l'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma apparente”. Proprio alla luce di tale principio, maturato nell'ambito dei rapporti rilevanti a fini tributari, non si può prescindere da un singolare e peculiare effetto del trust: il determinare l'insorgere di una proprietà nell'interesse altrui, che perciò stesso non può produrre per il trustee un vantaggio personale o un arricchimento⁽³⁴⁾, presupposto quest'ultimo a principio di imposizione dallo stesso art. 53 Cost., come di seguito si dirà.

■ Trust, costituzione del vincolo di destinazione e unitarietà della causa fiduciaria. Ricaduta nella determinazione delle aliquote

L'Agenzia pare avvedersi delle gravi conseguenze in termini di ammontare della tassazione che la valorizzazione, come unico effetto rilevante, del vincolo di destinazione comporta e, contraddittoriamente, ricorre in funzione salvifica all'applicazione del principio dell'unicità della causa nel trust, a cui già dianzi si è fatto cenno.

Più nello specifico con la circolare 48/E del 6 agosto 2007, per il tramite dell'unicità della causa fiduciaria⁽³⁵⁾, si procede da parte dell'Agenzia ad una sorta di *reductio ad unum* “di tutte le vicende del trust (istituzione, dotazione patrimoniale, gestione, realizzazione dell'interesse del beneficiario, il raggiungimento dello scopo)”. Tali conclusioni - sul piano civilistico invero affrettate e poco meditate quanto meno sotto il profilo della trascuranza del diacronico quanto necessitato svilupparsi nel tempo dei rapporti sopra menzionati - comporterebbero che, equiparata la costituzione del vincolo al trasferimento, l'imposta andrebbe applicata *ab initio*, avuto riguardo ai requisiti soggettivi del trustee, parte dell'atto di costituzione del vincolo di destinazione.

Accortasi della pericolosità e dell'abnormità di un simile argomentare, l'Agenzia corregge il tiro e giunge a sostenere che “la costituzione del vincolo di destinazione avvenga sin dall'origine a favore del beneficiario (naturalmente nei trust con beneficiario) e sia espressione dell'unico disegno volto a consentire la realizzazione dell'attribuzione liberale”. Ciò consente all'Agenzia di seguito di affermare “conseguentemente, ai fini della determinazione delle aliquote, che si differenziano in dipendenza del rapporto di pa-

rentela e affinità (all'art. 2, commi da 47 a 49, del decreto legge n. 262 del 2006), occorre guardare al rapporto intercorrente tra il disponente e il beneficiario (e non a quello tra disponente e trustee)”⁽³⁶⁾.

Condivisibile l'intenzione di evitare la palese ingiustizia di applicare - ad esempio - la tassazione con riguardo ai rapporti tra disponente e trustee, qualora quest'ultimo sia un terzo, al trust di famiglia. Palesemente contraddittorie risultano le argomentazioni poste a sostegno della tesi. A tacer d'altro la “causa unitaria” legittimerebbe, non si sa come, un'anticipazione dell'effetto traslativo, in favore del beneficiario al momento della costituzione del vincolo, anche a prescindere se costui abbia prestato o meno assenso all'implementazione della sua sfera giuridica, legittimando così l'imposizione a quella data in danno, appunto, del beneficiario.

Anche qui non ci è consentito di soffermarci sull'attuale dibattito su concetto di causa nell'operazione economica o nel negozio complesso⁽³⁷⁾, che dir si

Note:

(continua nota 33)

soltanto laddove siano esso riconducibili effetti traslativi reali le relative imposte indirette dovranno essere computate secondo l'aliquota proporzionale dovendosi, in difetto, riscuotere da parte degli Uffici la sola imposta fissa” (Commis. Trib. Prov. Treviso, Sez. I, 30 aprile 2009, n. 47, in questa Rivista, 2010, 73).

(34) Così M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 8], p. 577.

(35) Per una valutazione del problema causale dell'atto traslativo nel negozio fiduciario, v. U. Carnevali, voce “Negozio giuridico, III, Negozio fiduciario”, Enc. giur. Treccani, Roma, 1990, vol. XX, p. 278; L. Santoro, Il negozio fiduciario, Torino, 2002, p. 195; in tema di trust, v. F. Di Ciommo, Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno [*supra*, nota 1], a p. 178. Con riguardo specifico al trust frequente è l'accostamento con il mandato fiduciario, alla luce della tesi, condivisa anche in giurisprudenza, secondo cui la fiducia andrebbe ricondotta entro lo schema della rappresentanza indiretta. In argomento v. G., De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozio dispositivo [*supra*, nota 1].

(36) Sempre nella citata circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, paragrafo 5.2, coerentemente con il precedente assunto si afferma: “Ai fini dell'applicazione sia delle aliquote ridotte sia delle franchigie, il beneficiario deve poter essere identificato, in relazione al grado di parentela con il disponente, al momento della costituzione del vincolo. Ad esempio, per poter applicare l'aliquota del 4% prevista tra parenti in linea retta, è sufficiente sapere che il beneficiario di un trust familiare sarà il primo nipote al conseguimento della maggiore età”.

(37) Sul tema, con riguardo ai rapporti tra disciplina civilistica e tributaria, v. A. Giovanardi, La dottrina civilistica nell'interpretazione della norma tributaria: negozio complesso, negozi collegati e imposta di registro (nota a sent. Cass., Sez. I, 6 settembre 1996 n. 8142), Riv. giur. trib., 1997, 66. Sul tema dei rapporti tra negozio complesso ed imposta di registro, v. Cass., 25 febbraio 2009, n. 4501, Boll. trib., 2009, 13, 1057 (nota M. Pulcini, Note critiche a margine dell'orientamento della Cassazione in tema di imposta sostitutiva sui finanziamenti e pegno sulle somme erogate in base al contratto di mutuo).

voglia. Certo è che, però, la giurisprudenza tributaria ai suoi massimi livelli, pur riaffermando che “un tributo si commisura alla capacità economica manifestata dall’atto sottoposto a registrazione”, riconosce che a tale principio (di portata generale anche se applicato con riguardo all’imposta di registro) possa fare eccezione nel caso “in cui più atti risultino così intrinsecamente connessi tra loro da risultare rivolti alla realizzazione di una vicenda giuridica unitaria ed inscindibile (negozi complessi), in quanto, in tal caso, la connessione tra gli atti risulta tale da non consentire di ritenere ciascuno di essi espressione di autonoma capacità contributiva”(38).

Già da questo spunto datoci dalla giurisprudenza emerge a chiare note la contraddizione in cui incorre l’Agenzia delle Entrate allorché, da un canto, valorizza come momento centrale qualificante della fattispecie la costituzione del vincolo di destinazione, del tutto neglignendo la contestuale rilevanza degli altri “effetti” del trust di cui si è detto. D’altro canto, per porre rimedio alle conseguenze nefaste di tale impostazione valorizza, *ex post* e con visione parcellare, quegli effetti ai (soli) “fini della determinazione delle aliquote, che si differenziano in dipendenza del rapporto di parentela e affinità”.

Il problema va, a parere di chi scrive, posto in termini diametralmente opposti. Se, come implicitamente riconosce l’Agenzia – sia pur al limitato fine della applicazione delle aliquote – è al rapporto disponente-beneficiario che occorre fare riferimento a fini impositivi, gli effetti rilevanti, che qualificano la “vicenda giuridica unitaria ed inscindibile” del trust in quella direzione, sono quelli che incidono effettivamente nella sfera giuridica del beneficiario (non del trustee) con il suo consenso e non limitandosi ad ingenerare in costui mere aspettative.

In questi termini pare orientata la giurisprudenza tributaria delle Corti di merito.

■ L’orientamento della giurisprudenza tributaria

Invero l’impostazione data al problema dell’imposizione fiscale del trust da parte dell’Agenzia delle Entrate non è stata seguita dalla giurisprudenza delle Commissioni, che per prime si sono occupate del problema dopo l’avvento della nuova normativa.

La Commissione Tributaria Provinciale di Firenze(39), dopo aver rilevato l’assenza di una disciplina normativa *ad hoc* con riguardo al trust e qualificato le

circolari emanate dall’amministrazione finanziaria quali “pareri di parte”, in conformità con l’assunto della Corte di Cassazione a Sezioni Unite(40), ha individuato il presupposto della imposizione indiretta nel solo trasferimento di ricchezza “a favore” di un soggetto terzo e non nella istituzione in sé del trust. Nel far ciò ha qualificato la situazione giuridica dei beneficiari del trust come mera “aspettativa giuridica”, che sorge appunto al momento in cui si segrega il patrimonio. Detta aspettativa, secondo la Commissione, non dà luogo, all’atto di istituzione del vincolo di destinazione, ad un arricchimento effettivo dei beneficiari finali, arricchimento che interverrà a seguito dell’accadimento di eventi futuri ed incerti. In virtù di tali considerazioni la Commissione ha ritenuto la legittimità dell’applicazione dell’imposizione in misura fissa al momento delle segregazione dei beni in trust e dell’imposta proporzionale solo al momento dell’attribuzione del *trust fund* da parte del trustee a quelli, tra i beneficiari finali, che risulteranno esistenti e disposti ad acquisirne la titolarità.

Invero la destinazione dei beni in favore dei beneficiari non può *ex se* incidere sulla sfera giuridica dei soggetti unilateralmente individuati dal disponente (o dal trustee su sua indicazione) in ossequio al noto principio dell’intangibilità della sfera giuridica individuale, di cui all’art. 1372 cod. civ.(41). Tale negozio unilaterale ben potrebbe patire l’onta del rifiuto(42) da parte del beneficiario persino degli effetti favorevoli nei suoi confronti. Solo nel momento in

Note:

(38) Cass. 4 maggio 2009, n. 10180, *Obbligaz. e contr.*, 2009, 7, 668 (nota G. Corasaniti).

(39) *Com. Trib. Prov. Firenze*, 23 ottobre 2008, in questa Rivista, 2009, 425, con commento di N. de Renzi Sonnino, *L’imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi*, ivi, 507, *Notariato*, 2009, 505 (nota D. Muritano – A. Pischetola).

(40) In questi termini, Cass., Sez. Un., 2 novembre 2007, n. 23031, *Notariato*, 2008, 129 (nota V. Pappa Monteforte).

(41) Sterminata la dottrina sull’argomento: F. Angeloni, *Il principio di relatività del contratto quale regola per la soluzione dei conflitti di diritti*, *Contr. e impr.*, 1999, 897; G. B. Ferri, voce “Parte del negozio”, *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano 1981, 901; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, *Comm. dir.* da P. Schlesinger, I, Milano 1998, 1; Id., *Degli effetti del contratto*, *Comm. dir.* da P. Schlesinger, II, Milano, 1999; Id., *Il contratto e i terzi*, *Tratt. dir.* da P. Rescigno, I, Torino, 1999, 1051; F. Galgano, *Effetti del contratto*, *Comm. cod. civ. diretto da A. Scialoja e G. Branca*, Bologna-Roma, 1993, 1; F. Messineo, voce “Contratti nei rapporti col terzo”, *Enc. dir.*, vol. X, Milano 1962, 196.

(42) In argomento, per tutti, v. C. Donisi, *Il problema del negozio giuridico unilaterale*, Napoli, 1972, p. 169 s.

cui interverrà l'accettazione da parte dei beneficiari e, per l'effetto, risulterà perfezionato il consenso, scatterà a carico dei beneficiari stessi l'obbligo di denuncia ai sensi dell'art. 19 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 per l'applicazione dell'imposta eventualmente dovuta.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone altra pronuncia della Commissione tributaria di Lodi(43) con riferimento ad un trust con funzione liquidatoria. In questa pronuncia la Commissione rileva come, nel caso concreto sottoposto al suo esame, proprio la mera funzione liquidatoria escludeva la ricorrenza di alcun vincolo di destinazione, in quanto al trustee era riconosciuta ampia facoltà di operare con piena autonomia decisionale. In ragione di ciò l'atto istitutivo del trust liquidatorio non poteva essere assoggettato al trattamento tributario di cui all'art. 2 della L. n. 24 novembre 1986, n. 286 (commi da 47 a 49) previsto in ipotesi di costituzione di siffatto vincolo. Peraltro rileva la Commissione come l'imposta di donazione, nella fattispecie in esame, non poteva essere di fatto applicata, in ossequio al principio, sancito in materia di imposta di registro di cui già di è detto, secondo cui l'applicabilità di tale imposta "va valutata caso per caso, a seconda della natura del negozio e degli effetti che lo stesso produce".

Negli stessi termini si sono posti altre più recenti pronunce.

La Commissione Tributaria Provinciale di Caserta(44), pur riconoscendo alla luce dell'interpretazione in *analogia legis* l'applicabilità della disciplina relativa alla costituzione dei c. d. vincoli di destinazione, afferma che "poiché il programma negoziale non prevede immediata attribuzione di alcun diritto od utilità tassabile in capo ai beneficiari, i quali vanteranno pretese solo all'atto del trasferimento da parte del trustee, deve applicarsi l'imposta fissa in tema di imposta di registro ed ipocatastali".

La Commissione Tributaria Provinciale di Treviso sostiene pure l'applicazione della disciplina dell'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 e, conseguentemente, "soltanto laddove siano ad esso riconducibili effetti traslativi reali le relative imposte indirette dovranno essere computate secondo l'aliquota proporzionale dovendosi, in difetto, riscuotere da parte degli Uffici la sola imposta fissa"(45).

■ Conclusioni

Concludendo, proprio alla luce delle considera-

zioni in precedenza svolte paiono potersi condividere le soluzioni prospettate dalla giurisprudenza, che non ha ritenuto di conformarsi all'orientamento suggerito dall'Agenzia dell'Entrate. Prendendo talvolta spunto dal principio di cui all'art. 20 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, ritenuto dalla stessa Agenzia applicabile in linea di principio anche alle altre imposte indirette(46), le Commissioni, avuto riguardo ad una valutazione complessiva degli effetti giuridici delle concrete fattispecie sottoposte al loro esame, sono giunte a soluzioni diametralmente opposte.

Del resto anche sotto un profilo prettamente civilistico, ricondurre il trust nel letto di Procuste del negozio complesso assegnandogli un'"unica causa fiduciaria", immutabile e sempre uguale a sé stessa, pare cozzare contro la struttura aperta dell'istituto, privandolo di quella duttilità, di quella eterogeneità degli scopi perseguibili, che ne hanno costituito la sua fortuna. Proprio questi aspetti o, per meglio dire, questi diversi "effetti", che connotano l'operazione economica, talvolta complessa, in cui consiste ogni singolo trust, inducono l'interprete "a differenziare il trattamento impositivo a seconda della configurazione del trust, distinguendo tra trust di scopo, trust liberali, trust onerosi, trust con beneficiari diretti, trust auto-dichiarato"(47), in ragione della disamina delle specifiche clausole negoziali.

Ove proprio si voglia far riferimento al concetto di causa, non si può prescindere dalla valutazione in concreto delle finalità perseguite dal disponente. Il che impone il riconoscimento, da un canto, della ricorrenza di una causa "variabile" (liberale, solutoria, di garanzia, ecc.) e, d'altro canto, pone in evidenza la neutralità dell'atto dispositivo in favore del trustee, la cui colorazione in termini di onerosità o gratuità

Note:

(43) Com. Trib. Prov. Lodi, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296, Notariato, 2009, 129 (nota V. Pappa Monteforte).

(44) Com. Trib. Prov. Caserta, Sez. XV, 11 giugno 2009, n. 481, in questa Rivista, 2010, 71.

(45) Commiss. Trib. Prov. Treviso, Sez. I, 30 aprile 2009, n. 47 [*supra*, nota 33].

(46) Circolare n. 3/2008, par. 5.1; risoluzione 1° agosto 2000, n. 126/E; risoluzione 26 aprile 1988 n. 310088, consultabile sulla banca dati "Fisco online".

(47) T. Tassani, I trust: trattamento tributario, Analisi interpretative e novità della circolare 3/E 2008 dell'Agenzia delle Entrate, in Aa. Vv., Atti del Convegno di Roma 1° marzo 2008, Milano, 2008, p. 49.

può essere percepita, avendo di mira anche la destinazione finale dei beni conferiti(48).

Peraltro, l'interpretazione propugnata dall'Agenzia, ed avversata nelle citate pronunce, pare in contrasto anche con l'art. 53 Cost. La presunzione operata dall'Agenzia, individuando l'insorgere del momento impositivo nell'atto di costituzione del vincolo di destinazione, non si fonda "su indici concretamente rivelatori di ricchezza e idonei, perciò, a conferire all'imposizione una base non fittizia", come più volte affermato dalla Corte Costituzionale nelle sue pronunce sul punto(49).

Dalle considerazioni innanzi svolte emerge che a quella data non vi è normalmente effettivo arricchimento del beneficiario, ma solo la certezza giuridica di un programma(50) in ordine alle future attribuzioni da eseguire, attribuzioni che non necessariamente dovranno essere accettate dai destinatari. Per conseguenza non vi può essere *illico et immediate* l'applicazione di imposta "proporzionale" di donazione (e successione), a meno che, obliterando l'art. 53 cost., non si voglia procedere ad una imposizione su base fittizia ed in assenza di concreti indici rivelatori di ricchezza.

Pare dunque più corretto, come suggerito anche dalla dottrina, procedere "all'applicazione della sola imposta in misura fissa a carico del trustee [in ciò facendo ricorso ai principî e alle dinamiche impositive proprie dell'imposta di registro, richiamate anche per gli atti incisi con imposta di donazione (e successio-

ne) dall'art. 60 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346] sia per l'atto istitutivo quanto per l'atto dispositivo, e, se del caso, quando si maturino i presupposti, all'applicazione dell'imposta proporzionale di donazione (o successione) solo a carico dei beneficiari finali con riferimento ai valori dei beni costituenti il *trust fund*"(51).

Ovviamente in assenza di "beneficiari" come avviene per il trust c. d. "solutorio", nessun indice rivelatore di (ulteriore) ricchezza si potrà rinvenire nel pagamento di un debito su incarico e con provvista fornita dal debitore disponente al trustee.

Note:

(48) Sul tema sostiene autorevolmente V. Panuccio, L'utilizzo del trust in materia concorsuale (due interessanti applicazioni: ai crediti tributari e al concordato fallimentare), Relazione presentata al III Congresso Nazionale dell'Associazione 'Il Trust in Italia' svoltosi a Roma, il 21-23 ottobre 2005 che "l'atto attributivo dal punto causale è neutro e che la causa va rinvenuta (per il collegamento funzionale aggiungiamo noi) nella istituzione del trust, alla quale la stessa attribuzione è funzionale".

(49) Corte cost. (ord.), 11 dicembre 1997, n. 393, Giur. costit., 1997, fasc. 6; Corte cost., 24 gennaio 1992, n. 22, consultabile sulla banca dati "CED Cassazione", 1992; Corte cost. (ord.), 23 dicembre 1987, n. 586, Giur. costit., 1987, I, 3602; Corte cost. (ord.), 13 luglio 1987, n. 263, Giur. costit., 1987, I, 2094.

(50) Sugli effetti di natura organizzativa e procedimentale del negozio di destinazione, v. R. Di Raimo, Considerazioni sull'art. 2645 ter c.c. [*supra*, nota 4], a p. 957.

(51) In questi termini D. Muritano - A. Pischetola, Prime decisioni [*supra*, nota 39], a p. 509 s.

Trust con funzione liquidatoria e successivo fallimento dell'impresa

di Francesco Tedioli

Dottrina e giurisprudenza più recenti riconoscono piena validità al trust interno. È evidente, però, che tale istituto non può essere utilizzato per frodare la legge o per eludere le garanzie assicurate ai creditori dalla disciplina fallimentare.

In linea di principio, il trust con funzione liquidatoria è, quindi, compatibile con la procedura concorsuale, se ha lo scopo di tutelare, per conto del disponente non ancora dichiarato fallito, i creditori-beneficiari del trust. Al disponente non è, invece, consentito segregare l'intero patrimonio sociale in prossimità del fallimento, sottraendo i beni alla disponibilità del curatore ed impedendo la liquidazione fallimentare. Se il trust è stato istituito quando la società non era ancora insolvente, il fallimento ne rappresenta una causa sopravvenuta di scioglimento; se, invece, è costituito da una società già insolvente, l'atto istitutivo deve essere considerato nullo sin dall'origine, perché è volto ad eludere le norme imperative che disciplinano la liquidazione concorsuale.

■ Il caso

I provvedimenti del Tribunale di Milano, Sezione I Civile, 16 giugno 2009, Sezione VIII Civile, 17 luglio 2009, Sezione VIII Civile, 22 ottobre 2009 e della Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2009(1), in commento, riguardano un'unica ed inedita fattispecie, in diverse fasi processuali. Si tratta del conflitto tra un trustee e il fallimento del disponente, procedura in cui sono stati dichiarati falliti anche il trustee originario e il guardiano del trust.

Per una miglior comprensione della vicenda, è necessario riassumere le circostanze accadute prima dei vari giudizi.

Una società in nome collettivo, dedita ad attività commerciale, viene prima posta in liquidazione volontaria; poi, con contratto registrato(2), istituisce un trust(3), regolato dalla legge di Jersey(4) e proce-

de a segregare l'intero proprio patrimonio, per asseritamente favorirne la liquidazione.

Trustee è il socio amministratore e liquidatore della società disponente, mentre guardiano(5) è l'altra socia.

Quali primi atti gestori, il trustee stipula due contratti d'affitto d'azienda, per un canone simbolico e senza alcuna garanzia, in favore di altrettante società a responsabilità limitata, peraltro prive di mezzi propri.

Nel contempo il trustee diviene l'unico lavorato-

Francesco Tedioli - Avvocato in Mantova.

Note:

(1) Tribunale di Milano, Sezione I Civile, 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533; Tribunale di Milano, Sezione VIII Civile, 17 luglio 2009, ivi, 628; Tribunale di Milano, Sezione VIII Civile, 22 ottobre 2009, ivi, 2010, 77; Corte d'Appello di Milano, 29 ottobre 2009, ivi, 271. I testi dei provvedimenti possono essere consultati anche sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>.

(2) Il trust, almeno negli ordinamenti di *common law*, non ha natura contrattuale: esso viene istituito con un negozio unilaterale, cui si affiancano uno o più atti dispositivi. Si colloca, pertanto, nella *law of property*, in quanto fonte di una *trust property*. Per approfondimenti, M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, 5.

(3) Non si tratta di un trust propriamente auto-dichiarato, poiché il trustee non coincide con il disponente (è il suo liquidatore). Tuttavia, il patrimonio del trustee è destinato a soddisfare (oltre a quelli personali) anche i creditori della s.n.c.

(4) La giurisdizione relativa ad esistenza, validità ed effetti del trust viene individuata nella Corte di Jersey, mentre quella 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. Il trust è di durata indeterminata sino alla realizzazione delle sue finalità ovvero alla non più possibile realizzazione delle medesime. Beneficiari sono: la massa dei creditori della s.n.c.; poi, i finanziatori della società ed – in caso di residui attivi – i soci. È, inoltre, stabilito che il trustee amministri i beni in completa discrezionalità e abbia capacità processuale attiva e passiva in relazione al patrimonio segregato. Egli deve tenere un rendiconto delle attività svolte e redigere "entro 6 mesi dalla scadenza di ciascun anno solare un inventario e un bilancio del fondo in trust". Alla morte/cessazione o accertata incapacità, la facoltà di revoca e sostituzione del trustee è conferita ad un guardiano (la socia BIM) che, a sua volta, può essere sostituita per "imperita, negligente o imprudente esecuzione degli obblighi e dei compiti ad essa affidati".

(5) È presente un guardiano perché l'art. 12 della Trusts (Jersey) Law 1984 *as amended* richiede, per i trust di scopo non caritatevole (*non-charitable purpose trust*) – quale quello in oggetto, la nomina di un guardiano a pena di invalidità del negozio. Per approfondimenti, M. Beltrami – R. Sarro, I difficili equilibri tra le posizioni del disponente, del trustee, dei guardiani e dei beneficiari in un trust di famiglia, in questa Rivista, 2008, 36; P. Matthews, Il *protector* nella giurisprudenza, ivi, 2000, 366.

re dipendente di una delle due società affittuarie e non fornisce il rendiconto della gestione del trust.

La società disponente viene, quindi, dichiarata fallita dal Tribunale di Milano, unitamente ai suoi soci illimitatamente responsabili (*ex art.* 147 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 "l. f."), tra cui, come si è visto, il trustee(6) ed il guardiano.

Il curatore del fallimento, incaricato di fare l'inventario, non rinviene alcun bene e, previa autorizzazione del G. D., procede alla nomina di un nuovo trustee. Accade, poi, che il guardiano del trust revoca la nomina di questo nuovo trustee in favore di una società a responsabilità limitata, che svolge professionalmente tale attività.

Si instaurano, quindi, vari giudizi, tra i quali anche quello volto alla revoca della dichiarazione di fallimento, istanza respinta dalla Corte d'Appello di Milano con la sentenza oggetto dell'ultimo provvedimento in commento.

Nel primo procedimento, il trustee (la s.r.l. nominata dal guardiano) ricorre *ex art.* 700 cod. proc. civ. al Tribunale di Milano perché: 1) accerti l'inefficacia della sostituzione di trustee operata dal fallimento; 2) confermi la società ricorrente quale trustee, legittimamente nominato dal guardiano; 3) ordini all'altro trustee nominato dalla curatela di astenersi dal compiere atti che presuppongano la predetta qualità.

In particolare, la ricorrente sostiene che la sostituzione del trustee operata dal curatore del fallimento sia un atto abnorme, irrituale e contrastante con la segregazione del patrimonio conferito in trust, fenomeno giuridico opponibile ai creditori, che, anche se concorsuali, non possono aggredire i beni conferiti in trust. Inoltre, il *periculum in mora* si sostanzerebbe nell'impossibilità di dar corso alla liquidazione e, quindi, di gestire i contratti di affitto d'azienda o di difendersi nelle cause promosse contro il trust.

Costituendosi in giudizio, il fallimento ed il trustee sostituito assumono, invece, che la società disponente, all'atto della istituzione del trust, versava già in stato di insolvenza. L'unica forma possibile di segregazione del patrimonio era, dunque, il ricorso al fallimento in proprio, anziché il conferimento del patrimonio aziendale in trust.

La curatela, inoltre, sostiene: 1) la legittimità della sostituzione del trustee, operata dal fallimento, stante la perdita della capacità di agire da parte dell'originario trustee, pure fallito *ex art.* 147 l. f.; 2) l'inefficacia della nomina a trustee del ricorrente ad opera del guardiano, in quanto effettuata da soggetto pure fallito e, quindi, incapace *ex art.* 42, 43 l. f.; 3) la non riconoscibilità del trust, in quanto "interno";

4) e, comunque, la sua nullità e/o inefficacia, per essere simulato (*sham trust*)(7); 5) l'atto istitutivo sarebbe anche revocabile *ex art.* 2901 cod. civ., perché il disponente si è integralmente spogliato del proprio patrimonio senza attribuire alcuna utilità ai creditori; 6) infine, la nullità del trust istituito deriverebbe dal contrasto con la disciplina fallimentare.

Per contro, la società fallita e il guardiano si associano alle domande del ricorrente(8), assumendo che le incapacità conseguenti alla dichiarazione di fallimento riguardano solo i beni acquisiti alla massa dei creditori e non anche quelli (estranei) conferiti in un patrimonio separato.

La Corte risolve, in primo luogo, le questioni preliminari e processuali, riconoscendo la legittimazione passiva del guardiano del trust ed escludendo (in quanto soggetto fallito) quella della s.n.c., pure convenuta.

Passa, poi, ad un'analisi generale del trust, istituito che riconosce come perfettamente valido nell'ordinamento, sia nella forma di trust interno, che in quello c. d. auto-dichiarato, in cui le figure di disponente e trustee coincidono.

Procede, infine, ad un esame dei possibili rapporti tra trust e fallimento, ritenendo, in linea di principio, che il trust liquidatorio non sia incompatibile con la disciplina concorsuale qualora esso persegua, per conto del disponente *in bonis*, finalità di tutela dei creditori-beneficiari.

Infatti, in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, il conferimento di alcuni beni in trust sopravvive al fallimento ed il *trust fund* conserva la natura di patrimonio separato. Il Tribunale ricorda, inoltre, che è sempre possibile l'esperimento dell'azione re-

Note:

(6) Va ricordato che la Bankruptcy (Desastre) Jersey Law 1990 inibisce a chi si trovi assoggettato a procedure concorsuali di assumere o mantenere l'incarico di trustee.

(7) Il fallimento resistente sostiene che il trust sarebbe nullo o inefficace in quanto simulato (*sham trust*). In particolare, il trust non sarebbe meritevole di tutela secondo la stessa legge voluta dal disponente, in quanto non diretto a perseguire lo scopo indicato nell'atto (l'interesse dei creditori), ma volto a occultare (in danno dei medesimi) il patrimonio della società fallita. Al riguardo, il fallimento adduce una serie di elementi indiziari: 1) la mancata pubblicità dell'atto di istituzione del trust, non redatto in forma pubblica, ma per scrittura privata registrata; 2) il fatto che il trustee si limiti a mantenere occultato, ai creditori, il patrimonio del disponente; 3) il mancato deposito del libro degli eventi del trust e del rendiconto; 4) il fatto che il trustee e il guardiano abbiano accettato la notifica di numerosi atti giudiziari nella qualità di legali rappresentanti della società dopo l'istituzione del trust, senza nulla opporre; 5) la mancata informazione su esistenza e vicende del trust; 6) il mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori, dimostrato dalle loro insinuazioni al passivo e dall'assenza di attivo fallimentare.

(8) Tra le loro domande è compresa quella di accertamento di invalidità ed inefficacia della sostituzione del trustee operata dal curatore.

vocatoria ordinaria, laddove il curatore dimostri che l'istituzione del trust abbia impoverito il patrimonio del disponente, con la consapevolezza del medesimo.

Se, però, muta anche uno solo dei presupposti di fatto sovra enunciati, il principio di conservazione degli effetti della segregazione patrimoniale non è più applicabile.

Qualora, infatti, il trust si sostituisca o precluda la liquidazione fallimentare, assuma funzioni liquidatorie dell'intero(9) compendio aziendale della società fallita o se la sua istituzione arrechi concretamente danno ai creditori del disponente, esso persegue finalità contrarie a quelle dell'ordinamento giuridico(10). Proprio in quest'ultima ipotesi viene ricondotta la fattispecie in commento.

La società resistente, sin dal momento in cui ha istituito la segregazione patrimoniale, era, infatti, insolvente e, pertanto, non aveva altra strada che ricorrere alla procedura concorsuale(11). I suoi creditori non hanno, inoltre, ottenuto alcun vantaggio economico dall'attività gestoria devoluta al trustee, tant'è che tutti hanno dovuto presentare domanda di ammissione al passivo. Il trust non ha, quindi, perseguito interessi meritevoli di tutela, ma, sin dall'inizio, era diretto ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale, in violazione degli artt. 13 e 15, lett. e) Convenzione de L'Aja.

Il Tribunale conseguentemente accerta la nullità dell'atto istitutivo(12), lo dichiara improduttivo di effetti segregativi sul patrimonio del disponente, rigetta il ricorso ex art. 700 cod. proc. civ. per mancanza del *fumus boni iuris* ed, infine, pronuncia il difetto di legittimazione passiva della società resistente, nonché del trustee nominato dal fallimento.

La seconda ordinanza, resa tra le stesse parti(13), decide in ordine alla richiesta di sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ. promossa dal fallimento, il quale preannuncia le domande oggetto del futuro giudizio di merito. Il ricorrente chiederà che si accerti l'estraneità del trust al nostro ordinamento giuridico ex art. 13 Convenzione de L'Aja; la sua nullità per contrasto con norme imperative; la sua simulazione; la revoca o dichiarazione di inefficacia ex art. 64 l. f. dell'atto con il quale la società in liquidazione ha trasferito la proprietà dell'azienda al trustee; l'inefficacia ex artt. 43 e 44 l. f. dell'atto con cui il guardiano ha nominato, come nuovo trustee, una s.r.l. e la conseguente condanna di quest'ultima e del primo trustee (liquidatore della società poi fallita) a consegnare al fallimento i beni conferiti nel trust.

Il Tribunale di Milano riconosce, in primo luogo, la propria competenza ex art. 24 l. f., sia con riferi-

mento alle azioni ex artt. 43, 44, 64 l. f., sia con riferimento alle azioni di nullità e simulazione, poiché esse sono prospettate in relazione alla contrarietà del trust alle norme fallimentari, intese quali principi di ordine pubblico, oppure alla sua natura fraudolenta ed elusiva delle norme poste a tutela dei creditori(14).

Quanto al *fumus boni iuris*, il Giudice richiama testualmente la motivazione della prima ordinanza in commento e, dopo aver evidenziato i differenti presupposti del *periculum in mora* per la concessione del sequestro giudiziario rispetto a quello conservativo(15), riconosce il fondato timore del fallimento ricorrente. Il suo diritto ad apprendere i beni della fallita, nelle more del giudizio necessario per tutelarli, può subire un grave pregiudizio, costituito, nella specie, dal concreto

Note:

(9) Il tribunale ritiene che, anche se il trust in esame fosse originariamente valido ed efficace, sarebbe, comunque, incompatibile con l'ordinamento e con le regole proprie della liquidazione fallimentare, poiché esso riguarda tutto il patrimonio aziendale. In tale ipotesi, siamo in presenza di una causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento.

(10) In particolare, il contrasto è con l'art. 15, lett. e) Convenzione de L'Aja e, comunque, con la legge fallimentare italiana; talché interviene a presidio l'art. 18 Convenzione, secondo cui "le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico".

(11) Infatti: 1) il trust ha il generico scopo di operare la liquidazione per tutelare i creditori; 2) attribuisce al trustee ogni potere, senza un apparente programma strategico e con clausole di stile; 3) conferisce al trustee l'intero patrimonio aziendale, sostanzialmente senza alcuna limitazione. Inoltre, la società, alla data di istituzione del trust: 4) era in stato di insolvenza (l'ordinanza, dopo una riqualificazione del bilancio, stima che il patrimonio fosse negativo per € 234.448,00); 5) era priva della propria sede sociale a seguito di sfratto per morosità; 6) aveva cessato, da molti mesi, la propria attività produttiva; 7) non aveva mezzi propri; 8) aveva ricevuto vari provvedimenti monitori, anche provvisoriamente esecutivi.

(12) Il giudice può dichiarare la nullità del trust, poiché il trustee nominato dal guardiano ne chiede giudizialmente la manutenzione.

(13) Ricorrente è il fallimento e resistente il trustee nominato dal guardiano (poi fallito).

(14) Si tratta di azioni devolute alla competenza assoluta ed inderogabile del tribunale fallimentare, in quanto esse traggono origine e fondamento dal fallimento, ovvero tutelano i principi stessi che lo connotano (la corretta formazione della massa fallimentare e la *par condicio creditorum*). Tali azioni subiscono, dunque, una deviazione dallo schema tipico, per effetto della disciplina del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (Cass., 20 luglio 2004, n. 13496, Guida al Diritto, 2004, 38, 60; Cass., 30 agosto 2004, n. 17440, inedita; Cass., 15 settembre 1996, n. 9156, Giur. imposte, 1997, 130; Cass., 8 agosto 1989, n. 3634, Mass. Giur. it., 1989, 344; Cass., 10 agosto 1988, n. 4909, Fallimento, 1989, 21).

(15) Nel sequestro giudiziario non si richiede, come per quello conservativo, il pericolo, concreto ed attuale, di sottrazione o alterazione del bene. Ai fini della valutazione dell'opportunità, richiesta dall'art. 670, n. 1 cod. proc. civ., è necessario e sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del giudizio comporti la mera astratta possibilità che si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione del diritto controverso (tra le tante: Cass., 12 febbraio 1982, n. 854, Mass. Giur. it., 1982, 799).

rischio che il trustee compia atti dispositivi e/o liquidativi, rendendo impossibile o comunque molto più onerosa l'attuazione di una sentenza di merito favorevole al fallimento(16).

Stante la sussistenza degli indicati presupposti di legge, il Tribunale concede il sequestro giudiziario su tutti beni costituenti il patrimonio aziendale della fallita conferiti nel trust e nomina un custode giudiziale, che eserciterà tutti i poteri di legge, richiedendo, ove occorra, indicazioni al Tribunale.

La terza ordinanza respinge il reclamo con cui il trustee ITC (quello nominato dal guardiano), chiede la revoca del sequestro giudiziario sui beni conferiti nel trust e costituenti l'intero patrimonio aziendale della società fallita.

Il ricorrente aveva sostenuto la mancanza del *fumus bonis iuris*, la validità del trust e la sua istituzione quando la disponente non si trovava in stato di insolvenza.

Il Collegio, condividendo l'impostazione teorica con cui il Giudice di *prime cure* ha ritenuto legittimo, in via generale, il trust interno con funzioni liquidatorie, osserva, invece, che sussistono sia il presupposto della strumentalità della cautela rispetto alla domanda di merito proponendo(17), che il *fumus boni iuris* dell'azione di nullità del trust. Le motivazioni sono le medesime già indicate dal giudice in prima istanza e ribadite nel provvedimento collegiale con cui il Tribunale ha respinto il reclamo proposto dalla s.r.l. avverso l'ordinanza resa nel procedimento ex art. 700 cod. proc. civ..

All'epoca dell'istituzione del trust il disponente era insolvente; si trovava, dunque, in una situazione diversa dalla semplice fase liquidatoria del patrimonio attivo e passivo per cessazione della propria attività. La società, pertanto, avrebbe dovuto ricorrere ad una procedura d'insolvenza, anche minore.

Il Tribunale ritiene che la nullità del trust derivi anche dal fatto che, con l'atto istitutivo, il disponente ha segregato l'intero patrimonio aziendale, affidandolo ad un trustee rappresentato dallo stesso socio illimitatamente responsabile. In tal modo, quest'ultimo ha conservato quel diritto a disporre dei beni, che avrebbe perso con la dichiarazione di fallimento. L'istituzione del trust è, dunque, in contrasto sia con le regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, che con l'art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja.

Per quanto riguarda il *periculum in mora*, anche in sede di reclamo, emerge l'opportunità che la curatela provveda "alla custodia o alla gestione temporanea" dei beni oggetto della controversia. Infatti, la possi-

bilità di una loro amministrazione, del tutto discrezionale, da parte del trustee e del guardiano – soci della società fallita, falliti anch'essi – è in contrasto con l'interesse della procedura concorsuale, che ha diritto alla loro apprensione e gestione.

La sentenza della Corte d'Appello di Milano rigetta il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento della società disponente e dei suoi soci, ritenendolo infondato sotto ogni profilo. Per quel che interessa in questa sede, la Corte d'Appello ritiene che l'istituzione del trust, da parte della società *in bonis*, sia stata una operazione solo formalmente e dichiaratamente finalizzata a tutelare le ragioni di tutti i creditori. Nella realtà, invece, ha "trasformato la procedura di liquidazione in un'attuata sospensione a tempo indeterminato dei suoi ordinari effetti a beneficio dei soci, rivelandone l'artificiosità in danno dei creditori, di fatto venuti a trovarsi di fronte alla segregazione del patrimonio societario senza che, a due anni esatti di distanza, sia stato comprovato alcun concreto soddisfacimento di debiti [...]". In altre parole, il trust "null'altro ha prodotto che una sicura attuale sottrazione - distrazione dei beni rispetto al loro impiego, così da rivelarsi una mera immagine di copertura ed una segregazione per fini diversi [...]". Le finalità elusive sono evidenziate dalla mancanza di terzietà del trustee e del guardiano, dall'assenza di qualsiasi comunicazione ai creditori, nonché di un loro coinvolgimento al programma di liquidazione (peraltro, mai preparato).

■ Il trust interno è perfettamente valido in Italia

Il trust "interno" è quel trust che non presenti alcun elemento di estraneità con l'ordinamento italiano, né di carattere oggettivo (avuto riguardo ai beni conferiti), né di carattere soggettivo (in relazione al-

Note:

(16) Tale conclusione si fonda su plurimi, gravi e concordanti elementi presuntivi. In particolare, il trust ha rifiutato, nonostante espressa richiesta del fallimento, di rendere il conto della gestione; ha promosso un ricorso ex art. 700 cod. proc. civ., rivelatosi del tutto infondato, volto ad estromettere il trustee nominato dal curatore fallimentare ed in cui ha rappresentato l'intenzione di procedere nella gestione e liquidazione dei beni della fallita.

(17) L'instaurando giudizio avrà ad oggetto la proprietà o il possesso dei beni della società fallita. Il Tribunale afferma che la strumentalità sussiste anche per tutte le controversie *ex contractu*, come la presente, volte alla declaratoria di nullità del negozio con cui il patrimonio sociale è stato conferito in un trust. Tale nullità, infatti, condurrebbe la curatela fallimentare a riprendere possesso dei beni che attualmente sono segregati nel trust ed attribuiti in proprietà al nuovo trustee nominato dal guardiano del trust.

la persona del disponente, ovvero a quella del trustee), ad eccezione della legge regolatrice (straniera).

Per anni, la sua validità, nel nostro ordinamento(18), ha rappresentato un argomento di intenso dibattito che, in questa sede, non intendiamo ripercorrere(19).

Secondo l'opinione, oramai consolidata in dottrina(20) e nella giurisprudenza di merito(21), in virtù dell'art. 6(22) Convenzione de L'Aja e della sua legge di ratifica, sono riconosciuti non solo i trust(23) internazionali(24), ma anche quelli interni, quale strumento di segregazione(25) del patrimonio o di

Note:

(18) Altre disposizioni di legge contemplano il trust nel nostro ordinamento nazionale: l'art 1, commi 74-76 della L. 27 dicembre 2006, n. 269 (legge finanziaria 2007), che riconosce al trust un'autonomia soggettiva tributaria; l'art 13, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che include i trust, che esercitano attività commerciali, tra i soggetti obbligati alla tenuta di scritture contabili; la L. 24 novembre 2006, n. 286, che assoggetta la costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti all'imposta sulle successioni e donazioni. Per approfondimenti sulla disciplina fiscale del trust, v. la circolare 48/E dell'Agenzia delle Entrate, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, *ivi*, 497, e la risoluzione n. 425/E del 5 novembre 2008, in tema di trust commerciale opaco (cioè senza beneficiari di reddito individuati, i cui redditi sono direttamente attribuiti al trust medesimo), in questa Rivista, 2009, 71; Fisco, 2009, 537 (con commento di E. Corsano - A. Coscarelli, Discrezionalità del trustee e trasparenza del trust).

(19) Per un'attenta rassegna si veda F. Catarci, Trust autodichiarato e garanzia dei creditori, *Giur. merito*, 2008, 717, a p. 721.

(20) M. Lupoi, Effects of the Hague Convention in a Civil Law Country - Effetti della Convenzione dell'Aja in un Paese civilista, *Vita not.*, 1998, 19; *Id.*, I trust nel diritto civile, *Vita not.*, 2003, 605; *Id.*, Lettera a un notaio conoscitore dei trust, *Riv. not.*, 2001, 1159; *Id.*, Trusts, II ed., Milano, 2001; A. Busani, I notai ammettono il trust interno, *Il Sole 24 Ore*, 23 febbraio 2006, 27; R. Partisani, Trust interno e responsabilità civile del disponente, *Resp. civ.*, 2005, 543; S. M. Carbone, Trust interno e legge straniera, in questa Rivista, 2003, 333; A. Gambaro, voce "Trust", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 449; F. Di Ciommo, La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 ed il cd. trust interno, *Temi romana*, 1999, 779; R. Lenzi, Operatività dei trusts in Italia, *Riv. not.*, 1995, 1379; E. Maré, Trust e scissione del diritto di proprietà, *Corriere giur.*, 1995, 162; U. Apice, Il trust e le procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>. In generale sul trust, M. C. Malaguti, *Il Trust*, in *Aa. Vv.*, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1999, p. 179 s.

(21) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 419; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, *ivi*, 2007, 425, *Corr. merito*, 2007, 1006 (nota critica A. Reali, Il trust tra tutela e frode ai creditori, I contratti, 2008, I, 15 e nota adesiva M. Montefameglio, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" [*supra*, nota 22]); Trib. Milano, 23 febbraio 2005, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" [*supra*, nota 22], sull'omologa giudiziale delle condizioni di separazione personale, tra le quali fu acclusa l'istituzione di un trust auto-dichiarato dal marito in favore della figlia minore; Trib. Napoli, 14 luglio 2004, *Corr. merito*, 2005, 13; Trib. Trento, Sez. Dist. Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, *ivi*, 2004, 67; Trib. Bologna, 28 aprile 2000, *ivi*, 2000, 372; Trib. Lucca, 23 settembre 1997, *Foro it.*, 1998, 3391 (*contra*, Trib. Belluno, 25 settembre 2002, in questa Rivista, 2003, 255, *Riv. dir. internaz. priv.*, 2003, 510). Dottrina e giurisprudenza rilevano che, ragionando a contrario, si violerebbe l'art. 3 della Costituzione (non è possibile consentire in Italia l'uso del trust ad un cittadino straniero e negarlo ad un italiano) e non avreb-

be efficacia alcuna l'intera legge 16 ottobre 1989, n. 364 (Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fallimento, 2005, 553; Cass. pen., 18 dicembre 2004, n. 48708, in questa Rivista, 2005, 574; *Riv. pen.*, 2006, 124; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83). Si veda anche Trib. Velletri, 29 giugno 2005, *ivi*, 2005, 577, che, nel negare l'applicabilità della Convenzione ad un trust interno, ha ritenuto ammissibile l'istituzione di un trust interno, riconoscendone i relativi effetti, in quanto negozio atipico degno di tutela in ragione della meritevolezza degli interessi perseguiti ai sensi degli artt. 1322 e 1324 cod. civ.. La sua causa è astrattamente lecita e non è dissimile da quella tipica di altre figure già previste nel nostro ordinamento (fondazioni familiari, fondo patrimoniale...).

(22) Convenzione de L'Aja 1° luglio 1985, ratificata in Italia, con legge 16 ottobre 1989, n. 364, in vigore dall'1 gennaio 1992, consultabile sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>. La Convenzione si pone l'obiettivo di armonizzare le regole del diritto internazionale privato in materia di trust e, di fatto, ne attua il riconoscimento negli ordinamenti di *civil law* privi di una disciplina interna. In particolare, l'art. 6 prevede che il trust sia regolato dalla legge scelta dal disponente.

(23) "Per trust s'intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il disponente, con atto tra vivi o *mortis causa* qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico" (art. 2 Convenzione). In conseguenza dell'istituzione del trust, che deve essere stipulato con il solo onere della forma scritta, *ad probationem* (art. 3 Convenzione), i beni conferiti in trust beneficiano della segregazione patrimoniale, "non fanno parte del patrimonio del trustee" e quest'ultimo "è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni secondo i termini del trust e le norme particolari impostegli dalla legge" (art. 2, § 2 Convenzione).

(24) Quelli che presentano elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano (residenza del disponente, del trustee, dei beni da segregarsi).

(25) Sul concetto di segregazione, effetto del trust, come fenomeno distinto dal patrimonio autonomo e separato, si veda M. Lupoi, Trust [*supra*, nota 20], p. 565 s. In estrema sintesi e massima semplificazione, a differenza di quanto accade nel patrimonio separato, vi è un'incommunicabilità assoluta tra beni che ne costituiscono l'oggetto ed il soggetto che ne è titolare, ed una completa coincidenza tra proprietà e gestione e tra titolarità e godimento. Non vi è alcuna possibilità di distinzione tra gestore (trustee) ed il complesso di beni, come, invece, accade nel patrimonio autonomo. In ogni caso, dottrina e giurisprudenza, per legittimare il trust interno, richiamano l'istituto del patrimonio separato, rammentando le sue diverse applicazioni: a) nel mandato senza rappresentanza, ove il mandante è ammesso a rivendicare direttamente le cose mobili acquistate dal mandatario in nome proprio e tali beni sono sottratti all'azione esecutiva dei creditori del mandatario (art. 1707 cod. civ.); b) nel fondo patrimoniale (167 cod. civ.), ove è data facoltà ai coniugi di separare una parte del patrimonio destinandolo ai bisogni della famiglia, con possibilità dei soli creditori relativi alle obbligazioni contratte per tali bisogni di agire sui beni costituenti il fondo (art. 170 cod. civ.); c) nell'art. 22 del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, che ha introdotto nuove figure di intermediari destinati a gestire gli investimenti in strumenti finanziari, prevedendo la separazione, anche in sede concorsuale, del patrimonio amministrato dal patrimonio dell'intermediario; d) nell'art. 2447 *quinquies* cod. civ. relativamente ai patrimoni destinati ad uno specifico affare (in tema F. Cuccuru, Patrimoni destinati ed insolvenza, *Contratto e impr.*, 2009, 422); e) nell'art. 4, II comma, della L. 30 aprile 1999, n. 130, in tema di cartolarizzazione dei crediti, il quale prevede che, dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della notizia dell'avvenuta cessione dei crediti, sui crediti acquistati e sulle somme corrisposte dai debitori ceduti, sono ammesse azioni solo da parte dei portatori dei diritti incorporati dei titoli emessi dalla stessa società di cartolarizzazione o da altra società (c. d. società veicolo). Si vedano anche: f) i negozi di destinazione di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ., in cui uno o più beni vengono vincolati ad uno scopo (con un vincolo di tipo "reale"), con conseguente separazione patrimoniale. In particolare, l'interesse deve essere meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, II comma, cod. civ., con riferimento ai disabili, alla pubblica amministrazione o di pubblica utilità, giustificato da una fun-

(segue)

parte dei beni di un soggetto (disponente o *settlor*), posto sotto il controllo di un trustee(26), a favore di uno o più beneficiari o per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli (trust di scopo).

Il tenore letterale dell'art. 6 lascia, infatti, desumere che il disponente ha un'illimitata libertà nello scegliere la legge regolatrice del trust. Quello interno, retto dalla legge straniera, è, pertanto, perfettamente valido e va riconosciuto agli effetti di cui agli art. 11 ss.

Questione connessa alla sua ammissibilità è l'interpretazione dell'effettiva portata ed estensione del precetto, contenuto nell'art. 1327 Convenzione de L'Aja, che consente di non riconoscere i trust immergevoli di tutela.

Il problema è stato definitivamente risolto dalla giurisprudenza(28), secondo cui, mentre l'adozione della l. 16 ottobre 1989, n. 364 è un riconoscimento della causa "astratta" dell'istituto, quella "concreta" va analizzata volta per volta(29).

L'art. 6 prevale, quindi, sulle disposizioni dell'art. 13, norma di chiusura che attribuisce al giudice il potere-dovere di negare il riconoscimento del trust ogni qualvolta, dall'esame dello "specifico programma" predisposto dal disponente, sia ravvisato un intento in frode alla legge o, comunque, in contrasto con l'ordinamento interno(30). Principio, questo che ha ispirato per ultimo la decisione della Corte di appello di Milano, in commento.

L'istituto del trust (pure nella forma auto-dichiarata)(31) è pienamente compatibile anche con i prin-

Note:

(continua nota 25)

zione socio economica e con riferimento a valori solidaristici ed interessi superindividuali. Per approfondimenti, M. Bianca, Trustee e figure affini nel diritto italiano, Riv. not., 2009, 558; A. C. Di Landro, L'art. 2645 ter e il trust, spunti per una comparazione, ivi, 583; D. Muritano, Negozio di destinazione e trust interno, in G. Vettori, Atti di destinazione e trust (Art. 2645 ter del codice civile), Padova, 2008, p. 267 s. (spec. p. 274 s.), i quali sottolineano le differenze tra negozio di destinazione e trust; M. Lupoi, Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(26) Il trustee ha l'amministrazione dei beni, di cui acquista la proprietà, vincolata peraltro agli scopi indicati dal disponente. Il trustee non è possessore o detentore dei beni in trust, ma ne è titolare, ha diritti pieni ed incondizionati (in inglese *absolutely entitled*) sul fondo in trust, anche se tali beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo patrimonio personale (Trib. Torino, 5 maggio 2009, in questa Rivista, 2010, 92, a p. 93). Simili considerazioni si rinvenivano anche nella pronuncia del Trib. pen. Venezia, 4 gennaio 2005, ivi, 2005, 245, secondo cui "il trustee è titolare di un diritto reale non nell'interesse proprio, ma nell'interesse altrui. Non vi è la nascita di un nuovo diritto reale, né uno scioglimento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro" che lo accetta assumendo un essenziale obbligo di amministrazione e gestione. Anche nell'art. 24 (1) della legge di Jersey, infine, è previsto che "ferme restando le disposizioni dell'atto istitutivo e le

obbligazioni del trustee, questi ha gli stessi poteri sui beni in trust di una persona fisica che agisca in qualità di proprietario (beneficial owner)".

(27) Come si è accennato, l'art. 13 Convenzione prevede che "nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi importanti, ad eccezione della 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 degli interpreti nel senso che il giudice possa negare il riconoscimento del trust interno laddove il suo utilizzo si ponga, in concreto, come elusione di norme imperative dell'ordinamento italiano, ossia nel caso in cui la causa in concreto perseguita dal disponente, con il programma negoziale, non sia comunque meritevole di tutela.

(28) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21]; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21]; Trib. Trieste, G. T., 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 21], secondo cui: "rientra anche nei poteri del giudice fare applicazione dell'art. 13; tuttavia l'utilizzo di detta norma, lungi dall'essere obbligatorio o - al contrario - capriccioso potrà avvenire solo in maniera conforme alla ratio del legislatore [...] al solo fine di evitare il riconoscimento di trust interni con intenti abusivi o fraudolenti [...]".

(29) Secondo Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21], "occorre esaminare la meritevolezza della causa concreta del trust, senza fermarsi allo scopo negoziale che prima facie le parti intendono perseguire, ma verificando se anche l'eventuale scopo effettivo, sotteso a quello apparente, sia conforme ai principi generali dell'ordinamento".

(30) Secondo Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 21], "l'unica possibilità di interpretazione logica dell'art. 13 non è quella di porre detto art. in conflitto con l'art. 6 o con l'art. 11, bensì [...] di considerare la norma di chiusura anche ultronea per ribadire che possono non essere riconosciuti quei trusts che costituiscono frode alla legge siccome volti a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui devono operare".

(31) Trib. Orbetello, 15 luglio 2008, Notariato, 2009, 40; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21]; Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in questa Rivista, 2005, 585; Contratti, 2005, 853; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73; Guida al Diritto, 2003, 45, 67; in senso contrario, Trib. Napoli, 1 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 74; Foro it., 2003, II, 698. In particolare, secondo il Tribunale di Reggio Emilia la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 Convenzione è assai ampia. Non è, pertanto, necessaria la distinzione tra la figura del disponente e quella del trustee e non è richiesto, come elemento essenziale, il trasferimento dei beni dal disponente al trustee, ma è solo sufficiente che i beni siano posti sotto il controllo di quest'ultimo. Ne consegue, dunque, che un trust, avente tutte le caratteristiche di cui all'art. 2 Convenzione, deve essere riconosciuto come esistente e produttivo di effetti, ancorché auto-dichiarato e se - coincidendo la persona del disponente con quella del trustee - manca del trasferimento dei beni da un soggetto all'altro. In dottrina, riconoscono l'ammissibilità dei trust auto-dichiarati: L. Fumagalli, Convenzione relativa alla legge sui trusts ed al loro riconoscimento, Nuove leggi civ., 1993, 1238 s.; A. De Donato - V. De Donato - D'Errico, Trust convenzionale. Lineamenti di teoria e pratica, Roma, 1999, pp. 191-193. *Contra*, Salvatore, Il trust. Profili di diritto internazionale e comparato, Padova, 1996, p. 61, secondo cui la soluzione deve essere negativa per almeno due ragioni: a) il testo definitivo del primo paragrafo dell'art. 2 ha sostituito, alla nozione di "beni trasferiti a o trattenuti da" un trustee, quella di "controllo sui beni" da parte del trustee; b) tale testo definitivo, definendo il trust come "rapporto giuridico istituito da una persona, il disponente [...] qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee", implica l'alterità soggettiva fra disponente e trustee. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 20], p. 503, opta per la soluzione positiva e contraria, facendo leva in particolare sull'andamento dei lavori preparatori. Da essi si evince che la menzione del "disponente" nel primo paragrafo dell'art. 2 fu introdotta solo per venire incontro ai delegati degli Stati di *civil law* (i quali aspiravano ad una formulazione chiara al punto da risultare "scolastica" della norma descrittiva del trust). Per i delegati degli Stati di *common law* era, invece, pacifica l'applicabilità della Convenzione ai trust auto-dichiarati. *Idem*, S. Bartoli, Il trust auto-dichiarato nella Convenzione de L'Aja sui trusts, in questa Rivista, 2005, 355, che sostiene l'ammissibilità del tru-

(segue)

cipi inderogabili di ordine pubblico di: 1) responsabilità patrimoniale universale ex art. 2740 cod. civ.(32); 2) tassatività (o riserva di legge) delle sue limitazioni; 3) concorso dei creditori ex art. 2741 cod. civ.(33), nonché di 4) tipicità degli atti soggetti a trascrizione(34).

Qualora, invece, l'obiettivo effettivo che il disponente si è prefissato, nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust, sia quello di frodare la legge interna (sham trust)(35), l'atto istitutivo è nullo ed inefficace, in quanto il trustee agisce al solo fine di soddisfare lo scopo reale, contrario ai principi dell'ordinamento(36). Per l'effetto, se viene accertata l'intesa simulatoria, il trust è nullo sin dall'origine, il fondo è da considerare di proprietà del disponente, ogni distribuzione ai beneficiari è ripetibile ed ogni compenso versato al trustee deve essere restituito(37).

Il trust validamente istituito, al contrario, comporta la segregazione del patrimonio conferito, talché i creditori del disponente non possono soddisfarsi su questi beni(38), perché essi sono di proprietà del trustee(39).

Neppure quelli del trustee possono attaccare il *trust fund*, né sottoporlo a sequestro o pignoramento (art. 11, Il comma, lettera b, Convenzione de L'Aja) (40), trattandosi di una massa distinta rispetto al suo

Note:

(continua nota 31)

st auto-dichiarato sul fatto che l'art. 2 Convenzione, ove utilizza i termini "disponente" e "trustee", non postula affatto che costoro siano due soggetti diversi. Inoltre, ove fa riferimento al termine "controllo", introduce una nozione convenzionale di trust più ampia rispetto a quella del modello tradizionale anglosassone e, pertanto, vi fa rientrare anche il trust auto-dichiarato. Vedi anche F. Catarci, Trust autodichiarato e garanzia dei creditori [supra, nota 19], a p. 717.

(32) Quanto all'art. 2740 cod. civ., in base al quale il debitore risponde delle obbligazioni contratte con tutti i suoi beni, presenti e futuri, è però comune opinione che non si tratti di un principio d'ordine pubblico economico (R. Partisani, Trust interno e responsabilità civile del disponente [supra, nota 20], a p. 546). In ogni caso, sarebbe assurdo, anche al di là della Convenzione, ipotizzare una contrarietà del trust al principio di responsabilità patrimoniale, perché l'enunciazione di universalità della garanzia generica è seguita dall'espressa previsione di eccezioni; in questo senso l'effetto segregativo del trust interno non differisce affatto dalle numerose fattispecie di patrimoni separati (vedi gli esempi portati supra, nota 25) censite nel nostro ordinamento civilistico.

(33) In tema G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria, in questa Rivista, 2003, 24, a p. 25, secondo cui: "nell'attuale stadio evolutivo del nostro ordinamento giuridico la legge crea ormai sempre più frequentemente casi di segregazione di beni o di complessi di beni, per il soddisfacimento di particolari interessi di soggetti terzi, modificando il principio dell'unicità del patrimonio su cui si basa l'istituto della garanzia patrimoniale del credito [...] e del concorso dei creditori". Essa sottrae, così, determinate categorie di beni alla regola del concorso dei creditori. A. Gambaro, voce "Trust" [supra, nota 20], a p. 468.

(34) In dottrina, sul problema della trascrivibilità dei trust immobiliari: S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 579 s. e p. 796 ss.; F. Steidl, Trust autodichiarati: percorsi diversi della trascrivibilità, in questa Rivista, 2003,

376; M. Dogliotti, La pubblicità del trust nel settore immobiliare, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Milano 2003, p. 47 s. A favore della trascrivibilità: Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 21], secondo cui il diritto del trustee a chiederne la trascrizione, a proprio nome, deriva non tanto dal disposto dell'art. 2645 ter cod. civ., quanto dall'art. 12 Convenzione de L'Aja e dalla circostanza che egli è pieno e legittimo proprietario dei beni in trust. Come tale ha diritto, al pari di chiunque altro, di trascrivere a proprio nome tali beni. Se così non fosse, non potrebbe trovare attuazione la segregazione patrimoniale, elemento fondamentale dell'istituto, poiché, in mancanza di pubblicità, non si potrebbe opporre ai terzi l'esistenza di un patrimonio separato. *Idem*, Trib. Trieste, 23 settembre 2005 [supra, nota 28]; Trib. Bologna, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, ivi, 2002, 241; Trib. Bologna, 28 aprile 2000 [supra, nota 21]; Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in questa Rivista, 2000, 372.

(35) Inizialmente la giurisprudenza di Jersey, dal quale deriva il termine, riteneva che si avesse *sham* (l'intento simulatorio delle parti) quando il disponente avesse mantenuto il controllo effettivo del fondo in trust e ne avesse disposto come cosa propria (*Snook v London and West Riding Investments Ltd.* [1967], in questa Rivista, 2006, 286). A questa condizione, la più recente giurisprudenza ne ha aggiunto una seconda: perché si riscontri *sham* occorre che il disponente e il trustee abbiano avuto la comune intenzione di creare un rapporto giuridico diverso dal trust, o anche solo un trust nudo (*bare trust* è quello in cui, di fronte al trustee, vi siano soggetti titolari di posizioni beneficiarie assolute) in favore del disponente e che questa intenzione sia finalizzata a produrre una falsa impressione nei terzi (*MacKinnon v Regent Trust* [2005], ivi, 2006, 268, secondo cui "both the settlor and the trustee intended that the true position would not be as set out in the settlement deeds, but that either the settlements were invalid and of no effect, or that the assets of the settlements were held for the settlor absolutely, so that the assets were simply held for her order; and both intended to give a false impression to a third party or parties (including the other beneficiaries and the courts) that the assets had been donated into the settlements and were held on the terms of the deeds". Una definizione di *sham* si trova nella sentenza *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others* [2005], ivi, 2004, 296, prima pronuncia della Royal Court ad occuparsi del problema, in cui si legge: "the settlement [il trasferimento] was a sham in the sense that it was made to appear to be what it was not".

(36) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21], che così definisce un trust di famiglia, in cui il trustee si limiti a tener occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori e si disinteressa dei beneficiari ai quali, invece, dovrebbe corrispondere un mantenimento.

(37) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [supra, nota 2], pp. 72-73, con la sola eccezione dei trust nei quali i presupposti dello *sham* siano sorti in un certo momento nel corso del trust.

(38) *Ex multis*, Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [supra, nota 21], secondo cui i creditori del disponente non possono assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili istituiti in trust, con atto avente data certa anteriore al pignoramento. Per un commento alla pronuncia, P. Rotondo - E. Senini, Impignorabilità dei beni vincolati in trust da parte dei creditori del disponente, in questa Rivista, 2005, 181.

(39) Il trust esprime un concetto di proprietà non proprio allineato a quello conosciuto nei paesi di *civil law*; esso è caratterizzato da una *dual ownership*, vale a dire da una doppia proprietà, l'una ai fini dell'amministrazione - in capo al trustee (*legal own*) - e l'altra, ai fini del godimento - in capo al beneficiario (*beneficial or equitable ownership* o proprietà secondo *l'equity*). È evidente come, in base ai canoni tradizionali del nostro ordinamento, non sia agevole comprendere un simile sdoppiamento di proprietà, né la compressione del diritto di godimento dei beni affidati al trustee, che ne è il proprietario. In sostanza, mentre la titolarità del diritto di proprietà è piena, l'esercizio di tale diritto è, invece, limitato al perseguimento degli scopi indicati nell'atto istitutivo.

(40) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21]; Trib. Siena, 16 gennaio 2007, in questa Rivista, 2007, 266; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 21]. In dottrina, A. Chizzini, Note preliminari in tema di esecuzione mobiliare per debiti del trustee, in questa Rivista, 2001, 37.

patrimonio (art. 2, II comma, lettera a))(41), fino a che sia vigente e operativo il vincolo del trust ed anche in caso di fallimento del trustee.

Nello stesso modo, per soddisfare i crediti “contratti nell’interesse del trust”, non si possono aggredire i restanti beni del patrimonio del trustee.

I creditori dei beneficiari, infine, possono soddisfarsi soltanto sulle attribuzioni che, in pendenza di trust, siano effettuate a vantaggio dei loro debitori, a meno questi ultimi non siano titolari di una posizione beneficiaria assoluta(42). In tale ipotesi, il creditore può sequestrarla o pignorarla(43) e, quindi, indirettamente colpire lo stesso fondo in trust.

Diversa è la posizione giuridica dei beneficiari del *trust fund* secondo la legge del Jersey (art. 10). Essi sono titolari di una posizione giuridica perfettamente equiparabile (anche nel regime di circolazione) ad “un bene mobile” e, pertanto, soggetta a qualsiasi atto di disposizione (vendita, permuta, pegno...) e, nel contempo, immediatamente aggredibile dai terzi.

I loro creditori, infine, non vantano alcuna efficace azione in caso di trust protettivo(44) o di *spendthrift trust*(45) e godono di armi spuntate in presenza di trust discrezionale(46).

■ La legge di Jersey

Nel caso di specie – come in altri, esaminati dalla giurisprudenza(47) – la legge regolatrice, scelta dal disponente, è quella di Jersey, approvata nel 1984 e, poi, successivamente emendata(48). Essa costituisce una delle discipline più favorevoli, offre agli operatori soluzioni innovative e spesso pionieristiche, dispone di un testo legislativo(49) apprezzato specialmente dagli utenti con una cultura di *civil law*, per il limitato ricorso ai precedenti giurisprudenziali.

Jersey, negli ultimi anni, ha, pertanto, costruito una moderna disciplina codificata(50), che si è affrancata rispetto alla *common law* tanto da rivolgersi ad un pubblico non solo domestico (come accade con le leggi inglesi), ma tipico di una piazza finanziaria internazionale.

Caratterizzata da un contenuto fortemente positivo, tale legge introduce, salvo alcune eccezioni, una serie di norme derogabili dal disponente, attraverso la semplice previsione, nell’atto istitutivo del trust, di una regolamentazione differente.

Con l’introduzione del nuovo articolo 9A – inserito dalla Trust Law del 2006 – viene fatta salva la validità del trust (e l’impossibilità di comminarne una declaratoria di nullità o di *sham trust*) anche nel caso in cui il disponente si riservi una posizione beneficiaria, trattenga numerosi poteri nell’amministrazione o nella

gestione del trust, ovvero li attribuisca a terzi e non al trustee. Il disponente può, così, esercitare tanti e tali di-

Note:

(41) Detti beni non possono, inoltre, essere oggetto della successione ereditaria del trustee, né fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio (G. La Torre, Trust e pignoramento presso terzi, consultabile sul sito Internet dell’Associazione “Il Trust in Italia” all’indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>).

(42) Si tratta della posizione beneficiaria che abbia per oggetto il fondo in trust nella sua interezza o per una sua quota o con riferimento a specifici beni e che sia esercitabile immediatamente. Pertanto, il beneficiario può pretendere dal trustee il trasferimento di quanto gli spetta.

(43) A parere di G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento, in questa Rivista, 2004, 215, a p. 218, i creditori dei beneficiari potranno pignorare, nella forma dell’esecuzione presso terzi, il credito vantato dal loro debitore e cioè il suo diritto di vedersi attribuire rendita o beni dal trustee. Terzo sarà, dunque, il trustee che dovrà rendere la dichiarazione prescritta dalla legge *ex art. 547 cod. proc. civ.* (G. La Torre, Trust e pignoramento presso terzi [*supra*, nota 41]).

(44) La caratteristica dei *protective trusts* consiste, appunto, nel prevedere che, se il beneficiario viene esecutato o fallisce, subentrano nella posizione di beneficiario il coniuge, i figli, gli eredi o altri soggetti indicati dal disponente.

(45) Sono i trust in cui i beneficiari non possono in alcun modo disporre della loro posizione giuridica, ma neppure i loro creditori possono appropriarsene. Si tratta di una posizione giuridica segregata nel loro patrimonio ed indisponibile.

(46) Nei trust discrezionali è data facoltà al trustee di scegliere uno o più beneficiari facenti parte di una categoria o di un elenco di nomi, ovvero di decidere se, ed a chi, distribuire il reddito. In tal caso, la posizione dei beneficiari è priva di contenuto sostanziale e la discrezionalità del trustee non è sindacabile. Ciò comporta, quindi, che l’esito della dichiarazione di terzo (il trustee) dipenderà dalle scelte discrezionali che questo riterrà di operare.

(47) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21], che riconosce legittima la scelta della legge di Jersey per disciplinare un trust auto-dichiarato.

(48) Per approfondimenti, F. Pighi, Legge di Jersey e regole per il trustee, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust, Atti del IV congresso Nazionale dell’Associazione “Il Trust in Italia”, Milano, 2009, p. 313 s.; E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8 Milano, 2007, p. 54 s. La legge del 1984 è stata emendata nel 1989, principalmente per escludere che la *rule*, di origine normanna, “*donner et retenir ne vaut*” potesse essere applicata per invalidare un trasferimento di beni in favore di un trust in cui il disponente si sia riservato poteri od *interests*. Un secondo intervento adeguato nel 1991 alcune sue disposizioni alla Convenzione de L’Aja; nel 1996, si introduce l’importante novità della validità dei trust di scopo per finalità *non charitable*. Vi è, infine, l’*amendment* n. 4 del 2006, i cui aspetti principali sono riassunti nel testo.

(49) La Trust Jersey Law 23rd March 1984, n. 11 (Consolidation) with amendments to 27th October 2006, in questa Rivista, 2007, 104, in inglese ed italiano è consultabile sul sito Internet dello scrivente all’indirizzo http://www.tedioli.com/trust_jersey_law.pdf. Sebbene l’art. 1 (2) stabilisca che la legge non deve essere considerata come una codificazione del diritto dei trust, essa assomiglia in tutto e per tutto ad un codice. Ciò la differenzia ad esempio dal Trustee Act inglese del 1925, che prima dell’entrata in vigore della legge in esame a livello internazionale rappresentava il modello in materia di diritto dei trust, in cui non vi era una regolamentazione dettagliata di tutti gli aspetti del trust (istituzione, oggetto, durata, soggetti, validità ...), ma solo di alcuni caratteri relativi alla figura del trustee, ai suoi poteri ed a quelli del giudice.

(50) Ciò non significa che essa sia completa; infatti, in presenza di lacune è ampio il ricorso ad altre fonti di diritto ed, *in primis*, alla giurisprudenza.

ritti da sostituirsi completamente alla figura del trustee, ponendolo, in questo modo, su un piano secondario, quasi si trattasse di un mero “prestanome”(51).

■ Applicazione del trust in sede concorsuale

Il largo uso che il trust sta incontrando nella prassi ha portato – con ampi consensi nella dottrina sia commerciale che fallimentare – ad una sua entusiastica applicazione anche in sede concorsuale(52), quale strumento in fase di liquidazione dell'attivo.

Le ipotesi più frequenti riguardano il conferimento in trust delle attività residue non suscettibili di monetizzazione nel corso del fallimento(53), ovvero dei beni dell'imprenditore che: 1) ricorra ad un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.*(54), 2) chieda l'ammissione alla procedura di un concordato preventivo(55), con la nomina del Commissario Giu-

Note:

(51) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, nota 48], p. 74.

(52) In dottrina, P. Liccardo, Il trust nelle procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet dell'Università di Siena all'indirizzo http://www.unisi.it/dl2/20091229133826357/Liccardo_Trust_procedure_concorsuali_2009_03_19.pdf; I. L. Nocera, Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali, Fallimento & crisi d'impresa, 2008, 1103; A. P. Tonelli, Il ruolo del trust nelle fasi successive la chiusura del fallimento, Relazione presentata al convegno “Trust e procedure concorsuali”, Bologna, 8 giugno 2007, consultabile sul sito Internet di “Filodiritto” all'indirizzo <http://www.filodiritto.com>; E. Ragaglia, Trust e procedure fallimentari, consultabile sul sito Internet di “Appinter.csm” all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/13806.pdf>; U. Apice, Il Trust e le procedure concorsuali [*supra*, nota 20], e Id.: Trust, strumento di semplificazione della procedura fallimentare, consultabile sul sito Internet de “Il Sole 24 ore” all'indirizzo <http://www.professionisti24.ilsol24ore.com>; G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 43], a p. 215 s.; L. Guglielmucci, Trust e procedure concorsuali, consultabile sul sito Internet di “Appinter.csm” all'indirizzo <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/12822.pdf>; V. Greco, La funzione del trust nel fallimento, Giur. comm., 2005, 708; id. Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali, in questa Rivista, 2007, 212.

(53) Si è ricorsi al trust per destinare al soddisfacimento dei creditori concorsuali il ricavato della riscossione dei crediti d'imposta maturati durante il fallimento e divenuti liquidi solo dopo la chiusura della procedura. Le ipotesi più frequenti riguardano il credito IVA pagata in eccedenza nel corso del fallimento e le ritenute d'acconto sugli interessi maturati sui depositi bancari. Essi diventano esigibili verso l'erario solo in caso di mancanza di imponible, situazione che si evidenzia dopo la dichiarazione finale del curatore. La caratteristica di questi crediti è quella di sottrarsi all'esecuzione collettiva, con il pericolo di essere distratti dal soggetto ritornato *in bonis*, o di essere vanificati dall'eccezione di compensazione del debitore di imposta non soddisfatto integralmente nel concorso. L'utilizzo del trust mira, quindi, ad evitare che, alla chiusura del fallimento e alla cessazione degli organi della procedura, segua l'impossibilità di procedere alla riscossione dei crediti; consente di mantenerli integri, segregandoli a vantaggio di tutti i creditori ammessi al passivo e, nel contempo, li rende insensibili alle pretese dall'amministrazione finanziaria. Per un'applicazione pratica, Trib. Roma, 11 marzo 2009, in questa Rivista, 2009, 541, secondo cui il curatore può essere autorizzato a trasferire, al trust istituito per provvedere alla riscossione dei crediti fiscali emergenti dalla procedu-

ra, 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. Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006 (in questa Rivista, 2008, 290; Giur. merito, 2008, 739, nota P. De Marchi, Il trust postfallimentare e l'apparente chiusura del fallimento; Giur. comm., 2008, 1, 206, nota F. Iozzo, Note in tema di trust e fallimento), si riferisce anche ai crediti commerciali verso clienti irreperibili o falliti ed alle quote di partecipazione al capitale sociale di società ormai inattive da anni. V. anche Trib. Sulmona, 21 aprile 2004, Fallimento, 2004, 1054; Trib. Roma, 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411 e Trib. Roma, 12 marzo 2003, in questa Rivista, 2003, 574; Fallimento, 2004, 101 (nota adesiva P. Fauceglia, La funzione del trust nelle procedure concorsuali); Trib. Roma, 11 marzo 2004, in questa Rivista, 2004, 406. In dottrina, v. anche G. Cabras, Trust e crisi d'impresa, consultabile sul sito Internet di “Dircomm.it” all'indirizzo <http://www.dircomm.it/2005/n.10/01.html> e Id., La cartolarizzazione dei crediti e procedure concorsuali, in U. Apice (cur.), L'impresa in crisi: tra liquidazione e conservazione, Roma 2002, p. 75 s., secondo cui il trust, applicato alle attività che si sono formate con le risorse della massa e divenute esigibili dopo la chiusura del fallimento, costituisce un utile strumento per una rapida conclusione delle procedure concorsuali. Prima della riforma di cui al D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, altri commentatori hanno evidenziato le loro perplessità (v., in particolare, P. F. Censoni, Chiusura del fallimento e attività residue degli organi fallimentari: la sorte postfallimentare dei crediti di imposta, Fallimento, 2004, 1301), la principale delle quali era che il trust si traduce in una proroga della separazione fallimentare oltre il limite naturale, da individuarsi nella chiusura della procedura stessa. L'obiezione è ora superata dal richiamo all'art. 106, I comma, l. f., che riconosce al curatore la facoltà di “cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione” ed, “in alternativa, la possibilità di stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti”. La norma viene interpretata in senso non esclusivistico, poiché non prevede un elenco, ma una possibile alternativa nell'utilizzo del contratto di mandato. Ulteriore argomento è rappresentato dalla *ratio* generale della nuova legge fallimentare che, da una parte, è volta alla privatizzazione dell'insolvenza, con depotenziamento del giudice delegato e valorizzazione dei poteri del curatore e del comitato dei creditori, dall'altra favorisce la c. d. composizione negoziale dell'insolvenza in relazione agli accordi stragiudiziali. Tale contesto si rivela assai fertile per una piena utilizzazione del trust come mezzo di rapida conclusione della procedura, purché la sua istituzione sia prevista nel programma di liquidazione approvato dai creditori e dal giudice delegato (L. Nocera, Trust e fallimento [*supra*, nota 52], a p. 1111).

(54) In generale, D. Zanchi, Trust e accordi di ristrutturazione di debiti, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust [*supra*, nota 48], p. 325 s., M. Ferro, L'accordo di ristrutturazione dei debiti nell'art. 182 bis l.f., in Aa.Vv., I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva, crisi dell'impresa e riforma delle procedure concorsuali, 5 maggio 2005, consultabile sul sito Internet del “Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili” all'indirizzo <http://www.cndc.it>; L. Rovelli, Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.f., in questa Rivista, 2007, 398; P. Presti, Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in A. Ambrosini (cur.), La riforma della legge fallimentare, Bologna, 2006. L'istituto del trust (in cui trustee è lo stesso debitore e beneficiari sono tutti i creditori sociali) può aumentare il livello di trasparenza, così da mitigare il rischio, sempre latente, che i creditori meglio strutturati ed organizzati collidano con il debitore al fine di vanificare le ragioni di quelli “estranei” o non aderenti all'accordo. Inoltre, il trust può essere un più affidabile strumento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione, oltre che sulla sua stessa conformità alla funzione economico – sociale degli accordi di risanamento. In giurisprudenza, Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 21], secondo cui: “l'istituzione del trust appare finalizzata ad un interesse meritevole di tutela ossia quello di proteggere il patrimonio del debitore”. Si evita così ai “creditori, c. d. *free-riders*, rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione, che vantano crediti contestati” di “costituire diritti di prelazione o agire in esecuzione sui cespiti, rendendo inutile l'accordo concluso con la maggioranza”.

(55) Trib. Mondovì, 16 settembre 2005, in questa Rivista, 2009, 182. In (*segue*)

diziale quale trustee(56) ovvero, più correttamente, quale guardiano del trust(57). Non mancano, infine, applicazioni dell'istituto con funzione di garanzia a favore della curatela, dopo l'accoglimento di un'azione revocatoria, con sentenza non ancora passata in giudicato(58).

Diverso è, invece, il problema della compatibilità tra un trust, già istituito/costituito, e la sopravvenuta situazione di insolvenza di uno dei soggetti partecipi, vale a dire il disponente, il trustee o i beneficiari stessi. In altre parole, ci si chiede se l'atto con cui si conferisca in trust il patrimonio del disponente-imprenditore commerciale e si istituiscano come beneficiari (tutti) i suoi creditori venga travolto dalla sentenza di fallimento.

Prima di rispondere, bisogna ricordare che i primi effetti della dichiarazione di insolvenza sono lo spossamento dai propri beni e la segregazione legale del patrimonio dell'impresa, al fine di soddisfare i crediti sorti anteriormente rispetto alla procedura concorsuale.

Due, pertanto, sono le ipotesi di potenziale conflitto tra trust e fallimento.

■ Opponibilità, al fallimento successivamente dichiarato, del trust liquidatorio, istituito da società non insolvente

Il primo caso riguarda il trust liquidatorio istituito, a tutela della massa dei creditori, quando la società disponente non era insolvente.

Sul punto, le tre ordinanze commentate, in linea di principio, affermano che, se il trust persegue per conto del disponente *in bonis* finalità di tutela dei creditori (nominati beneficiari del trust), esso non possa ritenersi incompatibile con la disciplina concorsuale e, quindi, abusivo ex artt. 13 e 15(59) Convenzione de L'Aja. In base all'art. 15, infatti, la legge regolatrice del trust non ostacola l'applicazione delle disposizioni inderogabili della *lex fori*, tra le quali rientrano, per espressa previsione (lettera e), quelle di diritto interno, in materia di protezione dei creditori in caso di insolvenza. Ne discende che il trust istituito in violazione di norme inderogabili non è di per sé nullo, ma solo soggetto a quanto diversamente previsto dalla legge nazionale(60).

Il debitore può, pertanto, conferire in trust parte del proprio patrimonio, laddove la segregazione ne assicuri una miglior utilizzazione. In questa ipotesi, il trust costituisce un'alternativa alle procedure concorsuali, come nel concordato stragiudiziale, ovvero

in caso di operazioni temporanee a sostegno delle procedure concorsuali minori.

Tale interpretazione pare ulteriormente confermata dalla modifica dell'art. 78 l. f., secondo cui il contratto di mandato non si scioglie in caso di fallimento del mandante, sicché il programma negoziale, avviato prima della dichiarazione di fallimento, può essere proseguito dal mandatario, per conto del curatore del fallimento.

Il disponente può, quindi, istituire in trust alcuni beni (ad esempio, i crediti contenziosi), se tale segregazione consente di ottimizzare l'interesse dei beneficiari (i creditori), mettendo al riparo questi beni da iniziative individuali, sempre ammissibili anche in costanza di liquidazione(61).

La valutazione di meritevolezza è, peraltro, condizionata dalla qualità del programma negoziale contenuto nell'atto istitutivo.

Note:

(continua nota 55)

dottrina L. Guglielmucci, Trust e procedure concorsuali [*supra*, nota 52]. Un facsimile di trust a supporto di concordato preventivo è pubblicato in questa Rivista, 2010, 108.

(56) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fallimento, 2005, 553 (nota L. Panzani, Trust e concordato preventivo). In tal caso il trust ha consentito ad un terzo di integrare le risorse necessarie per soddisfare l'onere concordatario trasferendo al commissario giudiziale, in qualità di trustee, taluni immobili, che costui avrebbe monetizzato restituendo l'eccedenza al disponente.

(57) Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in questa Rivista, 2009, 636 (nota G. Lo Cascio, Proposta di concordato preventivo mediante trust, *ivi*, 587); *Id.*, Il concordato preventivo ed il trust, *ivi*, 2007, 245 e con riferimento al piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, lett. d) l.f., Trib. Alessandria, 24 novembre 2009, in questa Rivista, 2010, 171; consultabile sul sito Internet dello scrivente all'indirizzo <http://www.tedioli.com>.

(58) Le somme dovute alla procedura fallimentare da un istituto di credito, soccombente in primo grado a seguito di azione revocatoria, possono essere vincolate in un trust, nel quale il trustee è il curatore fallimentare, fino al passaggio in giudicato della sentenza (così, Trib. Prato, 12 luglio 2006, in questa Rivista, 2007, 58, fattispecie commentata da D. Zanchi, A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento, *ivi*, 123).

(59) La Convenzione prevede una particolare tutela per alcuni settori dell'ordinamento; all'art. 15 statuisce, infatti, che essa "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".

(60) Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57], secondo cui, in base al II comma dell'art. 15 Convenzione, il giudice dovrà, comunque, cercare di attuarne gli scopi in modo alternativo.

(61) Opinione condivisa da Trib. Legnano, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 634, secondo cui l'istituzione di un trust con funzione liquidatoria, nel quale siano stati conferiti tutti i beni dell'impresa e siano stati indicati come beneficiari i creditori, è idonea a tutelare l'interesse dei medesimi; ciò avviene soprattutto ove lo scopo istitutivo sia quello di "operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace, realizzando la conservazione del valore dell'impresa, in funzione del migliore realizzo nell'interesse dei creditori sociali e dei soci della disponente".

Date per presupposte queste condizioni(62), in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in trust possono conservare la natura di patrimonio separato(63); non sono aggredibili dai creditori del disponente (impersonati dal curatore)(64), né da quelli del trustee(65), anche se insolvente.

Se, quindi, il conferimento di alcuni beni in trust astrattamente sopravvive al fallimento(66), d'altra parte è sempre possibile l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria o fallimentare(67) (tutela accordata dalla *lex fori*)(68), qualora il trust leda gli interessi dei creditori.

■ Azione revocatoria e trust

L'azione revocatoria, come abbiamo riscontrato al paragrafo precedente, non riguarda il riconoscimento degli effetti del trust, ma le limitazioni che ad essi si possono opporre, quando si ritiene che il trust, unitariamente considerato, costituisca atto lesivo della garanzia patrimoniale del credito.

In tale ipotesi, i creditori del disponente o il curatore fallimentare chiedono che sia dichiarata l'inefficacia dell'atto con il quale i beni sono trasferiti al trustee o sono sottoposti al suo controllo e la conseguente reintegrazione del patrimonio del loro debitore.

Ai fini dell'applicazione degli artt. 2901 cod. civ. e 64 o 67 l. f., in primo luogo vanno identificate le condizioni dell'azione.

Una prima difficoltà riguarda l'individuazione dell'atto pregiudizievole da impugnare. Al riguardo deve precisarsi che oggetto di revocatoria non può essere l'atto istitutivo del trust, che per sua natura è un negozio preparatorio, un "atto di organizzazione assolutamente neutro, ovvero [...] di pianificazione dell'attività economica(69)". L'azione revocatoria colpisce, invece, i negozi dispositivi con cui si trasferiscono i beni o i diritti dal disponente al trustee. Solo questi ultimi danno inizio alla segregazione patrimoniale e all'attività gestoria del trustee secondo le istruzioni del disponente(70).

Note:

(62) Tali condizioni si possono sintetizzare nella: 1) meritevolezza del programma negoziale: il vincolo di scopo, sui beni istituiti in trust, deve essere effettivo e, in questo modo, non si deve creare un contratto in frode alla legge, diretto a sottrarre i beni alla garanzia patrimoniale generale prevista, a favore dei creditori, dall'art. 2740 cod. civ.; 2) situazione finanziaria non pre-fallimentare della società/imprenditore disponente; 3) nomina, quali beneficiari, di tutti i propri creditori; 4) segregazione non totalizzante del proprio patrimonio; 5) mancata conservazione di poteri di amministrazione da parte del disponente nell'ambito del trust. Occorre, dunque, che la segregazione del patrimonio sussista effettivamente e che, alla sottrazione dei beni all'azione esecutiva dei creditori, si accompagni l'effettività del vincolo di scopo sul patrimonio segregato. In altre

parole, ciò deve comportare l'inalienabilità dei beni, se non per il perseguimento dello scopo, e la finalizzazione dei poteri di amministrazione del trustee al perseguimento di tale scopo.

(63) La prima ordinanza in esame esclude che si possa applicare la disposizione di cui all'art. 155 l. f., relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare, stante la diversità strutturale e normativa che caratterizza i patrimoni separati rispetto al trust.

(64) Essi conservano nei confronti del trustee l'*actio mandati* (azione di rendiconto).

(65) La sentenza in commento richiama, in via analogica l'art. 46, n. 3, l. f. (assimilando il trust al fondo patrimoniale).

(66) Un problema simile sorge nell'ipotesi di (lecita) istituzione di un fondo patrimoniale e successivo fallimento. Il fallito ne conserva la titolarità nonostante il fallimento ed i beni, conseguentemente, non rientrano nell'attivo fallimentare. Secondo Cass., 22 gennaio 2010, n. 1112, inedita, la disposizione contenuta nell'art. 46, n. 3 l. f., dettata nella vigenza del patrimonio familiare, deve trovare applicazione anche con riferimento al nuovo istituto del fondo patrimoniale, ad esso succeduto. Infatti, la giurisprudenza di legittimità ha escluso che i beni facenti parte del fondo patrimoniale, in quanto costituenti un patrimonio separato, siano compresi nel fallimento. Inoltre, la modifica apportata all'art. 46, n. 3, dal D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con la quale, fra l'altro, il richiamo al patrimonio familiare è stato sostituito con quello al fondo patrimoniale, indirettamente comprova che la mancata formalizzazione di un divieto di acquisizione da parte del fallimento di beni facenti parte del fondo patrimoniale fosse imputabile ad un difettoso coordinamento normativo determinato dalla successione di leggi nel tempo, anziché alla volontà del legislatore. Infine, la previsione contenuta nell'art. 155 l. f., come recentemente novellato, che esclude l'acquisibilità al fallimento dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, conferma il principio della non confondibilità di beni deputati al soddisfacimento di specifiche esigenze, secondo le modalità normativamente indicate, con gli altri beni dell'imprenditore fallito. Si veda, in dottrina, P. Montanari, L'esclusione dal fallimento dei beni necessari ai bisogni della famiglia, sub art. 46 l. f., in G. Bonilini - M. Confortini, Codice ipertestuale della famiglia, Torino, 2009, p. 2248 s. L'autore, dopo aver puntualmente sintetizzato la posizione di dottrina e giurisprudenza, offre un'interpretazione dell'art. 46, n. 3 l. f. differente da quella adottata nel testo. Secondo Montanari, infatti, il curatore fallimentare deve immediatamente prendere possesso dei beni costituenti il fondo patrimoniale, provvedendo alla relativa inventariazione ed alle trascrizioni del caso. Dovrà, inoltre, assumerne l'amministrazione (ovviamente in coabitazione) con il coniuge del fallito. Spetterà, poi, al fallito attivarsi per sottrarre tali beni alla liquidazione fallimentare. Se la sua iniziativa avrà successo, in ogni caso, l'attivo patrimoniale del fondo e dei relativi frutti andranno considerati come massa separata deputata al soddisfacimento di alcuni soltanto dei creditori del fallito (quelli il cui credito sorge in forza di un'obbligazione assunta per far fronte ai bisogni familiari).

(67) In tema, A. Borda, Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust, consultabile sul sito Internet dell'Associazione Avvocati, distretto di Torino, all'indirizzo <http://www.associazioneavvocati.it>; G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria [*supra*, nota 33], a p. 24 s.; in materia di diritto comparato, R. Signetti, Il trust e l'azione revocatoria nel diritto anglo americano, consultabile sul sito Internet dell'Associazione Avvocati, distretto di Torino, *supra*.

(68) Così, ad esempio, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57], secondo cui, dall'applicazione delle disposizioni contenute nell'art. 15 Convenzione, consegue che, qualora il trust leda gli interessi dei creditori, la tutela a questi accordata sarà quella riconosciuta dalla *lex fori*, che, in Italia, si realizza mediante l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare.

(69) L. Nocera, Trust e fallimento: utilizzo nelle procedure concorsuali [*supra*, nota 53], a p. 1006; G. De Nova, Trust: negozio istitutivo e negozi dispositivi, in questa Rivista, 2000, 162.

(70) A conferma di tale soluzione può richiamarsi l'orientamento della giurisprudenza che, pronunciandosi in una fattispecie in cui erano presenti un negozio giuridico preparatorio ed uno successivo attuativo, ha optato per la revocabilità del secondo. L'accertamento degli elementi e

(segue)

Bisogna, poi, distinguere la natura del trust a seconda della gratuità o onerosità dell'atto oggetto di revoca(71).

Per agevolare questa indagine, il trust va ricondotto alla categoria del "negozio giuridico unitario", con il quale, nonostante la pluralità degli strumenti utilizzati (atto istitutivo e atti di dotazione), le parti realizzano un assetto di interessi unitario ed inscindibile(72). Sempre al fine di determinare la natura gratuita od onerosa dell'atto di trasferimento dei beni in trust (che dal punto di vista del disponente ha carattere gratuito), occorre fare riferimento al rapporto (o, meglio, alla causa giustificatrice dell'attribuzione patrimoniale) tra disponente e destinatari. Avrà, pertanto, natura gratuita l'atto con il quale il disponente assoggetta determinati beni al trust con finalità liberali nei confronti dei beneficiari, mentre avrà natura onerosa quello con cui i beni sono destinati all'adempimento di una obbligazione(73).

Nello specifico, se il trust è istituito per fare fronte alle necessità della propria famiglia, ci troviamo in presenza di un negozio a titolo gratuito, ipotesi che la dottrina tende ad assimilare al fondo patrimoniale regolato dall'art. 167 cod. civ.(74). Come tale, pertanto, l'atto di disposizione dei beni in capo al trustee avvenuto nel periodo "sospetto", è soggetto al disposto dell'art. 64 l. f.(75).

Secondo la giurisprudenza non si tratta di un atto compiuto in adempimento di un dovere morale, rientrando in una delle esenzioni previste dall'art. 64 l. f., seconda parte(76), ma di un atto revocabile (anche ex 2901 cod. civ.), automaticamente ed oggettivamente inefficace. In tale ipotesi, risultano, pertanto, del tutto irrilevanti sia la condizione soggettiva delle parti che lo stato di insolvenza al momento di compimento dell'atto.

Se, invece, il trust è di garanzia(77) (usato in alternativa alle forme tradizionali quali il pegno e l'ipoteca), l'atto dispositivo viene generalmente considerato a titolo oneroso. È, comunque, necessaria un'attenta valutazione del titolo per cui la garanzia è

Note:

(continua nota 70)

dei presupposti afferenti all'azione revocatoria fallimentare deve essere compiuto con riguardo alla vendita del bene – quale negozio in virtù del quale si verifica il trasferimento definitivo del diritto di proprietà – e non anche al contratto preliminare (Cass., 16 gennaio 1992, n. 500, Mass. Giur. it., 1992, 322).

(71) In generale, sul tema A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione e del trust, anche alla luce della legislazione fiscale ed azione revocatoria, Contratto e impr., 2009, 448.

(72) In particolare, l'atto di trasferimento dei beni al trustee, sebbene con-

tenuto in un documento separato, costituisce parte integrante del negozio istitutivo del trust, che nel suo assetto complessivo si presenta come un negozio giuridico unitario mediante il quale il disponente individua lo scopo del trust, regolamentandone l'organizzazione e attribuisce al trustee i mezzi necessari per l'attuazione della destinazione (A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione [supra, nota 71], a p. 474).

(73) Così, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [supra, nota 57]. Nel caso di specie, il Tribunale ha ritenuto che avesse natura solutoria l'atto istitutivo di un trust finalizzato al superamento della crisi dell'impresa mediante la predisposizione di un piano ai sensi dell'art. 67, lett d) l. f.

(74) Anche nel caso di revocatoria ordinaria ex art. 2901 cod. civ., la giurisprudenza ha ribadito la natura di atto a titolo gratuito della costituzione del fondo. Nell'ipotesi in cui il credito sia sorto successivamente alla sua costituzione, occorrerà la prova della dolosa preordinazione dell'atto a ledere la garanzia dei creditori. A tale proposito, si è affermato, con riguardo alla posizione del fideiussore, che l'acquisto della qualità di debitore nei confronti del creditore risale al momento della nascita del credito (e non anche a quello della scadenza dell'obbligazione del debitore principale), sì che è a tale momento che occorre far riferimento al fine di stabilire se l'atto pregiudizievole (nella specie, appunto, costituzione di un fondo patrimoniale) sia anteriore o successivo al sorgere del credito, onde predicare, conseguentemente, la necessità o meno della prova della "dolosa preordinazione".

(75) Per quanto attiene alla revocatoria, vengono in considerazione i principi elaborati dalla giurisprudenza relativa al fondo patrimoniale anche se, in realtà, una totale equiparazione non sarebbe del tutto esatta, perché nel trust i beneficiari godono, nei confronti del trustee, di diritti che non hanno invece in presenza di un fondo patrimoniale (in tema, M. L. Cenni, Trust e fondo patrimoniale, in questa Rivista, 2001, 523). La giurisprudenza è assolutamente pacifica nel considerare l'attribuzione dei beni al fondo come atto a titolo gratuito, inefficace ai sensi dell'art. 64 l. f. Pertanto, l'atto di costituzione del fondo patrimoniale (art. 167 cod. civ.) compiuto dal fallito nel biennio anteriore al fallimento, rientrando nel *genus* degli atti a titolo gratuito, è soggetto ad azione revocatoria da parte del curatore del fallimento, ex art. 64 l. f., atteso che esso, creando un patrimonio di scopo che resta insensibile alla dichiarazione di fallimento ed impedendo che i beni compresi in tale patrimonio siano inclusi nella massa attiva, incide riduttivamente sulla garanzia derivante alla generalità dei creditori dall'art. 2740 cod. civ. (Trib. Milano, 12 giugno 2006, n. 5218, Guida al diritto, 2006, 47, 56; Cass., 23 marzo 2005, n. 6267, inedita; Cass., 8 settembre 2004, n. 18065, Mass. Giur. it., 2004, 880).

(76) Così la giurisprudenza citata alla nota precedente. Diversa è l'opinione di parte della dottrina che ritiene applicabile l'esenzione – disposta dall'art. 64 l. f. – "a condizione che la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante", in considerazione delle particolari finalità etiche o sociali che vengono perseguite, considerate prevalenti rispetto all'interesse di natura meramente patrimoniale dei creditori (A. Morace Pinelli, Struttura dell'atto negoziale di destinazione [supra, nota 71], a pp. 466-467; L. Gatt, La liberalità, I, Torino 2002, p. 355; M. Sandulli, Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare, Napoli, 1976, pp. 247-249; L. Abete, L'inefficacia degli atti a titolo gratuito, Dir e giur., 1997, 3829). Secondo Pinelli l'ultima parte dell'art. 64 l.f. risulta applicabile, in via analogica, anche nell'ipotesi della revocatoria ordinaria, poiché sono identiche le ragioni della scelta normativa, in entrambe le azioni. *Contra*, Cass., 18 luglio 1997, n. 9292, Foro it., 1997, I, 3148, secondo cui, qualora il curatore fallimentare promuova l'azione revocatoria ordinaria ai sensi dell'art. 66 l. f. per far dichiarare l'inefficacia dell'atto di costituzione di fondo patrimoniale stipulato dal fallito sul presupposto della gratuità della attribuzione, il beneficiario non può addurre come esimente l'eventuale proporzione fra l'atto compiuto in adempimento di un dovere morale e il patrimonio del disponente, come invece è previsto per l'azione di inefficacia svolta ai sensi dell'art. 64 l. f.

(77) In tema, M. Lupoi, Trust e riflessi sul sistema delle garanzie, Fallimento, 2002, 939, il quale porta una serie di esempi e ne enuncia i rispettivi vantaggi rispetto alla costituzione di una garanzia reale tipica (trust a garanzia di un mutuo fondiario per l'acquisto della casa; a garanzia di strumenti derivati; del pagamento delle ritenute, operate dal committente su ogni pagamento effettuato a favore dell'appaltatore e che gli verranno restituite al momento del collaudo).

stata prestata. Alcuni orientamenti sono forniti dalla Suprema Corte(78), secondo cui “la presunzione di onerosità della garanzia per debito altrui, se contestuale al credito garantito, prevista per la revocatoria ordinaria non è applicabile alla revocatoria fallimentare, dovendo in tal caso il Giudice valutare in concreto se la garanzia sia prestata a titolo gratuito o a titolo oneroso”. Le conseguenze di tale esame sono diverse a seconda della norma applicabile alla fattispecie (art. 64 ovvero art. 67 l. f.).

Gli stessi rilievi valgono per i trust solutori (in adempimento di obbligazioni sinallagmatiche o di obbligazioni legali).

Ne emerge che, in tutte queste ipotesi bisogna far riferimento ai rapporti sottostanti tra disponente e beneficiari del trust, al di là dei rapporti formali tra il primo ed il trustee.

Nel trust a titolo oneroso è, inoltre, necessario considerare, ai fini della revocabilità o meno degli atti dispositivi, l'intero assetto di interessi, quale risultante dal collegamento tra i vari momenti (quello organizzativo e quello attuativo) e dal coinvolgimento sia del disponente, che del fiduciario e del beneficiario.

L'art. 67 l. f. distingue, infatti, due ipotesi: per le fattispecie contemplate nel I comma, si presume che il terzo conosca lo stato di insolvenza, mentre in quelle del II comma, opera il normale regime dell'onere della prova, che rimane, quindi a carico del curatore.

La presenza, nel trust, di più soggetti identificabili come “l'altra parte” rispetto al fallimento solleva più di un dubbio in ordine a quello (trustee o beneficiario) cui debba farsi riferimento per valutarne la conoscenza o meno dello stato di insolvenza del disponente. Si propende per il beneficiario(79), poiché riceve i vantaggi del trust attraverso il veicolo del patrimonio segregato e subisce, nella sua sfera patrimoniale, gli effetti negativi del vittorioso esito del giudizio revocatorio.

Bisogna tener conto, infine, del tempo di insorgenza del credito verso il disponente (ovverosia prima o dopo l'atto di dotazione).

Nell'azione revocatoria ordinaria di cui all'art. 2901 cod. civ. valgono le regole generali. Sono necessari, pertanto, l'antiorità del credito, intesa come “ragione di credito” anche eventuale, rispetto al momento in cui è compiuto l'atto di disposizione del patrimonio e l'*eventus damni*(80).

Nell'ipotesi di atto gratuito posteriore alla nascita del credito, è richiesta la consapevolezza del debitore del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore (*scientia damni*), la cui prova può essere fornita anche per presunzioni; in quella di atto gratuito anteriore alla nascita del credito, anche la sua dolosa preordi-

nazione al fine di pregiudicare le ragioni del creditore (*animus nocendi*).

Infine, nel caso di atto a titolo oneroso, è prescritta anche la prova che il terzo era consapevole del pregiudizio o, se si tratta di atto anteriore(81), che abbia partecipato alla dolosa preordinazione.

Il danno, infine, deve essere accertato con riferimento al patrimonio del disponente, avendo sempre riguardo alla disciplina dei rapporti con il beneficiario del trust(82).

Ove l'atto dispositivo sia successivo al sorgere del credito, oltre all'*actio pauliana* risultano applicabili anche l'art. 64 (che sancisce l'inefficacia dell'atto dispositivo) e l'art. 67 l. f.

Un ulteriore problema riguarda l'identificazione dei soggetti legittimati passivi nell'azione revocatoria. Lo è, senza ombra di dubbio, il trustee(83), la cui *in ius vocatio* è giustificata dal fatto che è proprietario del bene sottratto ai creditori, nonché terzo, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2901 cod. civ. e 64 o 67 l. f. Tale soggetto va convenuto(84) nella sua funzione e non quale legale “rappresentante” degli interessi del trust(85).

Note:

(78) Cass., 28 maggio 1988, n. 5264, Mass. Giur. it., 1988, 90.

(79) G. Schiano di Pepe, Trust di protezione patrimoniale e fallimento [*supra*, nota 43], a p. 220; G. Tucci, Trust, concorso dei creditori ed azione revocatoria [*supra*, nota 33], a p. 34; A. Borda, Limiti alla azione revocatoria fallimentare in presenza del trust [*supra*, nota 67], che fa salva l'ipotesi in cui i beneficiari siano ignari dei vantaggi loro attribuiti. In tal caso, bisognerà far riferimento all'elemento psicologico del trustee.

(80) *L'eventus damni* non è necessariamente riscontrabile nel fatto che l'atto di disposizione abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma anche quando esso abbia determinato maggior difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito. Tale presupposto può consistere anche in una variazione qualitativa del patrimonio del debitore.

(81) Così, Trib. Alessandria, 24 novembre 2009 [*supra*, nota 57].

(82) Il discorso vale anche per l'ipotesi di cui all'art. 67, II comma, l. f.

(83) Legittimato (attivo e passivo) a tutelare le ragioni dei beni conferiti nel patrimonio segregato è il trustee, sia ai sensi dell'art. 11 Convenzione, che della normativa generale in tema di revocatoria (Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [*supra*, nota 21]). In dottrina, M. A. Lupoi, Profili processuali del trust, in questa Rivista, 2009, 162, a p. 166.

(84) La circostanza è emersa in una causa avanti il Trib. Bologna, 20 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 579, laddove era stato citato il trust in persona del legale rappresentante trustee, poi costituitosi regolarmente in tale sua qualità, sanando ogni vizio della *in ius vocatio*. Il trust è soggetto inesistente, sicché eventuali titoli giudiziali, in capo a favore o contro tale ente, sono giuridicamente inesistenti (I. Valas, Trust o trustee? Riflessi processuali della carenza di soggettività giuridica a carico del trust, in M. Lupoi (cur.), I professionisti e il trust [*supra*, nota 48], p. 208).

(85) Quanto alla rappresentanza, il trust inteso come “rapporto” o come “fondo segregato” nel patrimonio del trustee, non assume una propria soggettività autonoma, talché è improprio qualificare il trustee come suo legale rappresentante sul piano processuale. È, invece, corretto fare riferimento al vincolo di destinazione gravante sul trustee quale proprietario

(segue)

Molto più complessa è la posizione dei beneficiari e del disponente.

In linea generale, giova ricordare che può agire, essere convenuto, intervenire o essere chiamato in giudizio, chi “rappresenti” un interesse giuridicamente tutelabile nei confronti del trust o del trustee.

Nel caso di controversie relative alla validità o all'efficacia dell'atto istitutivo o dei negozi di conferimento, i beneficiari sono legittimati processualmente, poiché è evidente la possibilità di un loro pregiudizio, se viene accertata la nullità del trust.

In caso di revocatoria, invece, è più difficile offrire una soluzione che assicuri altrettanta certezza.

Da una parte, la giurisprudenza ritiene che disponente e beneficiari non siano legittimati passivi, ma possano tutt'al più intervenire in giudizio⁽⁸⁶⁾, argomentando che l'unico titolare dei beni in trust è il trustee, mentre i beneficiari⁽⁸⁷⁾ presentano un semplice interesse al trasferimento finale dei beni, secondo il programma dettato, nell'atto di affidamento, dal disponente. La dottrina⁽⁸⁸⁾ è di parere contrario, poiché riconosce in generale ai beneficiari (ed almeno in certe ipotesi al disponente) quell'interesse giuridicamente protetto e qualificato che li legittima ad intervenire, a titolo adesivo dipendente, nelle controversie relative al trust. Nel caso della revocatoria, ravvisa, poi, il loro pregiudizio nell'accoglimento della domanda proposta da un creditore del disponente. Ciò, dunque, giustifica la loro legittimazione passiva.

Va precisato, infine, che, sia nel caso della revocatoria fallimentare che in quella ordinaria, non si applica la legge regolatrice del trust, ma quella dello Stato nel quale si è verificato il pregiudizio dei creditori.

Esperita vittoriosamente l'azione e dichiarata l'inefficacia dell'atto di conferimento di beni in trust, il creditore o il curatore fallimentare possono legittimamente sottoporre a pignoramento i beni ancora nella titolarità del trustee, con l'espropriazione presso il terzo proprietario, nei cui confronti è venuto meno il vincolo segregativo nascente dal trust⁽⁸⁹⁾.

■ Inopponibilità del trust liquidatorio istituito da società insolvente

Nel secondo caso di conflitto, il trust viene istituito quando il disponente è già insolvente, e cioè quando è già obbligato – per intervenuta perdita dei mezzi propri – a fare ricorso agli istituti concorsuali.

La giurisprudenza ha in generale chiarito che il trust non può sostituirsi o, peggio, precludere la liquidazione fallimentare, perseguendo, così, finalità incompatibili con quelle dell'ordinamento.

Ciò accade quando esso assuma funzioni liquida-

torie dell'intero compendio aziendale della società poi fallita, o quando comporti la segregazione anche di alcuni beni dell'impresa in danno dei creditori del disponente⁽⁹⁰⁾, di fatto precludendone l'apprensione alla curatela.

Quanto alla prima ipotesi, va detto che la segregazione in trust di tutti i beni aziendali in prossimità di una dichiarazione di fallimento, “si pone come unica finalità economico sociale concreta la sottrazione del patrimonio [...] alle regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori [che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti, cfr. art. 162 bis l. f.] ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale (che di per sé non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa) e del suo controllo da parte dei creditori⁽⁹¹⁾”.

La giurisprudenza in oggetto, precisa, infine, che le norme concorsuali finalizzate alla tutela del ceto creditorio mantengono il loro carattere di disposizioni di ordine pubblico, nonostante la possibilità, valorizzata dalla riforma fallimentare, di stipulare accordi pattizi nell'insolvenza. Pertanto, non può riconoscersi legittimità ad iniziative negoziali che siano in radicale contrasto o in alternativa con tali norme di ordine pubblico.

Note:

(continua nota 85)

ed amministratore dei beni in trust. Come abbiamo avuto modo di osservare, la segregazione patrimoniale comporta l'imposizione di un vincolo di destinazione avente efficacia reale, in capo al trustee, proprietario di più patrimoni distinti e separati tra loro, ciascuno con una propria destinazione. Pertanto, il trustee può agire o essere convenuto in giudizio, non in quanto legale rappresentante del trust stesso, ma solo nella sua qualità di trustee. Ritenere il trust un soggetto giuridico dotato di una propria personalità giuridica è il più fondamentale degli errori; non esiste un'entità giuridicamente rilevante; il fulcro dell'istituto è il trustee (I. Valas, *Trust o trustee?* [supra, nota 84], p. 205 s.). Fa eccezione la surrettizia soggettività passiva d'imposta postulata dall'art. 73 del TUIR.

(86) Trib. Cassino, 8 gennaio 2009 [supra, nota 21]; Corte di Giustizia della Comunità Europea, 17 maggio 1994, n. C – 294/92, in questa Rivista, 2004, 112. M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust* [supra, nota 83], a p. 166.

(87) Secondo la legge di Jersey, beneficiario è quel soggetto che ha diritto ad ottenere dei vantaggi in forza di un trust oppure nei cui confronti possa essere esercitato il potere discrezionale di una attribuzione di beni in trust (art. 10A).

(88) M. A. Lupoi, *Profili processuali del trust* [supra, nota 83], a p. 166.

(89) Trib. Torino, 5 maggio 2009 [supra, nota 26], a p. 92.

(90) Il danno è anche ai creditori del trustee che, in caso di società di persone, parzialmente coincidono ex art. 148 l. f.

(91) Così, Trib. Milano, 27 luglio 2009, *Lav. giur.*, 2009, 1179, Presidente – estensore Gandolfi.

■ Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente lecito

Quanto agli effetti del sopravvenuto fallimento, se il trust è originariamente lecito si sovrappone alla liquidazione concorsuale ed entra in conflitto con la disposizione dell'art. 15, lett. e) Convenzione de L'Aja.

I provvedimenti giudiziari in commento ritengono che le disposizioni della legge fallimentare prevalgano (almeno) nelle ipotesi in cui tutti(92) i beni del disponente siano stati conferiti in trust o in cui i creditori non abbiano ottenuto alcuna utilità (per cattiva gestione del trustee o per scarsa redditività dei beni conferiti).

Abbiamo più volte rammentato che il fallimento attua una segregazione *ex lege* dei beni del disponente, i quali, peraltro, risultano già segregati per volontà del disponente e non aggredibili dai suoi creditori.

Se, dunque, prevalessero le disposizioni sul trust, la liquidazione concorsuale non potrebbe avere luogo per alcun bene ed il curatore, in rappresentanza dei beneficiari (i creditori), dovrebbe limitarsi a chiedere al trustee il rendiconto di gestione o, tutt'al più, a perorare presso il guardiano la sostituzione del trustee.

In altre parole, l'eventuale istituzione di un trust liquidatorio, pur non precludendo la dichiarazione di fallimento, ne renderebbe vani gli effetti, perché i creditori non avrebbero beni su cui soddisfarsi. È evidente, allora, che una soluzione volta a conservare gli effetti del trust è incompatibile con la liquidazione concorsuale.

La dichiarazione di fallimento impedisce, pertanto, che la gestione e l'alienazione degli *assets* del disponente siano proseguite in forza di un regolamento negoziale predisposto dal disponente. Esse dovranno avvenire *invito domino*, secondo le regole della liquidazione concorsuale.

La disciplina fallimentare determina che il debitore venga spossessato dei propri beni; garantisce, attraverso gli organi pubblici della procedura, il rispetto delle speciali norme di regolazione dei rapporti pendenti e di vendita dei beni(93), il controllo dell'esito della liquidazione, il corretto riparto del ricavato nel rispetto delle cause di prelazione, in definitiva la realizzazione della *par condicio creditorum*. Il fallimento si configura, pertanto, come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del trust.

Pur non essendovi, nella disciplina fallimentare (e nella Convenzione de L'Aja), una espressa norma di regolazione del conflitto, si applicano in via analogica quelle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa *in bonis* la cui prosecuzione non è compati-

bile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e, soprattutto, 78 l. f.).

■ Gli effetti del sopravvenuto fallimento: trust originariamente illecito

Del tutto incompatibile con il combinato disposto degli artt. 13, 15, lett. c) ed e) Convenzione de L'Aja è, invece, il trust istituito quando l'impresa era già insolvente.

In questo caso, non ci si trova di fronte a un negozio originariamente lecito, che si scioglie per incompatibilità con la liquidazione concorsuale, ma in presenza di un atto che era illecito sin dall'origine(94). Esso non è, quindi, riconoscibile *ex art. 11* Convenzione, in quanto elusivo della disciplina fallimentare dello Stato in cui viene posto in essere(95). Il trust non ha, dunque, lo scopo di proteggere i suoi beneficiari (i creditori), ma proprio l'opposta finalità di danneggiarli, sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale.

Il dichiarato fine di protezione è il sintomo di un abusivo utilizzo del trust, per sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, di un atto negoziale in frode alla legge *ex art. 1344* cod. civ.

Gli effetti voluti, quali la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori, sono pacificamente considerati ripugnanti per l'ordinamento. Pertanto, l'atto istitutivo è nullo(96) (e conseguentemente non determina alcun effetto segregativo); ragionando diversamente, si consentirebbe all'imprenditore insolvente, che intenda evitare il fallimento e lo spossessamento, di conferire tutti i propri beni in trust, rendendoli non aggredibili dai suoi creditori o da quelli del trustee.

Note:

(92) Allo stesso risultato si giunge anche nell'ipotesi in cui vengano conferiti in trust solo alcuni dei beni del disponente: il trust si risolve, a meno che non ricorrano contemporaneamente tutte le altre condizioni elencate *supra*, nota 62.

(93) Si pensi al programma di liquidazione *ex art. 104 ter* l. f.

(94) L'atto dispositivo 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 dei mezzi propri.

(95) L'impresa avendo perso i mezzi propri, dovrebbe immediatamente accedere agli istituti concorsuali.

(96) Secondo E. Ragaglia, Trust e procedure fallimentari [*supra*, nota 52], si tratta di atto nullo, in quanto in frode alla legge.

Dimissioni del trustee e nomina di un successore: considerazioni a margine di due recenti decisioni italiane

di Paolo Panico

Una regola dell'Equity stabilisce che un trust non possa venir meno per la mancanza del trustee. Di conseguenza, tanto il diritto inglese quanto le leggi del modello internazionale disciplinano le dimissioni del trustee e la nomina di un successore. Si tratta di norme "di chiusura", applicabili quando le disposizioni dell'atto istitutivo non prevedano questa eventualità o non siano efficaci. Due recenti provvedimenti di tribunali italiani sono l'occasione per una rassegna comparativa di queste disposizioni.

Due tribunali italiani, quello di Reggio Emilia e quello di Genova, hanno avuto modo di occuparsi quasi contemporaneamente, nel corso del mese di marzo 2010, delle dimissioni di un trustee e della nomina di un successore. Questi provvedimenti sono indicativi di una "seconda fase" della giurisprudenza italiana in materia di trust(1), a quasi vent'anni dall'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja(2). La prassi professionale italiana dei "trust interni", fondata sulla Convenzione in assenza di un riferimento normativo nazionale, ha trovato sin dai suoi primi "esperimenti" un riscontro favorevole pressoché unanime da parte della giurisprudenza italiana. Le prime pronunce, per oltre un decennio, hanno riguardato essenzialmente la validità dei trust interni, ossia la possibilità per l'ordinamento italiano di recepire gli effetti di un istituto nato dalla tradizione giuridica inglese ed a prima vista estraneo(3). Le sempre più frequenti applicazioni dell'istituto in diversi ambiti professionali e familiari ha fatto sì che, con il passare del tempo, le controversie in materia di trust non riguardino più il dato di base della "riconoscibilità", ma si estendano ormai ad aspetti operativi inerenti l'amministrazione del trust, l'esercizio dei poteri conferiti

ai diversi soggetti (trustee, guardiano, disponente), ovvero la natura delle posizioni beneficiarie. Questa "seconda fase" testimonia la vitalità del trust all'interno del sistema giuridico italiano - un caso unico all'interno della tradizione di "civil law", almeno in Europa - e richiede al giudice, così come all'operatore del diritto, un attento esercizio di analisi delle disposizioni delle diverse leggi regolatrici, oltre che dell'atto istitutivo, fermo restando il presidio dei principî generali dell'ordinamento.

Prendendo le mosse dai due provvedimenti in parola, questo articolo propone una breve rassegna comparativa delle disposizioni in materia di dimissioni del trustee e di nomina di un successore nel modello inglese e nel modello internazionale(4).

■ Le decisioni di Reggio Emilia e di Genova: i fatti

L'elemento comune ai due casi sottoposti all'attenzione del giudice italiano lo scorso mese di marzo è stata l'impossibilità od impraticabilità del meccanismo di avvicendamento dei trustee previsto dall'atto istitutivo. In entrambi i casi si è dunque fatto ricorso alle di-

Paolo Panico - Amministratore delegato di una trust company con sedi a Lussemburgo e Ginevra e professore a contratto nell'Università di Modena.

Note:

(1) Per una rassegna completa della giurisprudenza italiana in materia di trust si ricorda il volume: La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2009, Direzione scientifica Maurizio Lupoi, III Edizione, Milano, 2009.

(2) Come è noto, la legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione de L'Aja è entrata in vigore il 1° gennaio 1992.

(3) Il trust è solo a prima vista estraneo all'ordinamento italiano, se si considerano i dati di base del negozio di affidamento fiduciario riscontrabili in vari istituti tipici, per i quali si rinvia a: M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, Parte II.

(4) I termini sono utilizzati nel senso di M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, Parte IV.

sposizioni della legge regolatrice, quella di Jersey, applicata in forza dell'articolo 8 della Convenzione de L'Aja. Quest'ultimo riserva infatti alla legge regolatrice scelta dal disponente – ovvero inferita dal giudice in assenza di una scelta esplicita – la disciplina della validità, dell'interpretazione, degli effetti e dell'amministrazione del trust. In particolare, alla lettera (a) sono espressamente citate “la nomina, le dimissioni e la revoca del trustee, la capacità di esercitare l'ufficio di trustee e la trasmissione delle funzioni di trustee”.

La decisione del Tribunale di Reggio Emilia del 6 marzo 2010(5) si inserisce nell'ambito di un'articolata controversia giudiziaria conseguente all'istituzione, da parte del socio accomandatario di una società in difficoltà finanziarie, di un trust a favore dei creditori sociali le cui ragioni non fossero oggetto di contenzioso. A questo riguardo, un primo interessante provvedimento in materia di esecuzione immobiliare era già stato pronunciato dallo stesso Tribunale di Reggio Emilia il 14 maggio 2007(6).

Il trust in questione, denominato “Trust Genesis”, era stato istituito in data 11 marzo 2005 come trust auto-dichiarato, ma prevedeva un meccanismo automatico di sostituzione del disponente-trustee in caso di dimissioni, morte, sopravvenuta incapacità o revoca giudiziale, ovvero alla mezzanotte del 31 dicembre 2008 qualora in quel momento residuassero creditori sociali insoddisfatti. Un nuovo trustee, destinato a subentrare al disponente in tali circostanze, era già stato individuato nell'atto istitutivo e lo aveva sottoscritto per accettazione. Al verificarsi della condizione prevista dall'atto istitutivo con riferimento ai creditori sociali, il nuovo trustee avrebbe dunque dovuto assumere l'incarico a partire dal 1° gennaio 2009, ma, nel mese di febbraio, preferì indicare con lettera raccomandata la sua intenzione di “rinunciare”, osservando di non essere mai entrato in possesso dei beni in trust o della relativa documentazione.

L'atto istitutivo postulava che, in caso di dimissioni del trustee, alla nomina del successore avrebbe dovuto provvedere il Presidente del Tribunale di Modena su istanza di un beneficiario o del disponente. Un ricorso inizialmente presentato dal disponente al Tribunale di Modena fu tuttavia abbandonato in seguito ad alcune perplessità manifestate informalmente dal Presidente e confermate nella decisione di Reggio Emilia, secondo cui questa materia non rientra nell'ambito delle fattispecie in cui l'autorità giudiziaria può esercitare la sua volontaria giurisdizione. In altre parole un atto privato, quale è l'atto istituti-

vo di un trust, non si può assurgere a “fonte normativa del potere giurisdizionale”(7).

La nomina di un nuovo trustee è dunque intervenuta sulla base delle disposizioni generali previste dalla legge regolatrice, in particolare l'articolo 17 della Trusts (Jersey) Law 1984, di cui si dirà più diffusamente nel prossimo paragrafo. Più precisamente, il trustee dimissionario (non già, nonostante la terminologia utilizzata nelle sue comunicazioni, “rinunciario”) ha provveduto alla nomina di un nuovo trustee, che ha contestualmente accettato l'incarico.

Al riguardo, l'istanza presentata al Tribunale di Reggio Emilia ha avuto per oggetto la validità della nomina del nuovo trustee e la legittimità del suo intervento volontario, nell'esercizio del suo ufficio, una volta assunto l'incarico, nel processo in corso in merito al “Trust Genesis”.

Ai fini dell'argomento che qui ci interessa, basterà riferire che il giudice Giovanni Fanticini, sulla base di un'attenta ricostruzione delle disposizioni rilevanti della legge di Jersey, ha confermato la validità della nomina del nuovo trustee.

Il provvedimento del Tribunale di Genova del 29 marzo 2010(8) non è caratterizzato da elementi contenziosi. Più semplicemente, per effetto di una riorganizzazione all'interno di un gruppo bancario, gli incarichi di trustee originariamente assunti da una società fiduciaria del gruppo sono stati trasferiti ad una nuova società, espressamente creata con l'oggetto esclusivo di esercitare l'attività di trustee. L'avvicendamento era destinato a realizzarsi attraverso le dimissioni del primo trustee (la società fiduciaria) e la nomina, secondo le forme previste da ciascun atto istitutivo, del nuovo trustee (la “trust company”).

Nel caso di specie, ai sensi dell'atto istitutivo del “Trust G. e L.”, la nomina di un successore in caso di dimissioni del trustee competeva al disponente ovvero, in difetto, al Presidente del Tribunale di Genova. Nel frattempo il disponente era tuttavia deceduto,

Note:

(5) La decisione è pubblicata in questa Rivista, 2010, 274.

(6) L'ordinanza è pubblicata in questa Rivista, 2007, 425.

(7) Quest'ultima espressione, citata testualmente nel provvedimento di Reggio Emilia, è tratta dal decreto del Presidente del Tribunale di Crotona del 29 settembre 2008, pubblicato in questa Rivista, 2009, 37, in cui veniva rigettata l'istanza di nomina di un guardiano di un trust, ugualmente ipotizzata nell'atto istitutivo.

(8) Il decreto è pubblicato in questa Rivista, 2010, 408.

sicché il trustee dimissionario ha presentato un ricorso al Tribunale di Genova con il parere favorevole dei guardiani, richiedendo la nomina della neocostituita "trust company".

L'accoglimento del ricorso si è fondato sulla conformità alla legge regolatrice – ed in particolare all'articolo 51 della Trusts (Jersey) Law 1984 – della competenza giurisdizionale attribuita al Tribunale di Genova, nonché all'assenza di elementi di contrasto con norme imperative o principî di ordine pubblico all'interno dell'ordinamento italiano.

■ Dimissioni del trustee e nomina di un successore nel diritto di Jersey

Entrambe le decisioni italiane riferite in questo articolo hanno avuto per oggetto trust retti dalla legge di Jersey. È dunque opportuno iniziare l'analisi comparativa dagli articoli di riferimento della Trusts (Jersey) Law 1984, che rispecchiano peraltro la tradizione inglese senza le limitazioni che l'evoluzione storica del diritto dei trust pone ancora nel modello inglese ed in quello delle giurisdizioni che lo hanno seguito più da vicino, come si vedrà nel prossimo paragrafo.

In via preliminare è opportuno distinguere tra la rinuncia all'incarico di trustee e le dimissioni di un trustee in carica. La distinzione è rilevante in relazione al caso deciso dal Tribunale di Reggio Emilia. L'articolo 18(1) della Trusts (Jersey) Law 1984 stabilisce che "nessun soggetto può essere obbligato ad accettare una nomina a trustee"(9). D'altra parte, la stessa disposizione prevede che un soggetto che abbia consapevolmente compiuto *facta concludentia* in relazione ai beni in trust si presume aver accettato l'incarico e non può successivamente rinunciarvi. Il trustee destinato a "prendere servizio" il 1° gennaio 2009 aveva sottoscritto l'atto istitutivo contenente la disposizione di nomina e ricadeva dunque nella presunzione di cui al citato articolo 18(1) della legge regolatrice. Di conseguenza, a prescindere dal termine impropriamente utilizzato nelle sue comunicazioni, nel suo caso non si è trattato di rinuncia all'incarico (in inglese "disclaimer") bensì di vere e proprie dimissioni ("resignation"). Proprio in quanto trustee in carica, ancorché dimissionario, ha potuto validamente nominare un successore nell'ufficio ai sensi dell'articolo 17 della stessa legge.

I soggetti autorizzati *ope legis* a nominare nuovi trustee o trustee aggiuntivi in assenza di idonee disposizioni dell'atto istitutivo sono, ai sensi dell'articolo 17(1A) della Trusts (Jersey) Law 1984: (a) i tru-

stees in carica, (b) l'ultimo trustee rimasto in carica, oppure (c) l'esecutore testamentario od il liquidatore dell'ultimo trustee rimasto in carica(10). Il paragrafo (1A) dell'articolo 17 è stato aggiunto dalla Trusts (Amendment No 4) (Jersey) Law 2006, la più recente modifica del testo di legge, in vigore dal 27 ottobre 2006. La versione precedente della norma conferiva ai soggetti indicati la facoltà di nominare nuovi trustee o trustee aggiuntivi solo in assenza di disposizioni in questo senso nell'atto istitutivo(11). Il testo in vigore per effetto della modifica legislativa prevede l'esercizio del potere di nomina anche quando "le eventuali disposizioni di un trust che disciplinino una simile nomina non hanno portato ad un risultato utile o sono inefficaci" (*any such terms providing for any such appointment have lapsed or failed*) ovvero quando il soggetto che ha il potere per effettuare la nomina non è in grado di esercitarlo e non vi sono altri meccanismi di nomina(12).

Il caso di Reggio Emilia è un esempio di disposizioni dell'atto istitutivo rivelatesi inefficaci (*failed*), in relazione alle perplessità mosse dal Presidente del Tribunale di Modena circa la nomina di un nuovo trustee. Per questa ragione il trustee ancora in carica ha validamente esercitato il suo potere ai sensi dell'articolo 17(1A)(b), provvedendo alla nomina del suo successore. D'altra parte, il caso rappresentato nel ricorso al Tribunale di Genova rientra nella disposizione legislativa dell'articolo 17(1)(c) della legge di Jersey. Il soggetto previsto nell'atto istitutivo, il disponente, in quanto deceduto non era ovviamente in grado di esercitare il potere. In assenza di altre di-

Note:

(9) Gli articoli della Trusts (Jersey) Law 1984 sono citati nella traduzione italiana di Francesco Pighi in E. Barla De Giuglielmi - P. Panico - F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007.

(10) Trusts (Jersey) Law 1984, Art 17(1A):

A new or additional trustee may appointed by –

(a) the trustees for the time being;
(b) the last remaining trustee; or
(c) the personal representative or liquidator of the last remaining trustee.

(11) "When the terms of a trust contain no provision for the appointment of a new or additional trustee".

(12) Trusts (Jersey) Law 1984, Art 17(1):

Paragraph (1A) applies if –

(a) the terms of a trust do not provide for the appointment of a new or additional trustee;
(b) any such terms providing for any such appointment have lapsed or failed; or
(c) the person who has the power to make any such appointment is not capable of exercising the power, and there is no other power to make the appointment.

sposizioni nell'atto istitutivo, il trustee dimissionario avrebbe potuto provvedere direttamente alla nomina del successore, senza ricorso all'autorità giudiziaria. L'esercizio della volontaria giurisdizione da parte del Presidente del Tribunale di Genova è una testimonianza confortante del *favor* che la giurisprudenza italiana esprime ormai da tempo nei confronti del trust, ma in questo caso non sarebbe stato *stricto sensu* necessario. È interessante osservare che la "fonte normativa del potere giurisdizionale" (per riprendere la frase di cui alla nota 7 *supra*) sia stata riscontrata nell'articolo 51 della Trusts (Jersey) Law 1984 che effettivamente, al paragrafo (2)(ii), menziona la possibilità per la Corte di emettere provvedimenti riguardanti – tra l'altro – la nomina o la revoca di un trustee. Tale disposizione segue peraltro quella, più generale, del paragrafo (1), ai sensi della quale "un trustee può adire la Corte per ricevere direttive (*direction*) riguardanti il modo in cui debba o possa agire in relazione a qualunque fatto riguardante il trust e la Corte può emettere, se lo ritiene, qualsiasi provvedimento che ritenga opportuno"(13). Questa disposizione è tipica della tradizione inglese, che prevede il controllo giurisdizionale ("*inherent jurisdiction*") (14) sui poteri del trustee, in quanto fiduciari, o meglio "*fiduciary*", ossia conferiti dall'atto istitutivo o dalla legge nell'interesse di terzi (i beneficiari). Resta da chiedersi, d'altra parte, se i tribunali italiani, in relazione a trust interni, possano essere in generale disponibili ad esercitare la propria giurisdizione sulla base di disposizioni squisitamente private come quelle inserite in un atto istitutivo di trust.

Un dato comune ai due casi esaminati è la continuità del trust nonostante il venir meno dell'unico trustee. Il principio trova un riferimento normativo esplicito all'articolo 16(2) della Trusts (Jersey) Law 1984, secondo cui: "un trust non può venire meno per il solo motivo di avere meno trustee di quelli richiesti dalla legge o dalle disposizioni del trust"(15). Il numero minimo di trustee previsto dalla legge di Jersey, in seguito alla riforma legislativa del 2006, è di uno solo. Le dimissioni dell'unico trustee sono dunque efficaci con la nomina del successore. Questo principio è implicito nelle disposizioni dell'articolo 19 della stessa legge, secondo cui solo in caso di una pluralità di trustee le dimissioni di uno di essi sono immediatamente efficaci con la notifica ai co-trustee, mentre le dimissioni la cui conseguenza sarebbe l'assenza di trustee in carica non hanno effetto(16).

Queste disposizioni traggono origine da una *regula* dell'Equity inglese, secondo la quale "un trust non viene meno per la mancanza di un trustee" ("no trust fails for want of a trustee")(17). Le conseguenze di questa *regula* sono, negli ordinamenti che conoscono o seguono l'Equity, la previsione di meccanismi "di chiusura" che permettano in ogni caso di nominare nuovi trustee, ovvero la permanenza forzata nell'ufficio di un trustee dimissionario fino alla realizzazione di un adeguato avvicendamento.

■ Dimissioni e nomina di trustee nel modello inglese ed in altri esempi del modello internazionale

Le disposizioni della legge di Jersey appena commentate sono coerenti con la tradizione inglese e non si discostano significativamente dagli approcci seguiti nell'ambito del "modello internazionale" del trust. Per inquadrarle in via comparativa si prenderanno dapprima in considerazione le disposizioni di riferimento del diritto inglese, per concludere poi con una breve rassegna dei principali ordinamenti del modello internazionale.

Dimissioni e nomina di trustee in Inghilterra

Le formalità e le altre condizioni necessarie affinché le dimissioni di un trustee siano efficaci in diritto inglese sono contenute nella *section 39(1)* del Tru-

Note:

(13) Trusts (Jersey) Law, Art 51(1).

A trustee may apply to the court for direction concerning the manner in which the trustee may or should act in connection with any matter concerning the trust and the court may make such order, if any, as it thinks fit.

(14) L'espressione è tratta dall'opinione pronunciata da Lord Walker riguardo al caso *Schmidt v Rosewood Trust Ltd* [2003] 2 AC 709, in questa Rivista, 2003, 586, in cui il Privy Council ha considerato un appello dall'Isola di Man.

(15) Trusts (Jersey) Law 1984, Art 16(2):

A trust shall not fail on grounds of having fewer trustees than required by this Law or the terms of the trust.

(16) Trusts (Jersey) Law 1984, Art 19

(1) Subject to paragraph (3), a trustee, not being a sole trustee, may resign his or her office by notice in writing delivered to his or her co-trustees.

(2) A resignation takes effect on the delivery of notice in accordance with paragraph (1).

(3) If two or more trustees purport to resign simultaneously, the effect of which would mean that there would be no trustee, the resignations shall have no effect.

(17) *Re Frame* [1939], 2 All ER 865.

ste Act 1925(18). Esse sono riconducibili essenzialmente a tre aspetti: (i) in seguito alle dimissioni devono restare in carica una “trust corporation” o almeno due persone, (ii) l’intenzione di dimettersi deve essere dichiarata in un atto formale che abbia le caratteristiche del “deed”(19) e (iii) i co-trustee, ovvero chiunque altro sia investito del potere di nomina di nuovi trustee, devono esprimere, sempre con le formalità del “deed”, il loro consenso alle dimissioni. Se tutte queste condizioni sono soddisfatte, il trustee dimissionario è validamente sollevato dalle sue obbligazioni (“discharged from the trust”) anche senza la nomina di un successore.

Il mancato rispetto di una o più delle formalità di cui sopra fa sì che il trustee dimissionario non sia validamente “discharged” e resti quindi nell’ufficio, tra l’altro con la possibilità di conseguenze sfavorevoli anche sul piano fiscale. È il caso discusso dalla Royal Court di Jersey nella sua decisione *Re Epona Trustees Ltd*(20) del 17 aprile 2009, relativa ad un trust amministrato a Jersey ma retto dal diritto inglese. La decisione è forse il più ampio commento disponibile della citata *section 39* del *Trustee Act 1925*. Al fine di trasferire il luogo di amministrazione di un trust originariamente istituito in Inghilterra con due trustee residenti nel Regno Unito, uno dei due trustee si era inizialmente dimesso affinché fossero nominati al suo posto due trustee residenti in Jersey. Successivamente anche l’altro trustee inglese, un avvocato, aveva presentato le sue dimissioni con un apposito “deed”. I due trustee di Jersey non avevano formalmente accettato le dimissioni sottoscrivendo lo stesso “deed”, ma poco tempo dopo avevano stipulato atti, a loro volta formalizzati come “deed”, relativi a finanziamenti a favore di una società le cui azioni erano detenute in trust, dichiarandosi “gli unici trustee del trust”. Qualora il trustee inglese non avesse validamente cessato di ricoprire l’ufficio a far tempo dal suo “deed” di dimissioni, il trust sarebbe stato soggetto passivo d’imposta nel Regno Unito in relazione ad alcune plusvalenze (*capital gains tax*). In seguito alle dimissioni del trustee inglese, correttamente rassegnate con la formalità del “deed”, erano rimaste in carica due “persone”, ossia una “trust company” ed una persona fisica residenti in Jersey. Costoro non avevano tuttavia sottoscritto il “deed” manifestando il loro consenso alle dimissioni ed alla prosecuzione del trust nella loro persona. Tuttavia, sulla base del principio per cui “le espressioni al singolare comprendono il plurale” e viceversa, ribadito nell’*Interpretation Act 1978*, il *Deputy Bailiff Birt* ha potuto

concludere che le dimissioni e la “discharge” non devono necessariamente avere luogo nello stesso “deed”. Anzi, gli atti compiuti dai trustee rimasti in carica e la loro dichiarazione di essere gli unici trustee si devono intendere come perfezionamento delle formalità previste alla *section 39(1)* di cui sopra.

Al di là delle formalità del “deed”, di cui si è detto, le difficoltà per il trustee dimissionario di un trust di diritto inglese sono dovute anche alla condizione relativa ai trustee destinati a proseguire nell’ufficio. L’attuale requisito, relativo ad una “trust corporation” o a due “persone” (*persons*) è l’esito della riforma intervenuta per effetto del *Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996*. La versione precedente della norma era più restrittiva e richiedeva, in alternativa alla “trust corporation”, due “persone fisiche” (*individuals*). La nozione di “trust corporation” è peraltro altamente tecnica in diritto inglese e fa riferimento al *Public Trustee* istituito con il *Public Trustee Act 1906*, ovvero una società la cui nomina a trustee di un certo trust sia avvenuta per ordine del tribunale, o ancora una società autorizzata ad agire come “custodian trustee” ai sensi dello stesso *Public Trustee Act 1906*(21). Una società estera priva di sedi nel Regno Unito non soddisfa quest’ultima definizione, il che può creare problemi nel caso di un trust retto dal diritto inglese, ma amministrato al di fuori del Regno Unito, come è il caso per i “trust interni” la cui legge regolatrice sia quella inglese.

Un’attenuazione di questo requisito, in forza della

Note:

(18) *Trustee Act 1925*, s 39(1)

Where a trustee is desirous of being discharged from the trust, and after his discharge there will be either a trust corporation or at least two persons to act as trustees to perform the trust, then, if such trustee as aforesaid by deed declares that he is desirous of being discharged from the trust, and if his co-trustees and such other person, if any, as is empowered to appoint trustees, by deed consent to the discharge of the trustee, and to the vesting in the co-trustees alone of the trust property, the trustee desirous of being discharged shall be deemed to have retired from the trust, and shall, by deed, be discharged therefrom under this Act, without any new trustee being appointed in his place.

(19) Il “deed” nella prassi anglo-sassone è quanto di più vicino alla forma autentica della tradizione di *civil law*. La firma è infatti autenticata da un testimone e l’atto deve prevedere alcune formule di rito, tra cui l’indicazione che è stipulato “as a deed”.

(20) [2008] JRC 062; 11 ITEL 706.

(21) Ai sensi delle *Public Trustee (Custodian Trustee) Rules 1975*, si deve trattare di una società: (a) con sede legale nel Regno Unito o in uno Stato membro dell’Unione Europea, (b) autorizzata per statuto ad offrire servizi di trust nel Regno Unito, (c) con una o più sedi nel Regno Unito e (d) con un capitale di almeno 250.000 sterline (od equivalente in altra divisa) versato almeno a concorrenza di 100.000 sterline.

section 37(1)(c) del Trustee Act 1925, si ha nel caso in cui il trust sia stato originariamente istituito con un solo trustee. In tal caso non è obbligatorio nominare più di un trustee in seguito alle dimissioni del primo. Una decisione piuttosto risalente può illustrare il principio. In *Mallott v Wilson*(22) un trust istituito nel 1866 fu considerato valido nonostante la rinuncia (*disclaimer*) del primo trustee nel 1867 e la successiva istituzione di un trust sugli stessi beni da parte del disponente nel 1889. Sulla base dei fatti la corte concluse che il disponente aveva ricoperto l'ufficio di trustee sin dal 1867, cosicché l'atto del 1889 era una "risistemazione" (*resettlement*) di beni già vincolati in trust.

La nomina di nuovi trustee è disciplinata dalla section 36(1) del Trustee Act 1925 che riguarda, oltre alle dimissioni, i casi di: decesso, assenza dal Regno Unito per oltre dodici mesi, rifiuto od incapacità di agire, ovvero minore età del trustee nominato. In tal caso, similmente a quanto si è già visto a proposito del diritto di Jersey, alla nomina provvedono le persone indicate a questo fine nell'atto istitutivo ovvero, in difetto, gli ultimi trustee rimasti in carica o i loro aventi causa(23). All'atto di nomina non si applicano necessariamente i requisiti formali del "deed": per la sua validità basta la forma scritta.

Quale unica eccezione alla *regula* di Equity secondo cui "un trust non viene meno per la mancanza di un trustee" va notato il principio espresso nella decisione *In re Lysaght*(24), ovvero il caso in cui l'istituzione del trust sia motivata dall'*intuitus personae*, ossia l'affidamento riposto dal disponente in un particolare trustee, quando questi si riveli incapace di ricoprire l'ufficio o si rifiuti(25).

Dimissioni e nomina di trustee nel modello internazionale

Disposizioni equivalenti a quelle in vigore in Inghilterra si trovano nelle leggi di molte giurisdizioni del modello internazionale, il cui testo legislativo di riferimento in materia di trust è basato sul Trustee Act 1925, pur con significative modificazioni.

È il caso della Trustee Ordinance di Hong Kong, pressoché equivalente al Trustee Act 1925(26), la cui section 40(1) corrisponde alla section 39(1) del testo legislativo inglese nella versione più restrittiva, anteriore alla riforma del 1996, che condiziona la validità delle dimissioni di un trustee al fatto che permangano in carica una "trust corporation" o due persone fisiche (*individuals*). Lo stesso è vero per le leggi di Singapore(27) e della Nuova Zelanda(28), nonché per la cor-

rispondente section 8(1) della Trusts Law (2007 Revision) delle Cayman Islands, che sotto questo punto di vista è rimasta aderente alla tradizione inglese, da cui si è invece discostata sotto numerosi altri profili.

La section 29(1) del trustee Act 1975 di Bermuda contiene invece un'estensione rispetto alla regola inglese, consentendo ad un trustee di dimettersi validamente se rimane nell'ufficio una persona giuridica, non necessariamente rispondente ai requisiti di una "trust corporation" e con sede legale in qualunque parte del mondo, purché autorizzata ad agire in qualità di trustee, ovvero in alternativa due persone fisiche(29). Le disposizioni corrispondenti delle leggi delle Bahamas(30) e delle British Virgin

Note:

(22) [1903] 2 Ch 494.

(23) Trustee Act 1925, s 36(1)

Where a trustee, either original or substituted, and whether appointed by a court or otherwise, is dead, or remains out of the United Kingdom for more than twelve months, or desires to be discharged from all or any of the trusts of powers reposed in him or conferred on him, or refuses or is unfit to act therein or is incapable of acting therein, or is an infant, then, subject to the restrictions imposed by this Act on the number of trustees, -
(a) the person or persons nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust; or
(b) if there is no such person, or no such person able and willing to act, then the surviving or continuing trustees or trustee for the time being, or the personal representatives of the last surviving or continuing trustee; may, by writing, appoint one or more other persons (whether or not being the persons exercising the power) to be a trustee or trustees in the place of the trustee so deceased, remaining out of the United Kingdom, desiring to be discharged, refusing, or being unfit or being incapable, or being an infant, as aforesaid.

(24) [1965] 2 All ER 888.

(25) Buckley J: "If it is of the essence of the trust that the trustees selected by the settlor and no-one else shall act as the trustees of it and those trustees cannot or will not undertake the office, the trust must fail".

(26) In seguito ad una consultazione pubblica promossa dal governo di Hong Kong nel 2009, la legislazione in materia di trust è destinata ad essere completamente riformata: il nuovo testo di legge è atteso per il 2010 o il 2011.

(27) Singapore, Trustees Act, s 40(1).

(28) New Zealand, Trustee Act 1956, s 45.

(29) Bermuda, Trustee Act 1975, s 29(1) - Where a trustee is desirous of being discharged from the trust or a severable part of the trust, and after his discharge there will be a trust corporation, any other body corporate, wherever incorporated, with power to act as trustee or at least two individuals to act as trustees to perform the trust, then, if such trustee as aforesaid by deed declares that he is desirous of being discharged from the trust or the severable part thereof, and if his co-trustees and such other person, if any, as is empowered to appoint trustees, by deed consent to the discharge of the trustee, and to the vesting in the co-trustees alone of the trust property, the trustee desirous of being discharged shall be deemed to have retired from the trust or a severable part thereof, and shall, by the deed, be discharged therefrom under this Act, without any trustee being appointed in his place.

(30) Bahamas, Trustee Act 1998, s 46(1).

Islands(31) sono equivalenti alla *section 39(1)* del Trustee Act 1925, ma non contengono alcun requisito in ordine al numero ed alla natura dei trustee che dovranno rimanere in carica in seguito alle dimissioni.

Tutte le leggi citate contengono una disposizione letteralmente equivalente alla *section 36(1)* del Trustee Act 1925 in ordine alla nomina di nuovi trustee o trustee aggiuntivi. Nel caso di Bermuda(32), Singapore(33) e Hong Kong(34) la nomina da parte delle persone indicate nell'atto istitutivo ovvero, in difetto, da parte degli ultimi trustee rimasti in carica o dei loro aventi causa, deve avvenire per iscritto (by writing) come in diritto inglese. La versione della stessa norma in vigore in Nuova Zelanda(35), alle Bahamas(36), nelle British Virgin Islands(37) e nelle Cayman Islands(38) impone invece l'ulteriore requisito formale della nomina "by deed".

In tutti gli ordinamenti considerati vale lo stesso principio contenuto alla *section 37(1)(c)* del Trustee Act 1925 secondo cui, se originariamente un trust è stato istituito con un solo trustee, non è necessario nominare un numero superiore di trustee in seguito alle dimissioni di quello in carica(39).

La legge di Guernsey si discosta dal modello del Trustee Act 1925 e segue pressoché testualmente l'esempio di Jersey anche nella sua evoluzione storica. La Trusts (Guernsey) Law 1989 conteneva infatti una disposizione analoga a quella in vigore a Jersey prima della riforma del 2006, che prevedeva un meccanismo "di chiusura" per la nomina di nuovi trustee o trustee aggiuntivi soltanto in assenza di disposizioni a questo fine nell'atto istitutivo. La *section 18* della Trusts (Guernsey) Law 2007 attualmente in vigore, analogamente alla versione attuale dell'articolo 17 della Trusts (Jersey) Law 1984, si applica anche nei casi in cui le disposizioni dell'atto istitutivo non abbiano prodotto effetto o siano risultate inefficaci ("lapsed or failed"), ovvero la persona designata nell'atto istitutivo per la nomina di trustee non abbia la capacità di esercitare il potere conferitole. In tali casi il diritto di Guernsey, come quello di Jersey, prevede che alla nomina di nuovi trustee o trustee aggiuntivi provvedano i trustee in carica od i loro aventi causa. La *section 18(1)(iv)* della legge di Guernsey, a differenza della disposizione corrispondente di Jersey, indica anche espressamente la Royal Court tra i soggetti deputati alla nomina di trustee. La nomina giudiziale è peraltro prevista, come principio generale, anche in diritto di Jersey e su questa base il Tribunale di Genova ha esercitato la sua giurisdizione nel caso commentato sopra.

L'intervento dell'autorità giudiziaria è invece il meccanismo previsto in ultima istanza dalla legge di Malta(40). L'articolo 18(3) del Trusts and Trustees Act prevede infatti che, quando non possano essere posti in essere altri metodi di nomina di un nuovo trustee, il potere compete all'autorità giudiziaria su istanza di un trustee in carica, di un beneficiario o dell'Attorney General, ufficio che – analogamente a quanto accade in molte giurisdizioni di *common law* – ha una funzione consultiva nei confronti del governo oltre a quella di pubblica accusa. Il successivo paragrafo (4) dello stesso articolo dettaglia la procedura in base alla quale la corte procede alla nomina del candidato indicato in sede di ricorso. Il controllo giudiziario sull'avvicendamento nell'ufficio di trustee offre garanzie di tutela degli interessi dei beneficiari. Tuttavia il meccanismo previsto dal legislatore maltese, oltre ad essere inevitabilmente più lungo e costoso rispetto a quanto avviene negli altri ordinamenti del modello internazionale, può dar luogo a problemi di giurisdizione nel caso di trust il cui luogo di amministrazione e foro competente non siano a Malta.

Note:

(31) British Virgin Islands, Trustee Ordinance 1961, s 40(1).

(32) Bermuda, Trustee Act 1975, s 26(1).

(33) Singapore, Trustees Act, s 37(1).

(34) Hong Kong, Trustee Ordinance, s 37(1).

(35) New Zealand, Trustee Act 1956, s 43(1).

(36) Bahamas, Trustee Act 1998, s 47(1).

(37) British Virgin Islands, Trustee Ordinance 1961, s 36(1).

(38) Cayman Islands, Trusts Law (2007 Revision), s 4(1).

(39) Bahamas, Trustee Act 1998, s 44(c), Bermuda, Trustee Act 1975, s 27(c), British Virgin Islands, Trustee Ordinance 1961, s 38(c), Cayman Islands, Trusts Law (2007 Revision), s 6(c), Hong Kong, Trustee Ordinance, s 38(1)(c), New Zealand, Trustee Act 1956, s 43(2)(c), Singapore, Trustees Act, s 38(1)(c).

(40) Malta, Trusts and Trustees Act 1988 (as amended, 2004), art 18 [...]
(3) Where there is no trustee or there is a vacancy among the trustees which cannot otherwise be filled, the last former trustee or any trustee, or any beneficiary or the Attorney General may apply to the court for the appointment of a new trustee.

(4) The court –

(a) upon being satisfied that an application made by beneficiary has been served on the last former trustee or on at least one of the other trustees, if any; and

(b) having heard the representations made by the said trustee or trustees, or by any beneficiary; and

(c) having ascertained that the trustee indicated for the purpose in the application or otherwise intended for appointment as the new trustee is willing to at,
may make an order appointing a new trustee.

Italia – Corte di Cassazione

Irrilevanza delle vicende attinenti al mandato nell'esercizio dei diritti sociali da parte di società fiduciaria

Intestazione fiduciaria di quote sociali – iscrizione del fiduciario nel libro soci – interposizione reale di persona – fallimento del fiduciante – decesso del fiduciante – effetti nei confronti della società e dei soci – esercizio dei diritti sociali da parte del fiduciario

Nell'ambito dell'intestazione fiduciaria delle quote di una società che realizzi un'interposizione reale di persona, il fiduciario, il cui nominativo sia stato iscritto nel libro soci della società, esercita nei confronti della società stessa e degli altri soci tutti i diritti del proprietario della partecipazione sociale, di talché le vicende interferenti con la prosecuzione del mandato senza rappresentanza intercorso con il fiduciante (dal suo fallimento al suo decesso) non impediscono il legittimo esercizio dei diritti connessi alla stessa partecipazione sociale, ivi incluso quello relativo all'opzione in sede di aumento del capitale sociale.

- **Corte di Cassazione, V. Proto Vincenzo, Pres., D. Plenteda, Rel. Cons., S. Salvago, A. Nappi, M. Dogliotti, Conss., 8 maggio 2009, n. 10590 [C.F. c. Delta Erre S.p.a. c. V.A., R.B., Trieste Service S.r.l.]**

TESTO DELLA SENTENZA

Svolgimento del processo

Con atto 8 e 9 ottobre 1997 la società Delta Erre s.r.l. convenne dinanzi al tribunale di Padova la società Trieste Service S.r.l., C.F., V.A. e R.B. ed espose che, nell'ambito dell'attività di amministrazione fiduciaria di partecipazioni societarie, aveva con mandato (...) assunto da M.G. la gestione fiduciaria di una quota pari ad un terzo del capitale della società Trieste Service, le cui ragioni, dopo la morte del M., avvenuta il (...) e della moglie S.N., avvenuta il (...), erano passate agli eredi legittimi M.A., R., F. e G.; che la società Trieste Service aveva il 25 marzo 1993 deliberato la riduzione per perdite del capitale sociale di Lit 20 milioni e la sua ricostituzione con aumento sino a Lit 45 milioni, delibera cui non era stata ammessa a partecipare la Delta Erre, in quanto ritenuta priva di legittimazione, per essere il rapporto fiduciario venuto meno a seguito del fallimento di M.G. dichiarato il (...); che nonostante la società Delta il (...) aveva fatto pervenire

alla Trieste Service complessive L. 24 milioni, di cui 9 milioni a copertura della quota di perdite e la differenza per l'aumento di capitale, senza che ciò avesse prodotto alcun risultato, in quanto l'amministratore della Trieste Service aveva offerto in opzione la quota di spettanza della Delta Erre agli altri soci, i predetti C.F., V.A. e R. B.; tutto ciò premesso chiese che fosse accertata la sua titolarità della quota di partecipazione predetta, in ragione di L. 14.998.500 nominali o, in subordine, che fosse trasferita ai sensi dell'art. 2932 c.c.; fossero condannati i convenuti a corrispondere in danaro gli utili relativi alla quota rivendicata, dall'esercizio 1993 in poi; in subordine chiese la condanna di C.F., amministratore unico della Trieste, al risarcimento dei danni ai sensi degli artt. 2395 e 2043 c.c..

I convenuti, ad eccezione della società, che restò contumace, resistettero alla domanda ed ecceperono il difetto di competenza del tribunale, attesa la clausola compromissoria prevista dallo statuto sociale; dedussero che il man-

Riproduciamo il testo della sentenza da La Legge plus, IPSOA.

dato, con la intestazione fiduciaria della quota alla Delta Erre, si era estinto per la dichiarazione di fallimento e il successivo decesso del fiduciante, intervenuti prima della delibera di aumento del capitale sociale.

Il tribunale dichiarò l'attrice titolare della quota corrispondente al valore nominale di L. 14.998.500 del capitale e ordinò che fosse annotata nel libro soci. Il C. impugnò la decisione e appello incidentale proposero V.A. e R.B. per ottenere in riforma della sentenza impugnata il rigetto delle domande proposte dalla società attrice; alle impugnazioni resistette la società Delta Erre, mentre la Trieste Service si costituì senza assumere conclusioni.

La corte di appello di Venezia con sentenza 13 luglio 2004 ha respinto l'appello principale e dichiarato inammissibile l'incidentale.

Ha rilevato, con riguardo alla questione negativamente risolta dal primo giudice della applicabilità della clausola compromissoria, in considerazione della sua natura binaria, a fronte della pluralità delle parti, che siffatta pluralità deve essere valutata a posteriori, con riferimento al *petitum* e alla causa *petendi* e dunque alla circostanza che i centri di interesse siano polarizzati in due soli gruppi omogenei; mentre nella specie tanto non era possibile, non già, come osservato dal tribunale, per la mancata costituzione in giudizio della società (peraltro avvenuta in grado di appello), che aveva impedito di determinare la sua posizione rispetto alla controversia, quanto per la esistenza in capo alla società di un interesse autonomo, distinto da quello delle parti, avuto riguardo al fatto che la esclusione dalla partecipazione all'aumento di capitale e dall'esercizio del diritto di opzione, offerto agli altri soci, era riferibile alla società - attraverso l'atto del suo amministratore - la quale aveva così assunto una posizione tutt'altro che neutra, ancor più considerando che, con riguardo al *petitum*, era stata individuata la società come contraddittore necessario, nei cui confronti si era chiesto di accertare che Delta Erre aveva acquistato la titolarità della quota e il titolo all'annotazione del trasferimento coattivo nel libro soci.

Quanto alla qualificazione del rapporto tra il M. e la Delta, come rapporto di intestazione fiduciaria di quote societarie e alla doglianza dell'appellante principale relativa al mancato apprezzamento delle sopravvenute cause di estinzione, anche ai sensi della L.Fall., art. 78, ha osservato che la intestazione in forza di un *pactum fiduciae* di titoli azionari o di quote di partecipazione societaria integra gli estremi della interposizione reale di persona, per effetto della quale l'acquisto si realizza in capo all'interposto, tenuto nei confronti del fiduciante a determinate condotte, sicché l'esistenza alla base della intestazione del rapporto di mandato senza rappresentanza risulta inconferen-

te, essendo le vicende del mandato irrilevanti per il terzo, che ha rapporti solo con il mandatario.

Quanto all'appello incidentale, ha osservato la corte territoriale che, essendo di tipo adesivo, esso deve osservare i termini ordinari anche quando è proposto da litisconsorte in cause inscindibili, poiché le regole dettate dall'art. 334 c.p.c., riguardano la impugnazione incidentale in senso stretto, quella cioè che proviene dalla controparte della impugnazione principale o dalla parte chiamata ad integrare il contraddittorio ex art. 331 c.p.c., essendo l'istituto della impugnazione tardiva, che consente di evitare gli effetti della decadenza dal termine ordinario, ovvero quello della acquiescenza, rivolto a rendere possibile l'accettazione della sentenza solo nella situazione di reciproca soccombenza e quando l'avversario tenga analogo comportamento; al contrario dell'interesse dell'impugnante adesivo, che nasce dalla sentenza e non dalla impugnazione principale.

Propongono separati ricorsi C.F. con due motivi e V.A., V. e M., quali eredi di R. B. - il primo anche in proprio - con quattro motivi, resistiti da controricorso della società Delta Erre.

Motivi della decisione

C.F. denuncia con il primo motivo di ricorso - che assume il ruolo di impugnazione principale, in quanto anteriore all'altra - violazione e falsa applicazione dell'art. 806 c.p.c. e vizio di motivazione sul punto relativo alla efficacia della clausola compromissoria, osservando che le posizioni dei contendenti sono sostanzialmente due, quella della Delta Erre, che aveva svolto domanda diretta all'accertamento del diritto di opzione e conseguentemente della qualità di socio, e quella degli altri soci, cui Trieste Service non aveva opposto alcuna domanda, essendo l'accertamento della titolarità della quota in capo alla società Delta destinata ad operare esclusivamente nel patrimonio dei soci.

Evidenzia, comunque, il ricorrente che l'ordine di annotazione nel libro soci come pronuncia accessoria non si colloca sul piano della lite e non postula che la società, del medesimo destinataria, sia contraddittore necessario.

Con il secondo motivo si denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1705, 1706, 1722 e 1728 c.c. e della L.Fall., art. 78, nonché vizio di motivazione sul punto relativo alla opponibilità a terzi della estinzione del mandato fiduciario. Posto che la Corte di appello ha deciso la questione prospettata del sopravvenuto fallimento del fiduciante sulla prosecuzione del rapporto, con il rilievo che le vicende del mandato, quando il rappresentante

non spende il nome del rappresentato, sono del tutto irrilevanti per il terzo, che ha rapporti solo con il mandatario, deduce che la estinzione del mandato determina il venir meno in capo al mandatario del potere di compiere ulteriori atti giuridici nell'interesse del mandante, sebbene non incida sugli effetti degli atti giuridici già compiuti, rispetto ai quali il mandatario conserva la legittimazione ad esercitare in confronto ai terzi le azioni necessarie a realizzare i crediti derivati da quegli atti; con la ulteriore conseguenza che il mandatario non può compiere nuovi atti e il mandante ha titolo a rivendicare i crediti ex art. 1706 c.c..

Pertanto con il fallimento prima e la morte poi del M. la società Delta Erre non poteva sottoscrivere l'aumento di capitale, tanto più che il curatore del fallimento aveva fin dal 1985 rivendicato la partecipazione del fallito, palesando così l'avvenuto spossessamento e sottraendo in tal modo alla società fiduciaria la disponibilità, con l'effetto che la società Trieste Service e i suoi soci erano legittimati a pretermettere detta fiducia.

Con il primo motivo V.A., V. e M. denunziano violazione o falsa applicazione dell'art. 334 c.p.c., e omesso esame del motivo di appello formulato con riferimento alla tutela reale del diritto di opzione, erroneamente riconosciuta dal giudice di primo grado.

Addebitano alla corte di merito di avere giudicato adesivo l'appello di V.A. e R.B., sebbene i motivi di tale impugnazione fossero in parte diversi da quelli dell'appello di C.F. e avessero cioè investito la sentenza del primo giudice, in relazione alla ritenuta tutela reale del diritto di opzione.

Precisano che la impugnazione era intesa alla riforma della decisione del tribunale, laddove aveva respinto le argomentazioni degli appellanti in ordine alla inammissibilità della reintegrazione in forma specifica del diritto di opzione, ritenendole applicabili solo alla delibera di aumento del capitale, in violazione del diritto di opzione ex art. 2441 c.c., annullabile ad istanza del socio danneggiato, che con la impugnazione tempestiva della delibera tende a conseguire la reintegrazione specifica nelle proprie ragioni; mentre nel caso contrario di delibera non impugnata nei termini di legge la tutela riconoscibile si esaurisce al profilo risarcitorio.

Nella specie, aggiungono i ricorrenti, la società Delta Erre non aveva impugnato la delibera assembleare né l'atto dell'amministratore unico di accertamento della invalidità della dichiarazione di esercizio del diritto di opzione, resa dall'attrice, perché carente di legittimazione; aveva consentito che tutti gli atti del procedimento avessero esecuzione e che gli altri soci acquistassero in buona fede la quota non optata e che si perfezionasse in tal modo la in-

tera procedura di aumento del capitale, con la iscrizione conseguente nel libro soci; aveva creato negli altri soci, omettendo qualunque contestazione per quattro anni, l'affidamento sulla decisione dell'amministratore unico.

E tali circostanze avevano reso inammissibile la reintegrazione specifica delle sue ragioni.

Concludono che, sia pure in parte, il loro appello era stato diverso da quello del C. e comunque richiamano la giurisprudenza di legittimità secondo cui l'art. 334 c.p.c., si applica anche alla ipotesi di impugnazione adesiva, in quanto diretta a rimuovere capi di sentenza sfavorevoli all'appellante principale e a quello incidentale.

Con il secondo mezzo si denuncia vizio di motivazione in ordine alla ritenuta tutela reale del diritto di opzione.

Assumono i ricorrenti che, pur riconoscendo la corte territoriale che il motivo di appello, sulla efficacia reale di tale tutela, era stato formulato solo dai sigg. R. e V., aveva poi contraddittoriamente concluso per la qualificazione della loro impugnazione come incidentale adesiva.

Con il terzo motivo si denuncia omessa pronuncia sul motivo d'appello proposto in relazione all'applicabilità della clausola compromissoria. Posta la irrilevanza della natura adesiva del motivo di appello su tale clausola e atteso, dunque, l'obbligo della corte di merito di esaminare le argomentazioni proposte in ordine al motivo di gravame, sebbene esso fosse analogo a quello dell'appellante principale, richiamano i ricorrenti l'art. 31 dello statuto sociale sulla clausola predetta e osservano che nella specie la sua natura era binaria, con l'aggregazione delle parti in due soli contrapposti centri d'interesse, essendo la società Trieste Service indifferente all'esito del giudizio.

Con il quarto motivo viene denunciato il vizio di omessa pronuncia sul motivo di appello relativo allo scioglimento del rapporto fiduciario a causa del fallimento e della morte del mandante, nonché violazione o falsa applicazione degli artt. 1722 e 1728 c.c..

Addebitano i ricorrenti alla Corte di appello di aver mancato di pronunciare sul motivo di impugnazione formulato dagli appellanti in relazione alla cessazione del rapporto fiduciario e alla conseguente insussistenza in capo alla società Delta del diritto di partecipare all'assemblea dei soci e all'esercizio della opzione. Evidenziano comunque che la Corte di appello aveva concluso che le vicende interne al mandato sono irrilevanti per il terzo, dovendo ritenersi esaustiva la considerazione che Delta Erre è iscritta nel libro soci e pertanto legittimata all'esercizio di ogni relativo diritto; argomentazioni frutto di una erronea interpretazione delle norme relative alla cessazione del mandato, posto che la intestazione fiduciaria di quote societarie comporta la nascita, tra fiduciante e fiduciario, di

un rapporto di mandato senza rappresentanza all'esercizio dei diritti connessi alla partecipazione, nel quale il fiduciario agisce in nome proprio, ma per conto del fiduciante, nel rispetto delle norme sul mandato; con l'effetto che con riguardo agli organi sociali prevale la effettiva proprietà del fiduciante sulla titolarità formale del fiduciario e assume rilievo la estinzione del rapporto fiduciario al verificarsi di una circostanza che faccia venir meno la causa fiduciae.

Ed essendo ancora aperta la procedura fallimentare di M. G., le istruzioni in ordine alla partecipazione all'assemblea di Trieste Service del 25 maggio 1993 non dovevano essere date dagli eredi ma dal curatore.

Il ricorso principale è infondato.

Con riguardo alla prima censura, proposta in riferimento alla mancata applicazione della clausola compromissoria, va rilevato che la sentenza impugnata ha ritenuto che nella specie non fosse configurabile il meccanismo binario per la nomina degli arbitri, a causa della impossibilità di polarizzare gli interessi in gioco in due soli gruppi omogenei, posto che oltre agli interessi dei soci, Delta Erre, attrice, e C.F., V.A. e R.B., convenuti, era in discussione la posizione autonoma ed affatto neutrale della società Trieste Service, la quale aveva assunto il ruolo di contraddittore necessario rispetto alle domande di accertamento della titolarità di una quota sociale e di annotazione nel libro soci del coattivo trasferimento richiesto.

La censura a riguardo propone assunti apodittici, quali quello che le posizioni dei contendenti fossero soltanto due, con riferimento alla controversia sul diritto di opzione, e comunque irrilevanti in considerazione del fatto che Trieste Service non avesse svolto alcuna domanda autonoma, sicché l'accertamento della quota in capo all'attrice avrebbe interessato esclusivamente gli altri soci, incidendo sul loro patrimonio, del tutto trascurabile essendo la pronuncia accessoria della annotazione nel libro dei soci; deduzioni che mancano di considerare - e pertanto omettono di sottoporre a critica - il rilievo della sentenza impugnata che l'accertamento della titolarità della quota, che costituiva la premessa necessaria per l'esercizio del diritto di opzione, non poteva che essere richiesto nei confronti della società, della cui compagine Delta Erre assumeva di far parte e la cui appartenenza chiedeva che fosse affermata, rispetto alla quale la valutazione della correttezza dell'esercizio della opzione e dei suoi effetti, incidente sulle posizioni degli altri soci, non era oggetto esclusivo della controversia, risultando conseguenza ulteriore che non toglieva valore alla premessa e all'autonomia del rapporto processuale tra l'attrice e la convenuta Trieste Service.

Né merita miglior sorte la seconda doglianza, con la quale si fa valere la estinzione del mandato per effetto del fallimento di M.G., intervenuto molti anni prima dell'assemblea dei soci convocata per l'aumento di capitale, oltre che per il suo decesso, sopravvenuto pur sempre in data anteriore a tale assemblea.

In punto di fatto è stato accertato dalla corte territoriale, ed è comunque incontrovertito, che la società Delta Erre assunse su un mandato del 5 dicembre 1980 di M.G. la gestione fiduciaria della sua quota pari ad un terzo del capitale sociale di Trieste Service S.r.l., poi pervenuta per successione agli eredi legittimi.

Quel negozio ha ritenuto la sentenza impugnata che abbia realizzato una interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto - cioè la società Delta - aveva acquistato la titolarità della quota, pur restando legato al fiduciante dall'obbligo di tenere determinati comportamenti, che assumeva rilievo nel rapporto interno e cioè nei suoi confronti, al punto da risultare irrilevante ogni sua vicenda nei confronti del terzo, essendo esso rapporto solo con il mandatario, posto che Delta Erre era iscritta nel libro soci, dal quale derivava la legittimazione all'esercizio di tutti i diritti, compreso quello di opzione, connessi alla qualità di socio.

Siffatta argomentazione ha giovato a disattendere la censura alla sentenza di primo grado mossa in particolare - come ricostruisce la sentenza ora impugnata - con l'assunto che il tribunale aveva "infondatamente negato il rilievo esterno delle cause di estinzione del rapporto, anche con riferimento alla L.Fall., art. 78. ed erroneamente accordato rilievo alle disposizioni degli artt. 1705 e 1706 c.c., che circoscrivono l'ambito dei rapporti del mandante con i terzi, ma anche attengono alla sola fase di diligenza del rapporto, e invece obliterato i principi che si traggono dalla successiva disposizione dell'art. 1723 c.c., che limita esclusivamente alla ipotesi del comma 2, peraltro non invocata nella fattispecie, la ultrattività del mandato che, fondandosi sull'intuitus personae, non può che estinguersi con la morte del mandante (oltre che del mandatario)".

Rileva il ricorrente che una volta inquadrato il mandato fiduciario "in termini di mandato senza rappresentanza la sua estensione per fallimento o per morte del mandante fa venir meno in capo al mandatario il potere di compiere ulteriori atti giuridici, con l'effetto che Delta Erre "non aveva il potere di compiere atti nuovi e quindi neppure quello di sottoscrivere il capitale sociale tanto più che in forza del mandato avrebbe potuto votare in assemblea e poi esercitare l'opzione solo su precise istruzioni del M., che ovviamente non poteva avere".

La deduzione difensiva, che costituisce il corpo del mo-

tivo di censura, non può essere condivisa, in quanto trascura di considerare la reale struttura della fattispecie negoziale posta in essere dalle parti e rimasta sostanzialmente inalterata pur dopo gli eventi personali del M..

È infatti giurisprudenza consolidata di legittimità, a far tempo da Cass. 18 aprile 1957 n. 1331; 28 luglio 1958 n. 2724 - cui più recentemente hanno fatto riscontro Cass. 28 luglio 1988 n. 2724; 29 maggio 1993 n. 6024; 28 settembre 1994 n. 7899; 14 ottobre 1995 n. 10.768; 23 giugno 1998 n. 6246; 27 novembre 1999 n. 13.261; 1 aprile 2003 n. 4886; 27 luglio 2004 n. 14.094 - che nel rapporto fiduciario concorrono due negozi, il patto di fiducia e il mandato senza rappresentanza, l'uno dispositivo e l'altro, conseguente, di natura obbligatoria, distinti ma collegati funzionalmente, ognuno dei quali produce gli effetti suoi propri; collegamento in forza del quale il primo, di carattere esterno, determina il trasferimento di diritti ovvero la insorgenza di situazioni giuridiche in capo al fiduciario, mentre il secondo, di carattere interno, crea a carico di quest'ultimo l'obbligo di ritrasferire al fiduciante o al terzo il diritto.

Tali negozi integrano una fattispecie di interposizione reale, cui sono riconducibili contratti atipici di varia natura, compreso quello oggetto della presente controversia, di intestazione fiduciaria di titoli azionari o di quote societarie, la quale consente all'interposto l'acquisto effettivo della titolarità, ma ad un tempo lo obbliga, nei confronti dell'interponente, in forza del mandato senza rappresentanza, alle condotte di natura gestoria, oltre che a quelle traslative della piena titolarità, in esecuzione dei patti assunti all'interno del rapporto in questione.

Siffatta disciplina consente di tenere distinti - proprio per la autonomia dei due negozi - gli effetti delle vicende interne da quelli che derivano dalle relazioni esterne con la società partecipata, il cui regolamento, sul piano sostanziale dei diritti e degli obblighi, non è condizionato né influenzato dagli obblighi e diritti del patto fiduciario, i quali si esauriscono nell'ambito del rapporto interno (Cass. 27 luglio 2004 n. 14.094).

Alla luce di tali principi, esente da censura risulta la sentenza impugnata, non per ciò che essa afferma e cioè che "la esistenza alla base della intestazione di un rapporto di mandato non sposta i termini del problema, perché le vicende del mandato, quando è senza rappresentanza, sono del tutto irrilevanti per il terzo, che ha rapporti solo ed esclusivamente con il mandatario", quanto per la diversa ragione che l'attività del fiduciario, nei rapporti con la società Trieste Service, si era manifestata nella pienezza della titolarità in ordine a quella partecipazione, accertata dall'intestazione della quota e peraltro già riconosciuta

dalla avvenuta iscrizione nel libro soci; sicché le vicende interferenti sulla prosecuzione del mandato, dal fallimento del fiduciante alla successiva sua morte, non hanno impedito l'esercizio dei diritti connessi ad essa (compreso quello relativo alla opzione, in sede di aumento del capitale), sia perché l'invocato L.Fall., art. 78 (ante riforma) difettava delle condizioni di applicabilità, ridotta essendo la sua area al mandato, oltre che al conto corrente e alla commissione, al punto, dunque, che quegli eventi non potevano incidere, ex lege, sugli effetti (esterni) del pactum fiduciae, essendo semmai regolati dalla norma generale dell'art. 72 legge fallimentare - del quale è tuttavia mancato il presupposto di fatto perché operasse lo scioglimento, in difetto di qualunque attività del curatore a riguardo, nel senso del recesso, ovvero della prosecuzione del rapporto (sul punto le parti hanno concordato) - sia perché la gestione di tale patto restava nella disponibilità del fiduciario, sino a quando non fossero stati compiuti atti idonei a caducarlo, attraverso le iniziative dell'originario fiduciante o dei suoi eredi dopo la morte, o ancora degli organi del fallimento, prima di essa, attraverso l'azione revocatoria, ovvero a conseguire gli effetti ulteriori, con la pretesa diretta alla esecuzione degli obblighi relativi al trasferimento della intestazione medesima.

Al rigetto del ricorso di C.F. segue quello del terzo e del quarto motivo del ricorso di V.A., V. e M., che sono la riproduzione delle medesime censure, con la specificità, quella del quarto mezzo, di avere, inoltre, infondatamente denunciato la omessa pronuncia sul motivo di appello in ordine al supposto "scioglimento del rapporto fiduciario per il fallimento della morte del mandante", posto che, come prima si è rilevato, la sentenza impugnata ha esaminato il punto controverso, argomentando dalla natura del mandato - senza rappresentanza - e dalla iscrizione della società Delta Erre nel libro soci la inopponibilità ai terzi delle predette vicende del mandante.

Fondato è invece il primo motivo, il cui accoglimento comporta l'assorbimento del secondo.

Le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza 27 novembre 2007 n. 24.627 - cui il Collegio ritiene di prestare piena adesione - hanno affermato che la disciplina della impugnazione incidentale tardiva trova applicazione anche nella ipotesi di impugnazione di tipo adesivo e persino quando sia fondata sugli stessi motivi fatti valere nel ricorso principale, in considerazione del comune intento di rimuovere il capo della sentenza sfavorevole nei confronti sia del ricorrente principale che di quello incidentale; dovendosi privilegiare, nel conflitto tra il principio di stabilità del giudicato e quello della unità del giudizio, quest'ultima esigenza, giacché la intima coerenza della sen-

tenza impugnata verrebbe meno, se ogni sua parte fosse suscettibile di esame separato, con conseguente difformità di giudicato scaturita dal medesimo rapporto, seppure nei confronti di parti diverse.

La sentenza impugnata va pertanto cassata in relazione al motivo accolto, con rinvio alla corte di appello di Venezia, anche per le spese di cassazione, limitatamente al rapporto tra V.A., V. e M. e la società Delta Erre.

Vanno invece regolate le spese processuali tra C.F. e la società predetta, secondo il principio di soccombenza, che comporta la condanna del primo nella misura di Euro 4.200,00, di cui Euro 200,00, per esborsi e Euro 4.000,00, per onorari, oltre alle spese generali e agli accessori di legge.

P.Q.M.

La Corte:

Accoglie il primo motivo del ricorso incidentale, dichiara assorbito il secondo; rigetta il terzo e il quarto; rigetta il ricorso principale. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia alla corte di appello di Venezia, anche per le spese processuali, con riguardo al rapporto dei ricorrenti incidentali con la società Delta Erre; condanna C.F. alle spese processuali in favore della società Delta Erre, nella misura di Euro 4.200,00, di cui Euro 200,00, per esborsi e Euro 4.000,00, per onorari, oltre alle spese generali e agli accessori di legge.

Stati Uniti – Court of Appeals for the Second Circuit

Trust istituito per legge sulle somme percepite in esecuzione di *public-works improvement contracts*

“Public-works improvement contracts” – somme percepite in esecuzione dei contratti pubblici – Article 3-A New York Lien Law §§ 70-79A – “statutory trust” – beneficiari – fallimento della società titolare dei contratti – soddisfacimento dei beneficiari mediante il “trust fund” – Governo degli Stati Uniti beneficiario del trust – rispetto delle regole processuali

Il Governo degli Stati Uniti d’America che sia beneficiario di un trust in forza dell’Article 3-A della New York Lien Law §§ 70-79A e, pertanto, possa agire per il recupero di un credito fiscale sul fondo in trust costituito dalle somme percepite da un imprenditore in discendenza dei *public-work improvement contracts* che egli abbia stipulato in relazione ad una propria iniziativa economica, è tenuto al rispetto delle regole processuali previste da tale normativa e, quindi, l’azione giudiziaria che esso intenda esperire deve essere presentata anche nell’interesse degli altri beneficiari del trust e non può essere avviata se ne è già pendente un’altra (sebbene innanzi ad una corte statale e non federale).

■ **Court of Appeals for the Second Circuit, McLaughlin, Calabresi, Sack, C. JJ., 14 maggio 2010 [Interworks Systems Inc., Individually and as Trustee for all Trust Beneficiaries under Article 3-A of the New York Lien Law, United States of America v Merchant Financial Corporation, Colonial Surety Company]**

NOTE

In base all’Article 3-A della New York Lien Law §§ 70-79A, un trust sorge *ex lege* sulle somme che un imprenditore percepisca o riceva a qualunque titolo in relazione ad un’iniziativa di sviluppo immobiliare (*real property*). Beneficiari del trust sono tutti coloro che prestano la propria opera in relazione all’iniziativa: appaltatori, subappaltatori, ingegneri, architetti, lavoratori, fornitori, tecnici, le autorità fiscali e coloro che abbiano prestato o offerto garanzie per i debiti eventualmente contratti dall’imprenditore.

Il fondo in trust deve essere impiegato esclusivamente in favore di detti soggetti e fino al loro completo soddisfacimento: fino a che ciò non sia avvenuto, ogni differente impiego del fondo in trust si configura quale atto illegittimo e i beneficiari hanno

diritto di recuperare i beni facenti parte del fondo in trust presso chiunque li abbia ricevuti e che sia consapevole del vincolo di trust su di essi gravante.

Nel 2001 la Interworks avvia una campagna di cablaggio dell’area metropolitana di New York, stipulando molteplici contratti pubblici (*public-works improvement contracts*), per la quale necessita di importanti finanziamenti che ottiene dalla Merchant a fronte della concessione di una garanzia di primo grado su tutti i beni della Interworks stessa, ivi inclusi gli acconti e i pagamenti che essa avesse ricevuto in relazione all’attuazione della propria iniziativa di cablaggio.

In forza della normativa richiamata, tutti i pro-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da 2010 U.S. App. LEXIS 9882. Il testo dell’Article 3-A della New York Lien Law può leggersi *infra*, 544.

venti derivanti dall'iniziativa della Interworks divengono oggetto di trust.

La legge di New York, peraltro, in genere richiede che un imprenditore come la Interworks, che abbia stipulato molteplici contratti pubblici per l'attuazione della propria iniziativa economica, rilasci una garanzia volta ad assicurare la completa esecuzione dei contratti stessi. A tal fine, la Interworks ottiene che la Colonial si costituisca garante delle obbligazioni da essa assunte mediante l'emissione di *bond*.

Nel 2003, peraltro, la Interworks chiede di essere ammessa alla procedura fallimentare: la Colonial, in adempimento della garanzia prestata, provvede al pagamento di tutti i debiti della Interworks relativi e discendenti dai contratti stipulati per il cablaggio dell'area metropolitana di New York.

In quanto soggetto che aveva prestato garanzie alla Interworks, la Colonial è, *ex lege*, beneficiaria del trust sorto ai sensi dell'Article 3-A e, pertanto, ha diritto di beneficiare delle somme che la prima aveva incassato nell'ambito dell'esecuzione dei *public improvement contracts*.

Atteso che tali somme erano state, in realtà, incassate dalla Merchant, che le aveva successivamente trattenute per rientrare dei finanziamenti che essa aveva prestato alla Interworks, la Colonial conviene in giudizio dinanzi al Tribunale statale la Merchant, affermandone il ruolo e la natura di fiduciario del trust ("fiduciary"), al fine di ottenere il rimborso delle somme pagate in conseguenza della garanzia prestata e adducendo l'illegittimità del comportamento della Merchant per violazione degli obblighi fiduciarî su di essa gravanti in forza del c.d. "Artiche 3-A trust".

Parallelamente, nel 2005 la Interworks avvia innanzi alla corte federale un'altra azione nei confronti della Merchant, affermando che la società convenuta era venuta meno alle obbligazioni fiduciarie su di essa gravanti in conseguenza dell'accordo finanziario intervenuto e del c.d. "Artiche 3-A trust" sorto sulle somme percepite in esecuzione dei contratti pubblici a suo tempo stipulati. In particolare, l'attrice afferma che la convenuta avrebbe omesso il pagamento delle somme spettanti in forza di detto trust ai beneficiarî individuati dalla legge.

In tale controversia - diversamente da quella avviata a livello statale dalla Colonial - il Governo degli Stati Uniti presenta (in proprio e quale "representative" di tutti i beneficiarî del trust) un intervento affermando e sostenendo che la Merchant avrebbe omesso di impiegare il *trust fund* per soddi-

sfare un debito fiscale della Interworks ammontante ad oltre cinquecentomila dollari.

La questione discussa dai giudici, tanto di prime cure quanto d'appello, è prettamente di natura processuale. Ed infatti, la responsabilità della Merchant nella violazione delle proprie obbligazioni fiduciarie non è in discussione.

Più precisamente, pertanto, l'oggetto del contendere riguarda la regolarità processuale dell'azione presentata dal Governo degli Stati Uniti.

L'Article 3-A, infatti, impone il rispetto di due requisiti procedurali al fine di esperire validamente l'azione nei confronti del trustee inadempiente: che l'attore agisca non solo nell'interesse proprio, bensì nell'interesse e per il vantaggio di tutti i beneficiarî del trust, e che non sussista alcun'altra azione pendente in corso al momento della proposizione dell'azione.

Orbene, il Governo non contesta che, in linea generale, questi due requisiti debbano essere rispettati: ciò che esso contesta è che il loro rispetto gli possa essere opposto (come avvenuto nel caso di specie, attesa la pendenza dell'azione precedentemente promossa dalla Colonial).

Il giudice di primo grado aveva respinto la pretesa del Governo per la quale le leggi federali che prevedono una giurisdizione di prima istanza in favore delle corti federali con riferimento alle azioni aventi ad oggetto il recupero delle tasse e delle imposte esonerano il Governo stesso dal rispetto dei termini processuali dell'Article 3-A.

La Court of Appeal ha, poi, confermato la sentenza di prime cure, osservando che allorquando il Governo diviene parte di un'azione giudiziaria promossa ai sensi dell'Article 3-A è tenuto al rispetto dei requisiti e delle norme processuali previste da tale normativa.

Sono, infatti, prive di fondamento le pretese del Governo per le quali: esso non sarebbe tenuto al rispetto dell'Article 3-A; tale normativa - quand'anche applicabile - sarebbe superata dal suo diritto assoluto, previsto dal "tax code" di agire sempre per il recupero delle imposte innanzi alle corti federali; e, infine, che l'Article 3-A contrasta con detto codice.

Sotto il primo profilo, se il Governo degli Stati Uniti afferma di avere un "pre-existing right" per il recupero delle imposte, di talché qualsiasi disposizione di legge statale che pretenda di spogliarlo da tale diritto non può trovare applicazione nei suoi confronti, la Court of Appeal evidenzia che l'Articolo 3-

A, in realtà, non priva il Governo del diritto di agire per il recupero delle imposte, in quanto è proprio in forza di tale disposizione che esso può promuovere un'azione sul *trust fund* sorto in conseguenza di detta disposizione.

Sotto il secondo profilo i giudici si limitano ad evidenziare che se il Governo degli Stati Uniti intende agire ai sensi dell'Article 3-A della New York Lien Law per azionare un diritto che questa stessa legge gli attribuisce sul fondo di un trust che essa istituisce, allora il Governo è tenuto al rispetto della relativa normativa processuale. Conseguentemente, anche l'ulteriore profilo argomentativo dedotto dal Governo non può essere accolto dai giudici.

La sentenza di primo grado, pertanto, viene confermata e il Governo dichiarato tenuto a conformare le proprie azioni alle regole processuali dell'Article 3-A.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA

The United States appeals from a January 30, 2008, judgment of the United States District Court for the Eastern District of New York (Nina Gershon, Judge). The district court dismissed the United States' complaint-in-intervention in an action brought by Interworks Systems, Inc. ("Interworks") against Merchant Financial Corporation ("Merchant"). The underlying action by Interworks, originally filed in the Southern District of New York and later transferred to the Eastern District of New York, sought to recover funds that Merchant had allegedly diverted in violation of New York Lien Law §§ 70-79a ("Article 3-A"). In the complaint-in-intervention, the United States alleged that Merchant, through its first priority lien on all of Interworks' accounts receivable, had received and improperly diverted Article 3-A trust funds that had been paid to Interworks pursuant to certain public works contracts, and was therefore liable to the United States for Interworks' unpaid federal employment taxes related to work stemming from those contracts.

The district court dismissed the complaint-in-intervention on the ground that the government had not complied with, and was not excused from compliance with, two separate procedural requirements for bringing an action under Article 3-A: (1) that there be no prior pending Article 3-A action, and (2) that the Article 3-A suit be brought in a representative capacity on behalf of all other beneficiaries of the Article 3-A trust. *Interworks Sys., Inc. v Merchant Fin. Corp.*, 531 F. Supp. 2d 478, 482

(E.D.N.Y. 2008). On appeal, the government does not dispute that it failed to meet these requirements. It argues instead that Article 3-A's procedural requirements do not apply to the United States and that, even if they did, the United States' power to enforce federal tax law in federal court either excuses it from compliance with or preempts these requirements.

We agree with the district court that where the United States brings an action pursuant to Article 3-A, it is bound by Article 3-A's procedural requirement that there be no prior pending action. Inasmuch as this conclusion provides a sufficient basis for us to affirm the judgment of the district court, we do not reach the question of whether the United States should be excused from compliance or allowed to amend its complaint so as to allege compliance with Article 3-A's representative capacity requirement.

BACKGROUND

This case arises out of several public-works improvement contracts entered into by Interworks, a New York corporation in the business of selling, installing, and servicing private telephone switchboard systems and large voice/data structured cabling systems, to provide data and cabling services to customers in the greater New York metropolitan area, and the relationship of those contracts to New York Lien Law §§ 70-79a, generally known as "Article 3-A." The dispute in this case does not concern the rights of any of the direct parties to the data and cabling contracts themselves. Instead, at issue here are the rights of three other parties: (1) Colonial Surety Company ("Colonial"), the company that acted as a surety for Interworks in the data and cabling contracts; (2) Merchant, the company that provided financing to Interworks in relation to the data and cabling, as well as other, contracts; and (3) the United States government, which alleges an interest in unpaid employment taxes stemming from the data and cabling contracts. It is the respective rights of these three parties under Article 3-A that we are faced with here.

Article 3-A

Article 3-A is a New York State statute designed to protect subcontractors, tax collectors, and parties who expend labor or extend financing in construction projects, by impressing with a trust any funds paid to a contractor or received by an owner in connection with an improvement of real property in the state. *See Aspro Mech. Contracting, Inc. v Fleet Bank, N.A.*, 1 N.Y.3d 324, 328, 805

N.E.2d 1037, 1039, 773 N.Y.S.2d 735, 737 (2004) (“Article 3-A of the Lien Law creates trust funds out of certain construction payments or funds to assure payment of subcontractors, suppliers, architects, engineers, laborers, as well as specified taxes and expenses of construction.”) (internal citations and quotation marks omitted); *LeChase Data/Telecom Servs., LLC v Goebert*, 6 N.Y.3d 281, 289, 844 N.E.2d 771, 776, 811 N.Y.S.2d 317, 322 (2006) (“[T]he primary purpose of article 3-A and its predecessors is to ensure that those who have directly expended labor and materials to improve real property or a public improvement at the direction of the owner or a general contractor receive payment for the work actually performed”) (internal citation and quotation marks omitted, alterations incorporated).

An Article 3-A trust arises automatically by operation of law when fees are paid to the contractor or received by the owner in connection with an improvement of real property. N.Y. Lien Law § 71.5. Until all trust fund beneficiaries have been satisfied, it is an unlawful diversion of trust fund assets for the contractor or owner to use any of the trust fund assets for any purpose other than satisfying the claims of beneficiaries. See *id.* § 72.1; *LeChase*, 6 N.Y.3d at 289. If the contractor or owner unlawfully diverts the trust assets before a trust beneficiary is satisfied, that beneficiary may recover the trust assets from anyone who has received the assets with knowledge of their trust status. See N.Y. Lien Law §§ 77.1, 77(3)(6); *LeChase*, 6 N.Y.3d at 289. The beneficiaries of the trust may be, among others, subcontractors, architects, engineers, surveyors, laborers, materialmen, tax authorities, and persons providing surety bonds. N.Y. Lien Law § 71.2.

It is undisputed that the funds paid to Interworks in connection with the public improvement contracts for data and cabling services at issue in this case were Article 3-A trust assets.

The Financing and Surety Contracts

Interworks entered into two related contracts in connection with the data and cabling services contracts that provide the basis for the underlying lawsuit in this case: one provided for financing of the data and cabling services contracts, and one provided a surety should Interworks prove unable to perform its obligations under those contracts.

In order to obtain financing, Interworks entered into a security agreement with Merchant on February 23, 2001 under the terms of which Merchant promised to lend Interworks money⁽¹⁾ in return for a first priority lien on substan-

tially all of Interworks’ personal property, including all accounts receivables. As a result, all instruments representing payments under the data and cabling contracts were made out to Interworks but sent directly to Merchant. Interworks alleges that Merchant received at least \$ 1,000,000 in its capacity as a lien holder over its accounts receivable.

New York law generally requires a contractor like Interworks to enter into a surety agreement to ensure completion of its contracts. See *Titan Indem. Co. v. Triborough Bridge and Tunnel Auth., Inc.*, 135 F.3d 831, 834 (2d Cir. 1998). To meet this obligation, Interworks contracted with Colonial to act as a surety on its public improvement contracts, pursuant to which Colonial would issue performance and payment bonds for the public improvement contracts.

The United States’ Interest in This Litigation

Interworks failed to pay federal employment taxes in connection with both the public improvement contracts that are the subject of this litigation and other contracts. On August 2, 2002, the Internal Revenue Service (“IRS”) filed a tax lien against Interworks in the amount of \$ 686,403.18. The government later estimated Interworks’ tax obligations to total \$ 1,874,971.20, at least \$ 557,129.29 of which allegedly arose out of public improvement contracts for which Merchant had provided financing to Interworks in return for a first priority lien on Interworks’ accounts receivable and other property.

Colonial’s State-Court Lawsuit

On July 7, 2003, Interworks and two of its affiliates filed petitions for relief pursuant to Chapter 11 of the Bankruptcy Code with the United States Bankruptcy Court for the Eastern District of New York. Because Interworks was unable to complete performance of its public improvement contracts, Colonial, pursuant to the surety agreement, made payments to subcontractors and fulfilled Interworks’ other obligations under the public improvement contracts. Between Interworks’ debts to subcontractors, suppliers, and laborers, and Interworks’ federal and state tax obligations for which Colonial, as surety, is potentially liable, Colonial allegedly incurred financial obligations of \$ 1,750,076.90 and suffered claims against

Nota:

(1) Merchant agreed to loan or advance to Interworks the lesser of (1) \$ 4,000,000 or (2) the sum of 80 percent of Interworks’ accounts receivables plus 50 percent of Interworks’ inventory.

the bonds it had issued for Interworks in an amount thought to be in excess of \$ 650,000.

As a provider of surety bonds in connection with Interworks' public improvement contracts, Colonial is a beneficiary of the Article 3-A trust funds that arise from payments made pursuant to those contracts. If those funds are diverted, Colonial is entitled to recover the amount it is owed from whomever diverted the funds, provided that such person was on notice, at the time the funds were diverted, that the funds were trust assets. N.Y. Lien Law §§ 77.1, 77(3)(6).

In an effort to recoup its expenses and satisfy the liabilities it incurred as a result of Interworks' default on its public improvement contracts, Colonial brought suit against Merchant in New York State Supreme Court in May 2003. Colonial alleged that under Article 3-A, the funds Merchant received that had been paid to Interworks under the public improvement contracts were trust funds that Merchant, standing in Interworks' place as fiduciary to the trust, was required to pay to trust beneficiaries, and that instead of paying the beneficiaries of the trust created by the public improvement contracts, Merchant had in fact used the assets to satisfy Interworks' obligations to Merchant arising from their separate financing agreement. See Second Amended Compl. (filed Jan. 13, 2004) PP 28-74. Colonial, as a beneficiary of the trust, sought to be recognized as an authorized class representative of all beneficiaries of the Article 3-A trust. The court allowed Colonial to join another putative class representative, but held the motion in abeyance pending the outcome of a further hearing on class certification.

For reasons that are not readily apparent from the record, the United States did not seek to intervene in this state court action in an attempt to collect the unpaid employment taxes that Merchant, standing in Interworks' place as a result of the financing agreement between the two parties, owed on work stemming from the public improvement contracts.

Interworks' Federal Lawsuit and the United States' Complaint-in-Intervention

In July 2005, Interworks brought a parallel suit under Article 3-A against Merchant in the United States District Court for the Southern District of New York — the instant action — seeking, among other things, the same relief Colonial sought in the New York State Court action. Interworks' complaint alleged that the Article 3-A beneficiaries to the public improvement contracts were required to be paid from the proceeds of Interworks' ac-

counts receivables, which the financing agreement had placed in the custody and control of Merchant, and that Merchant's failure to satisfy Interworks' obligations to the Article 3-A trust fund beneficiaries amounted to a diversion of trust-fund assets.

Unlike the lawsuit in New York Supreme Court, in which the United States did not participate, the United States filed a complaint-in-intervention in this federal suit. It asserted that Merchant's failure to use trust-fund assets to satisfy the \$ 557,129.29 or more that Interworks owed in employment taxes violated Article 3-A(2). The United States brought the complaint-in-intervention in its own capacity, rather than as a representative of all Article 3-A beneficiaries.

The case was transferred from the Southern District to the Eastern District of New York in April 2006. In November 2007, the Eastern District court dismissed the underlying complaint with prejudice after Interworks indicated its intent to voluntarily discontinue the action⁽³⁾ and failed to respond to an order to show cause. This left the issues raised in the United States' complaint-in-intervention and the cross-claims by Colonial as the only surviving issues for the district court's consideration.

Colonial and Merchant then jointly moved to dismiss the United States' complaint-in-intervention on the grounds that the United States had failed to comply with two procedural requirements of Article 3-A suits: (1) that there be no prior pending Article 3-A action, and (2) that such suits be brought in a representative capacity. Without denying that these requirements were provided for by statute and had not been satisfied, the government opposed the motion to dismiss on the grounds that Article 3-A does not apply to the United States and that, even if it did, the United States' power to enforce federal tax law in federal court either exempts it from compliance with or preempts the procedural requirements of Article 3-A.

The district court, finding the government to be in procedural default, granted the motion to dismiss. *Interworks*, 531 F. Supp. 2d at 482. Based largely on the fact that the United States had brought suit to enforce its Article 3-A rights under New York law, rather than to

Note:

(2) The United States also named Colonial as a defendant for the sole purpose of establishing its relative priority of recovery should liability be found against Merchant. Colonial cross-claimed against Merchant under Article 3-A, relying on the same arguments it made in its New York action.

(3) It appears that Interworks' Chapter 11 bankruptcy case was converted into a Chapter 7 proceeding, and the Chapter 7 trustee declined to pursue the instant action.

enforce a tax lien under federal law, the court rejected the government's argument that federal statutes that provide federal courts with original jurisdiction over actions brought to enforce the federal tax laws excuse the government from compliance with Article 3-A's procedural requirements. *Id.* at 481. The government appeals.

DISCUSSION

Merchant's liability under Article 3-A for diversion of trust funds is not in dispute on appeal. Nor does any party contest the United States' standing as a beneficiary of the trust to enforce its claim against Merchant for unpaid taxes, or the United States' priority relative to Colonial in recovering the diverted trust funds through a properly filed lawsuit⁽⁴⁾. And the government concedes that its claim was not brought in conformance with the requirements set forth in Article 3-A.

The sole issue on appeal, then, is whether the United States is excused from compliance with two Article 3-A procedural requirements: (1) that a claimholder to an Article 3-A trust bring a "representative action . . . for the benefit of all beneficiaries of the trust," and (2) that "no other such action [be] pending at the time of the commencement" of the Article 3-A claim. N.Y. Lien Law §§ 77.1, 77.2. The government does not contend that it complied with these requirements. It asserts instead that its compliance is unnecessary. We conclude that where the United States brings an action pursuant to Article 3-A, it is bound by the procedural requirement that there be no prior pending Article 3-A action. Because the United States procedurally defaulted by not meeting this requirement, we therefore affirm the judgment of the district court. We need not decide whether the government was bound by, or should have been granted leave to comply with, the representative capacity requirement.

I. Standard of Review

We review a district court's decision to grant a motion to dismiss for failure to state a claim upon which relief can be granted *de novo*, taking the factual allegations in the complaint to be true and drawing all reasonable inferences in the non-movant's favor. *City of New York v Beretta U.S.A. Corp.*, 524 F.3d 384, 392 (2d Cir. 2008).

II. The "No Other Pending Action" Requirement of Article 3-A

The United States did not intervene in Colonial's

prior Article 3-A state action. Instead, it intervened in the federal action brought by Interworks two years after the action in New York State Supreme Court had begun. The district court concluded that this was improper under Article 3-A, which provides in relevant part that "successive actions may be maintained from time to time . . . provided no other such action is pending at the time of the commencement thereof." N.Y. Lien Law § 77.2; *Interworks*, 531 F. Supp. 2d at 481 ("[T]he United States is subject to Article 3-A's prohibition against prior pending actions when asserting its Article 3-A rights [..]").

The government does not contend that Colonial's prior state court action was not a prior pending action for the purposes of section 77.2; nor could it, see, e.g., *Premier Elec. Constr. Corp. v Sec. Nat'l Bank of Long Island*, 39 A.D.2d 967, 968, 334 N.Y.S.2d 199, 200 (2d Dep't 1972) (interpreting section 77.2 to apply to a subsequent action brought by "a new plaintiff who could be said to be a member of the class which the plaintiff bringing the first action intended to benefit."). Instead, the United States offers three separate reasons why it should be excused from compliance with Article 3-A's procedural requirements: (1) Article 3-A does not apply to actions by the United States; (2) even if Article 3-A applies to actions by the United States, the United States has an unqualified right to bring this action in federal court pursuant to its power to enforce the federal tax code under 26 U.S.C. § 7402; and (3) to the extent that Article 3-A conflicts with 26 U.S.C. § 7402, Article 3-A is preempted.

A. Application of Article 3-A to the United States

The United States' first argument, relying primarily on *Leiter Minerals, Inc. v United States*, 352 U.S. 220, 77 S. Ct. 287, 1 L. Ed. 2d 267 (1957), is that Article 3-A does not apply to it because the statute lacks express words so indicating. We implicitly rejected this argument in *United States v Certified Indus., Inc.*, 361 F.2d 857, 862 (2d Cir. 1966), where we assumed that the United States would be subject to Article 3-A's statute of limitations. We now explicitly reject the argument, joining at least one district

Nota:

(4) Section 77 of the Lien Law sets from the order of priority among claimholders to the trust, giving first priority to claims for taxes, unemployment insurance, and other employment-related contributions. N.Y. Lien Law § 77.8(a). Colonial, as a completing surety to Interworks, is equitably subrogated to the same rights of Interworks in the contract and cannot satisfy its claims against Merchant until all 3-A trust beneficiaries are first satisfied. See *Titan Indem.*, 135 F.3d at 834 ("It is perfectly clear that the rights of a surety in the trust proceeds do not trump those of the Article 3-A trust fund beneficiaries.").

court in our Circuit that has, in analyzing Article 3-A's representative capacity requirement, found the statute's procedural requirements to be applicable to the United States. See *Quantum Corporate Funding, Inc. v Bast Hatfield, Inc.*, No. 5:04-cv-137, 2005 WL 1926610, at *6, 2005 U.S. Dist. LEXIS 14222, *18-*23 (N.D.N.Y. June 8, 1995).

As support for its argument, the government cites to a heavily qualified canon of statutory construction recognized in *Leiter*, which it portrays as a rule of general and wide-ranging applicability: that "statutes which in general terms divest pre-existing rights or privileges will not be applied to the sovereign without express words to that effect." *Leiter*, 352 U.S. at 224 (quoting *United States v United Mine Workers*, 330 U.S. 258, 272, 67 S. Ct. 677, 91 L. Ed. 884 (1947)). The canon is inapplicable to the facts of this case. Article 3-A does not divest the United States of any "pre-existing rights." The rights the United States seeks to enforce are Article 3-A trust fund rights that are created by, and do not exist apart from, the statute itself. These rights therefore cannot be understood as "pre-existing," and the canon therefore does not apply(5).

The government argues that applying Article 3-A would frustrate its power to collect federal taxes in federal court. Appellant's Br. at 30. This argument fails because, as discussed further below, an Article 3-A suit does not impede the government's ability to bring an action to enforce taxes owed by any party. See *infra* Part II(B). Even if the United States is unsuccessful in its Article 3-A suit, it may still bring a tax enforcement action against Merchant or any other party to collect unpaid employment taxes that arose out of contracts at issue here.

Article 3-A does create, subject to certain procedural limitations, a right for some parties to act by lien or foreclosure against these trust fund assets. It provides that right to the United States, too. But the United States has no pre-existing right to these specific assets because, to obtain such a right, it must prevail in the Article 3-A suit, subject to Article 3-A's limitations.

For this reason, we find that Article 3-A applies to the United States(6).

B. Supremacy of and Preemption by 26 U.S.C. § 7402

The government argues that even if Article 3-A is applicable to the United States, it may nonetheless intervene in this federal court action because Congress has elsewhere manifested an intent to provide the United States with an "unqualified right to have [such] case[s] heard in federal court." Appellant's Br. at 23. It relies on 26 U.S.C.

§ 7402, which vests the district courts of the United States with jurisdiction to hear civil actions and to render such judgments and decrees "as may be necessary or appropriate for the enforcement of the internal revenue laws." 26 U.S.C. § 7402(a). It points out that the statute provides that these remedies are "in addition to and not exclusive of any and all other remedies of the United States in such courts or otherwise to enforce such laws." *Id.*

At the heart of the government's argument is the proposition that New York State Article 3-A and federal statute 26 U.S.C. § 7402 are in conflict, and that by being forced to proceed in state court to assert its Article 3-A rights, the government is impeded from asserting its right to collect taxes in federal court. But the district court ruling did not inhibit the United States' ability to bring a tax enforcement action in federal court. The government may bring such an action to assert its rights to tax, and to collect taxes against, Interworks, Merchant, or any other party. The district court held only that if the United States chose to bring an action under Article 3-A of the New York Lien Law to enforce a right created by New York statute against specific funds impressed by a state-created trust, it was required to comply with the procedural requirements of that state statute. See *Interworks Sys.*, 531 F. Supp. 2d at 481-82(7).

Note:

(5) The *Interworks* district court distinguished *Leiter* on different grounds, viewing the holding as applicable only where the United States' position was defensive. See *Interworks Sys.*, 531 F. Supp. 2d at 482 (citing *United States v Certified Indus., Inc.*, 361 F.2d 857, 860 n. 2 (2d Cir. 1966)). Inasmuch as we conclude that *Leiter* does not render Article 3-A inapplicable to the United States because it did not divest the United States of pre-existing rights, we need not and do not address whether the district court's interpretation of *Leiter* was correct.

(6) Although we do not rely on them, we note that there are other possible reasons that *Leiter*'s canon of statutory construction probably does not apply here. For example, *Leiter* applies only to statutes that divest the United States of pre-existing rights "in general terms." *Leiter*, 352 U.S. at 224. We very much doubt that Article 3-A fits this description. See N.Y. Lien Law § 71.2(c) (providing that trust assets shall be used to satisfy the payment of employment taxes); *id.* § 77.8(a) (discussing the priority of tax authorities in relation to other beneficiaries of the trust). And even if we were to apply *Leiter*'s canon, the other statutory construction factors discussed in *Leiter*, see *Leiter*, 352 U.S. at 225-26 (looking to legislative intent, the purpose of the statute, a reading of the statute as a whole, and whether applying the canon would foreclose the ability of the United States to finally determine the basic issue in the litigation, in deciding whether to apply the canon), would support the district court's construction of Article 3-A, not that of the government.

(7) The United State relies heavily on the argument that its action is *in personam* rather than *in rem* or *quasi in rem*. That question is irrelevant to this appeal. The distinction between *in personam* and *in rem* cases that the United States seeks to draw from *Certified* and *Leiter* related to whether an injunction against state court proceedings could issue, not whether the United States should be held to the procedural requirements of a state statute.

To be sure, the result of the district court ruling is that the United States could not collect certain *specific* assets of Merchant in federal court. But the ruling in no way impeded or otherwise had an impact on the ability of the United States to litigate, in federal court, as to Merchant's legal obligations to pay the federal taxes in question.

The government has conceded that this action is not an action to enforce a tax lien. See Transcript of Pre-Motion Conference, *Interworks Sys. Inc. v Merchant Fin. Corp.*, No. 06-cv-1981 at 13 (S.D.N.Y. Nov. 29, 2007) (Counsel for United States: "We're not seeking to enforce a lien. "). Instead, the government is seeking to establish a state-law-created right to certain trust fund assets that would allow it to obtain a tax lien. In other words, even if the United States has a right to collect taxes from Merchant, it has no right to use these specific trust-fund assets to satisfy Merchant's tax obligations until it has prevailed in its Article 3-A suit. See *Aquilino v United States*, 363 U.S. 509, 513, 80 S. Ct. 1277, 4 L. Ed. 2d 1365, 1960-2 C.B. 477 (1960) (finding that state law governs the nature of the legal interest in the property to be taxed by the federal government).

We have recognized in the past that the United States is not divested of any rights by being forced to proceed in state court under Article 3-A. See *Certified*, 361 F.2d at 861-62. Article 3-A facilitates rather than impairs the ability of the United States to bring federal tax collection actions, by designating first priority for distribution of trust assets to "trust claims for taxes and for unemployment insurance and other contributions, due by reason of employments, and for amounts of taxes withheld or required to be withheld." N.Y. Lien Law § 77.8.

The cases on which the United States relies, such as *Markham v Allen*, 326 U.S. 490, 66 S. Ct. 296, 90 L. Ed. 256 (1946), do not require a contrary result. They stand at most for the proposition that if the United States seeks to enforce a *federal* right that is permitted by statute to be litigated in federal court, then the United States cannot be compelled to litigate in state court. See *id.* at 495-96 (allowing a lawsuit to enforce rights under the Trading with the Enemy Act to proceed in federal court, even though resolution of the case required the federal court to make a determination of rights to a decedent's estate that are within the jurisdiction of state probate court). Here, however, the United States is not seeking to enforce a federal right to collect taxes. It is asserting a state right to be deemed a beneficiary of a state-law-created trust.

For similar reasons, we reject the United States' argument that the Supremacy Clause of the United States Constitution, Art. VI, cl. 2, mandates that New York's

Article 3-A is preempted because it conflicts with 26 U.S.C. § 7402. Appellant's Br. at 55-57. As explained above, Article 3-A is not a tax statute and is not in conflict with 26 U.S.C. § 7402(a). Resolution of the Article 3-A claim would not foreclose an action to enforce the federal tax laws in district court under 26 U.S.C. § 7402(a). Even if the United States were adjudicated not to be a beneficiary under the Article 3-A trust to these trust fund assets, this would not inhibit the United States from bringing an action against Merchant to collect unpaid employment taxes relating to these public employment contracts.

We will not conclude that a state statute was "superseded by [a] Federal Act unless that was the clear and manifest purpose of Congress." *Altria Group, Inc. v Good*, 129 S.Ct. 538, 543, 172 L. Ed. 2d 398 (2008) (quoting *Rice v Santa Fe Elevator Corp.*, 331 U.S. 218, 230, 67 S. Ct. 1146, 91 L. Ed. 1447 (1947)). Even when Congress expresses an intent to preempt, if the statute can plausibly be read not to preempt in an individual case, courts are to "accept the reading that disfavors pre-emption." *Id.* (quoting *Bates v Dow Agrosciences LLC*, 544 U.S. 431, 449, 125 S. Ct. 1788, 161 L. Ed. 2d 687 (2005)). Inasmuch as we conclude that there is neither a conflict between Article 3-A and the power to enforce federal tax laws, nor an intent by Congress to preempt Article 3-A, a finding of federal preemption is not warranted here.

III. The Representative Capacity Requirement of Article 3-A

For the reasons that the "no pending action" requirement applies to the United States, it would appear that the United States is also bound by the "representative capacity" requirement of Article 3-A, as the district court held. Inasmuch as we affirm the district court's dismissal for lack of compliance with the "no pending action" requirement, however, we need not decide whether that is so or address whether the district court committed error by refusing to allow the United States to amend its complaint to conform with the representative capacity requirement.

CONCLUSION

For the foregoing reasons, the judgment of the district court is affirmed.

Samoa – Supreme Court of Samoa

Proventi derivanti da un'impresa comune e insorgenza di un *institutional constructive trust*

Impresa comune – “partnership” – rapporto fiduciario – doveri di lealtà e buona fede dei soci – violazione delle obbligazioni fiduciarie – distrazione dei proventi derivanti dall'impresa comune – trasferimento dei beni immobili di uno dei soci – “caveat” – presupposti – “Quistclose trust” – insussistenza – “remedial constructive trust” – insussistenza – “institutional constructive trust” – sussistenza

È legittimo il *caveat* pronunciato da uno dei soci di una *partnership* (non formalizzata in alcun accordo scritto e basata su un rapporto avente natura fiduciaria caratterizzato dal reciproco affidamento e dalla reciproca fiducia dei soci circa l'attuazione dell'impresa comune), allorché esso sia volto a colpire la libera circolazione dei beni immobili del socio che abbia distratto i proventi derivanti dalla *partnership* all'insaputa dell'altro, in tal modo violando i propri obblighi fiduciari di agire con lealtà e buona fede. Ciò in quanto il socio che ha pronunciato il *caveat* ha un interesse proprio sui beni in questione in forza dell'*institutional constructive trust* che su di essi sorge in conseguenza della violazione delle obbligazioni fiduciarie.

■ Supreme Court of Samoa, Sapolu C.J., 21 maggio 2007 [Mackenzie v Richard Kidd Marketing Ltd]

NOTE

Nel dicembre del 2001 la Richard Kidd Marketing (“RKM”), Mr Mackenzie ed un terzo finanziatore costituiscono una *joint venture* – non formalizzata da alcun contratto scritto – avente ad oggetto l'importazione a Samoa di carne proveniente dalla Nuova Zelanda.

In particolare, la RKM si incarica di organizzare l'importazione della carne e di fornire gli impianti e le strutture necessarie alla sua commercializzazione a Samoa, mentre Mr Mackenzie si impegna a mettere a disposizione dell'iniziativa alcuni propri beni immobili (un terreno, un ufficio ed un negozio) e a procedere alla commercializzazione e alla distribuzione della carne. Il terzo soggetto, invece, partecipa all'iniziativa nella sola veste di finanziatore.

Ad esito degli accordi intercorsi e per diverso tempo la RKM provvede ad importare carne a Samoa e Mr Mackenzie provvede alle vendite.

Dopo alcuni mesi il terzo finanziatore si ritira dall'iniziativa e, successivamente, Mr Kidd, direttore generale della RKM, si avvede del fatto che una delle tre proprietà terriere di Mr Mackenzie – trasmessegli dal padre per via successoria –, e specificatamente quella sulla quale era esercitato il commercio di carne, era stata oggetto di speculazione edilizia.

Sulla base della presunzione che Mr Mackenzie avesse reperito le risorse finanziarie necessarie alla costruzione degli immobili nei vantaggi economici derivanti dal commercio della carne che aveva occultato alla RKM, quest'ultima interrompe le forniture e richiede a Mr Mackenzie di provvedere al pagamento dei compensi che ritiene essere di propria spettanza.

In tale contesto, tutte le proprietà immobiliari di Mr Mackenzie vengono colpite da un “caveat” (una

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da [2007] WSSC 41.

sorta di intimazione emesso dalla parte e non dal giudice), con il quale era stato intimato al Register of Lands di non procedere alla registrazione degli eventuali atti con i quali Mr Mackenzie avesse disposto dei propri beni immobili. L'ordine, in particolare, riguardava tutte le proprietà immobiliari di Mr Mackenzie: non solo il terreno e gli immobili ove veniva esercitato il commercio di carne neozelandese, ma anche gli altri terreni ricevuti in via successoria dal padre.

A supporto del *caveat* la RKM adduce un proprio interesse sugli immobili di Mr Mackenzie, interesse derivante o da un *Quistclose trust* o da un *constructive trust*, l'uno o l'altro trovanti la propria origine nell'intesa a suo tempo intercorsa.

Contro tale ordine Mr Mackenzie propone ricorso, richiedendone la rimozione.

Il primo aspetto affrontato dal giudice è quello della qualificazione del rapporto intercorso tra le parti: *joint venture* o *partnership*. Nonostante le parti, negli atti processuali, non avessero chiaramente ed univocamente qualificato tale rapporto nell'uno o nell'altro senso, il giudice ritiene che nel caso specifico si verta in un'ipotesi di *partnership*. Ciò in quanto l'accordo non era finalizzato a "generare un prodotto" – elemento tipico della *joint venture* – quanto più che altro a realizzare un profitto comune – elemento tipico della *partnership*.

Inoltre, evidenzia il giudice, la *partnership* si caratterizza per la sussistenza di un rapporto di natura fiduciaria basato sul convincimento che ciascuna delle parti agirà in esecuzione dell'accordo nel rispetto dei reciproci doveri di lealtà (*loyalty*) e di buona fede (*good faith*). Tale rapporto, d'altronde, sussiste allorché le parti – pur in assenza di un accordo formalizzato per iscritto – abbiano reciprocamente fatto affidamento sul fatto che l'altra parte terrà una condotta commerciale consona e interamente finalizzata al perseguimento dell'interesse comune.

D'altronde, allorché l'intesa commerciale non sia stata formalizzata in alcun accordo scritto gli elementi dell'affidamento reciproco (*mutual confidence*) e della fiducia reciproca (*trust*), propri di tale rapporto, sono molto evidenti e predominanti.

Applicando tali principi alle circostanze concrete della fattispecie portata all'attenzione del giudice, emerge che il rapporto intercorso tra la RKM e Mr Mackenzie ha natura fiduciaria, essendo fondato sul mutuo affidamento che ciascuno di essi avrebbe intrapreso la comune iniziativa economica per il comune vantaggio. Quali parti di un accordo comune, per-

tanto, la RKM e Mr Mackenzie avevano doveri fiduciari reciproci di lealtà e di buona fede, dovendo anteporre gli interessi comuni a quelli personali.

Sulla base di tale assunto di fondo, il giudice osserva che Mr Mackenzie aveva chiaramente violato i propri doveri fiduciari nei confronti della RKM.

Conseguentemente, la pretesa della RKM per la quale essa vanterebbe un interesse rispetto al patrimonio immobiliare di Mr Mackenzie risulta fondata.

Partendo da tale assunto, il Giudice passa ad esaminare il fondamento giuridico della pretesa così come individuato dalla stessa RKM: l'insorgenza di un *Quistclose trust* o di un *constructive trust* sui beni di Mr Mackenzie in favore della stessa RKM.

Nel caso specifico, peraltro, il giudice non ritiene che sussista un *Quistclose trust*.

Sorge un *Quistclose trust*, infatti, allorché un soggetto presti una certa somma di denaro ad un altro soggetto affinché essa venga utilizzata esclusivamente per perseguire un determinato scopo. In sostanza, la *beneficial ownership* del denaro resta in capo al mutuante fino a quanto esso non sia impiegato per la finalità individuata, e il mutuatario diviene trustee di quella stessa somma a beneficio dello stesso mutuante. Nel caso in cui non sia possibile attuare lo scopo che le parti intendevano perseguire, il mutuatario/trustee è tenuto a restituire la somma al mutuante/beneficiario: si tratta, in sostanza, di un particolare tipo di *resulting trust* che ha quale effetto principale quello per il quale i creditori personali del mutuatario non possono avanzare pretese sulle somme oggetto del *Quistclose trust*.

Questi i caratteri essenziali del *Quistclose trust*, come riassunti dal giudice, appare evidente che nel caso specifico non ne sussistano i presupposti. Pertanto, la pretesa della RKM di vantare un interesse proprietario sugli immobili di Mr Mackenzie in forza di un *Quistclose trust* e di basare su di essa il proprio *caveat* è dichiarata insostenibile dal giudice.

Ed infatti, non vi era stato alcun prestito di denaro finalizzato esclusivamente al raggiungimento di un determinato scopo, bensì solamente la fornitura continuata di carne e degli impianti necessari per la sua commercializzazione e distribuzione.

Il giudice, pertanto, passa ad esaminare se nel caso di cui trattasi possa essere ravvisata l'insorgenza di un *constructive trust* in favore della RKM. In particolare, il giudice evidenzia la possibilità di configurare o un "institutional constructive trust" o di un "remedial constructive trust".

Nel primo caso si tratta di un *constructive trust* che sorge automaticamente e per legge a partire dal momento in cui si verificano quelle circostanze che la legge stessa individua come causa dell'insorgenza del trust stesso e il ruolo del giudice è relegato alla semplice dichiarazione che lo specifico *constructive trust* è sorto a far data da quel momento storico. Tale trust, precisa il giudice, sebbene sorga per effetto della disposizione normativa non perde il proprio carattere "rimediale", essendo comunemente utilizzato allorché una persona che abbia violato un proprio preesistente dovere (fiduciario) sia chiamata a rendere il conto di tale violazione.

Si ha, invece, un *remedial constructive trust* allorché sia il giudice ad imporlo e non trovi necessariamente giustificazione in una preesistente relazione fiduciaria tra due soggetti diversi. In tali casi il trust opera semplicemente quale rimedio ad una situazione concreta. Tipicamente, ciò avviene allorché nella disponibilità del convenuto si trovino alcuni beni rispetto ai quali il giudice considera appropriato dichiarare la sussistenza del vincolo del trust in favore di un altro soggetto, titolare di un interesse proprio su di essi.

Tali le caratteristiche delle due tipologie di *constructive trust*, il giudice ritiene che nel caso specifico operi un *institutional constructive trust*, atteso che la pretesa della RKM è basata sulla preesistenza di una relazione fiduciaria avente ad oggetto l'impresa comune, rispetto alla quale Mr Mackenzie sarebbe venuto meno ai propri doveri fiduciari.

Ed in effetti, tanto la RKM, quanto Mr Mackenzie erano gravati da reciproche obbligazioni fiduciarie derivanti dalla mutua fiducia e dal mutuo affidamento nell'impresa comune: trattasi, all'evidenza, di "equitable obligations", tradizionalmente azionate dalle corti di *equity*. Nello specifico la RKM afferma che Mr Mackenzie avrebbe violato le proprie obbligazioni fiduciarie utilizzando parte dei proventi derivanti dalla commercializzazione e distribuzione della carne neozelandese per sviluppare i propri affari e incrementare il proprio patrimonio immobiliare.

In tale contesto, afferma il giudice, è evidente che è necessario garantire che ciascuna delle parti resti fedele ai propri doveri di lealtà e buona fede e, conseguentemente, non vi è alcun ostacolo a ritenere sussistente ed operante un *institutional constructive trust* in favore della parte le cui aspettative ed i cui diritti sono stati frustrati.

Conseguentemente, il giudice conclude altresì nel

senso della legittimità del *caveat* imposto, ma con un'unica precisazione: atteso che Mr Mackenzie ha impiegato i proventi del commercio di carne esclusivamente per intraprendere iniziative immobiliari su uno solo dei propri terreni, mentre gli altri (dei quali aveva acquistato la proprietà per via successoria) non ne sono stati interessati, il *caveat* dovrà essere opportunamente ristretto al terreno in oggetto.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA

The applicant's motion

In these proceedings the applicant is Roderick Mackenzie who is a sole trader trading as R & J Mackenzie Enterprises and/or R & J Mackenzie Wholesaler; the first respondent is Richard Kidd Marketing Ltd which is a company incorporated in Auckland, New Zealand; and the second respondent is the Registrar of Lands.

The proceedings are concerned with a motion filed by the applicant on 6 February 2007 for an order to remove caveat 27045x lodged by the first respondent and registered by the second respondent prohibiting the registration of any dealing with real properties owned by the applicant. These properties comprise of a parcel of land at Lotopa on which the applicant is operating his business, a parcel of land at Laloanea, and a parcel of land at Falemauga. All three parcels of land were inherited by the applicant under the will of his late father who died in 1996.

Essentially, there are two grounds in support of the applicant's motion for removal of caveat. These are: (a) the first respondent has no caveatable interest in the lands which are the subject of the caveat, and (b) the second respondent should not have accepted the caveat for registration.

Approach to affidavit conflicts in a motion for removal of caveat

In proceedings on a motion for removal of a caveat, the procedure to be followed is the summary procedure. That is to say, the Court will determine whether to remove or allow the caveat to remain on the basis of the affidavits filed in support of and in opposition to the motion and any submissions by the opposing parties. In such circumstances, there will always be conflicts between the affidavit evidence by the opposing parties. In dealing with such conflicts, I referred in *Chan Chui & Sons Ltd v*

Pereira [2006] WSSC 34 to *Barrett v IBC International Ltd* [1995] 3 NZLR 170 where Cooke P said at p.175:

“Evidently the learned Master was inclined not to rule out the possibility that this new allegation might be credible. I am afraid that I am unable to take as generous a view. On the contrary, the case seems transparently to be one for application of Lord Diplock’s well known statement in *Eng Mee-Yong v Letchumanon s/o Velayutham* [1980] AC 331, 341;

“Although in the normal way it is not appropriate for a Judge to attempt to resolve conflicts of evidence on affidavit, this does not mean that he is bound to accept uncritically, as raising a dispute of fact which calls for further investigation, every statement in an affidavit however, equivocal, lacking in precision, inconsistent with contemporary documents, or other statements by the same deponent, or inherently improbable in itself it may be

“That proposition has been acted on in this Court more than once. It is sufficient to refer to *Bible Dymock Corporation v Patel* (1989) 1 PRNZ 84, 86 where encouragement was found in Lord Diplock’s words for adopting a robust and realistic judicial attitude in a summary judgment proceeding. It is material to add that Lord Diplock was actually speaking in a case about the sustainability or otherwise of a caveat.”

With respect, I accept that in the normal way the summary procedure which is followed in proceedings on a motion for removal of a caveat is unsuitable for resolving factual disputes in the affidavit evidence by the opposing parties. Such factual disputes should be left for the hearing of the substantive claims by the parties when the evidence of the deponents to the affidavits will be subjected to cross-examination. However, this does not mean that the Judge is bound to accept uncritically every dispute of fact between the conflicting affidavits. If such a dispute can be resolved on the basis of the affidavits and documents before the Judge without the need for cross-examination, then it is for the Judge to resolve such a dispute during the summary procedure proceedings.

What has not been clear is how the Judge is to proceed where the factual disputes between conflicting affidavits by the opposing parties cannot be resolved without cross-examination under the summary procedure. In such a situation, the Judge is to proceed on the assumption that the factual allegations in the affidavits for the caveator are correct because the onus is on the caveator to show that he has a reasonably arguable case for maintaining his caveat: *Zhong v Wang* [2006] NZCA 242 at para [5] per Wild and Heath JJ and para [10] per Wiltham Young P. This is the approach I propose to follow in respect of the

factual conflicts between the affidavits by the opposing parties in these proceedings where such conflicts cannot be resolved on the basis of the affidavits and annexed documents.

Where there is no conflict between the affidavits by the opposing parties on a particular matter then I will rely on the affidavits of the parties. This will be more so where the affidavits are in agreement on a matter of fact.

As the onus is on the caveator to show that he has a reasonably arguable case for maintaining his caveat, it is important that he sets out clearly in his affidavits the factual basis upon which he claims to have an interest in the land which requires protection by way of caveat. This requires more than a mere denial of the grounds in support of a motion for removal of the caveat or of the allegations in the affidavits of the applicant for removal. The caveator should also explain in a satisfactory way the legal principles upon which he relies in support of the interest which he claims in the land that is the subject of the caveat.

Background

In December 2001, Colin Richard Kidd (Mr Kidd) the managing director of Richard Kidd Marketing (RKM), the respondent company, negotiated with Roderick Mackenzie (Mr Mackenzie), the applicant, and a third party a three way joint venture arrangement. The terms of this joint venture were for RKM to source, supply and ship meat from New Zealand as well as provide plant and equipment for the operation of the joint venture in Samoa. Mr Mackenzie was to supply his land, office and shop at Lotopa as well as his staff to sell and distribute the meat supplied by RKM from New Zealand. The third party was to be the manager of the joint venture operation. Mr Kidd also discussed plans with Mr Mackenzie and the third party to build cold stores on Mr Mackenzie’s land at Lotopa where Mr Mackenzie has his shop and office. A long term and substantial operation was envisaged. It seems that the aim of the parties was to form their joint venture into a partnership at a later stage. Mr Mackenzie and the third party visited a solicitor to formally set up a joint venture but it seems nothing was done.

RKM then supplied some NZ\$120,000 in meat products as its contribution to their joint venture arrangement. It also supplied plant and equipment. On 4 December 2001, RKM supplied the first orders of meat to the joint venture. RKM then continued to supply meat to the joint venture throughout 2002. In July 2002 trading deteriorated as RKM was concerned that it was owed substantial funds for its meat products supplied from New Zealand to

Mr Mackenzie in Samoa. The third party was dismissed about the same time as manager of the joint venture by Mr Mackenzie. According to Mr Kidd in his affidavit, Mr Mackenzie advised him that he would try and obtain a loan to pay RKM but that was not successful. Mr Kidd then made repeated requests for some accounts and bank statements but has never been supplied with any. It is not clear how much was owed to RKM at that stage.

On 15 January 2003, Mr Kidd and Mr Mackenzie signed what both claim to be a joint venture agreement. This joint venture agreement is set out on a paper with RKM's letterhead. It consists of only one sentence which says that it is an agreement between Mr Mackenzie and Mr Kidd that the company trading as R & J Mackenzie Wholesale Ltd is a joint venture between the parties with each party having a 50% shareholding in that company. It is not clear why this agreement was worded in this way because it was RKM, and not Mr Kidd, that was supplying meat products to Mr Mackenzie in terms of the oral joint venture arrangement that was reached in December 2001.

After February 2003, Mr Kidd declined to continue with RKM supplying meat from New Zealand to Mr Mackenzie in Samoa. According to Mr Kidd's affidavit, RKM is owed NZ\$833,635 for meat supplied to Mr Mackenzie. He admits that Mr Mackenzie made some payments but it is not clear how much. In September 2003 he came with his lawyer to Samoa. It is debatable whether during that visit by Mr Kidd, the joint venture agreement of 15 January 2003 was cancelled because the agreement which purported to cancel that joint venture agreement was signed by Mr Mackenzie and not by Mr Kidd. Mr Kidd tried to obtain payment from Mr Mackenzie for the debt owing to RKM but was told that R & J Mackenzie Wholesale Ltd had gone bankrupt. However, a search of the companies register by Mr Kidd's lawyer revealed that that company had never been registered. Mr Kidd claims in his affidavit that in 2002 Mr Mackenzie purchased a dry goods store for about \$600,000 tala to \$700,000 tala. This dry goods shop is situated on Mackenzie's land at Lotopa. Meat supplied by RKM were stored and displayed for sale in the shop. Mr Kidd believes that part of the proceeds from the sale of meat supplied by RKM had been used to finance the purchase and establishment of that shop. Mr Kidd also claims in his affidavit that during his visit to Samoa in September 2005 when he met with Mr Mackenzie at Mr Mackenzie's shop at Lotopa, he observed new buildings being constructed around Mr Mackenzie's shop at Lotopa. Mr Kidd believes that those improvements to Mackenzie's land at Lotopa were financed with part of the proceeds from the sale of the meat RKM had supplied to Mr Mackenzie in December 2001 and

throughout the whole of 2002. The timing of the construction of those buildings would suggest that they were financed from part of the proceeds of the sale of meat supplied by RKM.

Perhaps I should mention at this junction that Mr Mackenzie strongly denies in his affidavit that he owes RKM any money. He says that after consolidating his accounts he might have overpaid RKM for the meat supplied to him. This is in direct conflict with what Mr Kidd says in his affidavit. For the purposes of these proceedings I will proceed on the assumption that what Mr Kidd says in his affidavit is correct.

Mr Kidd also states in his affidavit that he has commenced separate legal proceedings for recovery of the sum of NZ\$833,635 which is the balance alleged to be still owing by Mr Mackenzie to RKM for meat supplied. As I have not seen any papers for those separate legal proceedings, I would assume that they are in the name of RKM which supplied the meat. It would be a mistake to bring those proceedings under Mr Kidd's name if the owner and supplier of the meat was RKM.

On 24 June 2004, RKM lodged a caveat with the Registrar of Lands, the second respondent, against Mr Mackenzie's lands at Lotopa, Laloanea and Falemauga claiming an equitable interest in those lands. As earlier mentioned, all those three lands were inherited by Mr Mackenzie under the will of his late father who died in 1996. Except for the land at Lotopa, there is no evidence that any of the proceeds of the sale of meat supplied by RKM was spent on any improvement to the lands at Laloanea and Falemauga.

On 5 June 2006, the caveat was removed by order of Vaai J. According to what Mr Kidd says in his affidavit, that caveat was removed without his knowledge but with the consent of his previous solicitors. On 16 November 2006, a second caveat was lodged by the previous solicitors for RKM against the same lands which were the subject of the previous caveat which had been removed by order of Vaai J. An equitable interest is again claimed in those lands by virtue of the joint venture between RKM and Mr Mackenzie. I will deal in detail later with Mr Mackenzie's complaint against the Registrar of Lands for accepting the second caveat. In the meantime, I will continue with the proceedings between Mr Mackenzie and RKM regarding the caveat.

Basis upon which an interest is claimed to support
the caveat

In support of its caveat, RKM claims an interest in Mr

Mackenzie's lands on two basis. The first is a Quistclose trust and the second is a constructive trust. This is in the context of a joint venture arrangement. Before I deal with the two basis on which an interest is claimed in the lands to support the caveat, it is important to refer first to the concept of joint venture for it is in the context of a joint venture that RKM claims to have an interest in the lands on the basis of a Quistclose trust and a constructive trust.

The basis and context of the interest claimed
to support the caveat

In support of its caveat, RKM claims an interest in Mr Mackenzie's lands on two basis. The first is a Quistclose trust and the second is a constructive trust. I will deal with the two types of trust later in this judgment.

The context in which RKM claims an interest in Mr Mackenzie's lands is rather unclear. In his affidavit, Mr Mackenzie refers throughout to his commercial arrangement with RKM as a joint venture. On the other hand, Mr Kidd in some parts of his affidavit refers to the commercial arrangement between RKM and Mr Mackenzie as a joint venture, in some parts of his affidavit as a partnership, and in other parts as both a joint venture and a partnership. It is important to be clear first about the context in which RKM is claiming an interest in Mr Mackenzie's lands on the basis of a Quistclose trust and a constructive trust, whether it is a joint venture or partnership, before dealing with those two types of trust.

Joint venture or partnership

Even though there are parallels between a joint venture and a partnership, there is a distinction between the two. This was explained in *United Dominions Corporation Ltd v Brian Pty Ltd* (1986) 157 CLR1 where Dawson J said at p.15:

"Perhaps in this country, the important distinction between a partnership and a joint venture is, for practical purposes, the distinction between an association of persons who engage in a common undertaking for profit and an association of those who do so in order to generate a product to be shared among the participants. Enterprises of the latter kind are common enough in the exploration for and exploitation of mineral resources and the feature which is most likely to distinguish them from partnerships is the sharing of product rather profit."

On the basis of what was said by Dawson J in *United Dominion, Corporation Ltd v Brian Pty Ltd* (1986) 157 CLR 1 at p.15, the learned authors of *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (2000) 2nd ed state at pp 103-104:

"Partnerships are commonly distinguished from joint venturers in that the former is an association of persons who engage in a common undertaking for profit, and the latter an association of those who do so in order to generate a product to be shared among the participants. Joint ventures are many and various in their structures and any fiduciary duties imposed by law on the participants will vary according to that structure. Many joint ventures are established particularly because the venturers do not wish to be bound by obligations akin to those of partners. Others are set up because, although in many respects the venturers wish to embark upon a joint endeavour imposing fiduciary obligations, there are other aspects to their dealings where each venturer wishes to retain the right to act in accordance with the commercial considerations best suited to it."

Having cited from *United Dominions Corporation Ltd v Brian Pty Ltd* (1985) 157 CLR 1 per Dawson J at p.15 and *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (2002) 2nd ed pp103-104, I must say that the distinction between what is a joint venture and what is a partnership may still not be easy to draw. For example, in *United Dominion Corporation* at p.10, Mason, Brennan and Deane JJ said:

"The term 'joint venture' is not a technical one with a settled common law meaning. As a matter of ordinary language, it connotes an association of persons for the purpose of a particular trading, commercial, mining or other financial undertaking or endeavour with a view to mutual profit, with each participant usually (but not necessarily) contributing money, property or skill. Such a joint venture (or, under Scot's law, 'adventure') will often be a partnership. The term is, however, apposite to refer to a joint undertaking or activity carried out through a medium other than a partnership: such as a company, a trust, an agency or joint ownership. The borderline between what can properly be described as a joint venture and what should more properly be seen as no more than a simple contractual relationship may on occasion be blurred."

It would also seem that the use of the label joint venture to describe an arrangement between the participants is not conclusive. If the existing circumstances show that the arrangement is a partnership, then it is a partnership, notwithstanding that the participants may have used the label joint venture. In *United Dominion Corporation Ltd v Brian Pty Ltd* (1985) 157 CLR 1, Mason, Brennan and Deane JJ in a joint judgment said at p.11:

"Under the agreement, the participants were joint venturers in a commercial enterprise with a view to profit. Profits were to be shared. The joint venture property was held upon trust. The participants indemnified the managing participant (SPL) against losses. The policy of

the joint enterprise was ultimately a matter for joint decision. Apart from the absence of any reference in the agreement to 'partnership' or 'partners', the relationship between participants under the agreement exhibited all the indicia of, and plainly was, a partnership."

In the present proceedings, the arrangement that RKM, Mr Mackenzie, and a third party entered into in December 2001, was for RKM to supply meat from New Zealand to Mr Mackenzie to sell and distribute at his shop at Lotopa. RKM was also to supply plant and equipment. Mr Mackenzie was to supply his land, office, and shop at Lotopa as well as his staff to sell and distribute the meat. The third party was to be the manager of the operation. That joint arrangement started operations in December 2001. Mr Mackenzie, as earlier mentioned, refers in his affidavit to this arrangement as a joint venture and Mr Kidd in his affidavit refers interchangeably to the same arrangement as a joint venture and then as a partnership. In terms of what was said by Dawson J in *United Dominions Corporation* at p.15 and what is said in *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (2000) 2nd ed at pp103-104, I am of the view that the commercial arrangement between RKM and Mr Mackenzie would be a partnership rather than a joint venture. The purpose of their particular joint enterprise was mutual profit, 'not to generate a product' to be shared between themselves. The removal of the third party whose contribution was his managerial skills did not alter the character of the joint enterprise from a partnership to a joint venture. Nor would the use by the participants of the label joint venture. Section 4 of the Partnership Act 1975 also explains a partnership as a relation which subsists between persons carrying on a business in common with a view to profit. However, as Blanchard and Tipping JJ pointed out in *Chimside v Fay* [2006] NZSC 68 at [71], the key point is not how precisely is the relationship described, whether it is a joint venture or a partnership, but whether the relationship between the parties was of a kind which gave rise to fiduciary duties on each side.

Fiduciary nature of the relationship between the parties As earlier mentioned, in December 2001 Mr Kidd on behalf of RKM, Mr Mackenzie, and a third party entered into negotiations for a three way 'joint venture' arrangement. Each party had obligations to perform under that arrangement and RKM started and continued to supply meat from New Zealand pursuant to that arrangement. Mr Mackenzie and the third party visited a solicitor to formally set up a 'joint venture' but it seems nothing was done. The aim of the parties was to formally form their so-called 'joint venture' into a partnership at a later stage. However, no joint venture or partnership was formally set

up between RKM and Mr Mackenzie, the third party ceased to be a participant in July 2002. I do not consider that the so called "joint venture agreement" dated 15 January 2003 between Mr Kidd and Mr Mackenzie provides any assistance as RKM is not a party to that agreement. The so called "joint venture agreement" is worded to be between Mr Mackenzie and Mr Kidd and not RKM. By the time of that agreement, the relationship between RKM and Mr Mackenzie had deteriorated to the point where RKM was no longer supplying any more meat from New Zealand to Mr Mackenzie but was trying to obtain payment from Mr Mackenzie for the meat that had already been supplied.

In the circumstances I have outlined, the relationship between RKM and Mr Mackenzie, though primarily contractual being a partnership, was a fiduciary relationship which gave rise to fiduciary duties on each party. These are duties of loyalty and good faith. In *United Dominions Corporation Ltd v Brian Pty Ltd* (1986) 157 CLR1, Mason, Brennan and Deane JJ said at p.11:

"It was submitted on behalf of UDC that no fiduciary relationship existed and no fiduciary duties arose between the prospective participants in the joint venture until the joint venture agreement was actually executed in July 1974. To the extent that that submission involves a general legal proposition that the relationship between prospective partners or joint venturers cannot be a fiduciary one until a formal agreement is executed, it is clearly wrong. A fiduciary relationship can arise and fiduciary duties can exist between parties who have not reached, and who may never reach, agreement upon the consensual terms which are to govern the arrangement between them. In particular, a fiduciary relationship with attendant fiduciary obligation may, and ordinarily will, exist between prospective partners who have embarked upon the conduct of the partnership business or venture before the precise terms of any partnership agreement have been settled. Indeed, in such circumstances, the mutual confidence and trust which underlie most consensual fiduciary relationships are more readily apparent than in the case where mutual rights and obligations have been expressly defined in some formal agreement. Likewise, the relationship between prospective partners or participants in a proposed partnership to carry out a single joint undertaking or endeavour will ordinarily be fiduciary if the prospective partners have reached an informal arrangement to assume such a relationship and have proceeded to take steps involved in its establishment or implementation."

At p.15 Dawson J said:

"The only other thing which I wish to add is that in my view it is quite clear that a fiduciary relationship may

arise during negotiations for a partnership or, for that matter, a joint venture, before any partnership or joint venture agreement has been finally concluded if the parties have acted upon the proposed agreement as they had in this case. Whilst a concluded agreement may establish a relationship of confidence, it is nevertheless the relationship itself which gives rise to fiduciary obligations. That relationship may arise from the circumstances leading to the final agreement as much as from the fact of final agreement itself. This is the view expressed in *Lindley on Partnership*, 15th ed (1984), at p.480, and it seems to me that as a matter of principle it must be correct."

The view that the relationship between partners is of a fiduciary nature had been earlier expressed in the High Court of Australia in the case of *Birtchnell v Equity Trustees Executors and Agency Co Ltd* (1929) 42 CLR 384 where Dixon J said at p.407:

"The relation between partners is, of course, fiduciary. Indeed it has been said that a stronger case of fiduciary relationship cannot be conceived than that which exists between partners. 'Their mutual confidence is the life-blood of the concern. It is because they trust one another that they are partners in the first instance; it is because they continue to trust one another that the business goes on' (per Bacon V.C. in *Helmore v Smith* (1886) 35 Ch D 436 at p.444. The relationship is based, in some degree, upon a mutual confidence that the partners will engage in some particular kind of activity or transaction for their joint advantage only. In some degree it arises from the very fact that they are associated for such a common end and are agents for one another in its accomplishment. Lord Blackburn found in this consideration alone sufficient reason for the fiduciary character of the partnership relation" (*Cassels v Stuart* (1881) 6 App Cas. At p.79).

In the Supreme Court of New Zealand in the recent case of *Chimside v Fay* [2006] NZSC 68, Blanshard and Tipping JJ stated at para [74]:

"There is a strong case for saying that most joint venture relationships can properly be regarded as being inherently fiduciary because of the analogy with partnership. The relationship between partners is one which has traditionally been regarded as a classic example of a fiduciary relationship in that the parties owe to each other duties of loyalty and good faith; and they must, in all matters relevant to the activities of the partnership, put the interests of the partnership ahead of their own personal interests."

When discussing the types of relationship which would be likely to give rise to fiduciary duties and obligations in *Estate Realities Ltd v Wignall* [1981] 3 NZLR 482, Tipping J said at p.492:

"The cases demonstrate that a fiduciary relationship will arise where one party is 'reasonably entitled to repose and does repose trust and confidence in the other, either generally or in the particular transaction: see per Casey J in *Day v Mead* ([1987] 2 NZLR 443) where His Honour said that the relationship in question in that case 'generated that degree of confidence and trust which in my view justifies the intervention of equity.' What must be asked is whether the circumstances in the present transaction were such that Estate Realities Ltd were reasonably entitled to and did place confidence and trust in Egden Wignall & Co. The answer in my view must be in the affirmative."

Applying these statements of principle to the circumstances of the present proceedings, the relationship between RKM and Mr Mackenzie when they entered into negotiations to form a joint venture business at the beginning of December 2001 was a fiduciary relationship. It was founded on mutual confidence that the parties will embark on their joint venture for their joint advantage. As partners in their joint arrangement they owed each other the fiduciary duties of loyalty and good faith. They were to put the interests of their partnership ahead of their own personal interests. The same fiduciary relationship and duties continued throughout the whole time that RKM supplied meat from New Zealand to Mr Mackenzie in Samoa starting from December 2001 until RKM ceased to supply any more meat in 2002.

As the fiduciary relationship between the parties turned out, according to the affidavit of Mr Kidd, Mr Mackenzie failed to make substantial payments for the meat supplied by RKM. When RKM ceased to supply any more meat, the total amount which had not been paid was NZ\$833,635. Attempts by RKM to obtain payment from Mr Mackenzie were met with the response that R & J Mackenzie Wholesale Ltd had gone bankrupt. This company never existed as it was never registered. RKM claims that part of the proceeds of the sale of the meat it had supplied had been used by Mr Mackenzie to make certain business improvements to his land at Lotopa where his own trading business operates from.

On the basis of the affidavit evidence adduced by RKM through Mr Kidd, there is no doubt that Mr Mackenzie had breached the fiduciary duties which it owed RKM under their partnership or 'joint venture' as it is sometimes referred to. This will be the subject of debate at the substantive hearing of RKM's claim as Mr Mackenzie denies owing any money to RKM. In saying that it believes Mr Mackenzie had used part of the proceeds from the sale of the meat it supplied to him to make business improvements to his land at Lotopa, RKM is claiming an interest

not only in Mr Mackenzie's land at Lotopa but also his lands at Laloanea and Falemauga. The legal basis on which RKM is claiming this proprietary interest is Quistclose trust and a constructive trust. This is the same proprietary interest upon which RKM relies to support its caveat.

Quistclose trust

The type of situation where a Quistclose trust would arise would be where money is advanced by one person to another for a particular purpose to be used 'only' or 'exclusively' for that particular purpose. The beneficial ownership of the money will remain with the lender until it is used for the particular purpose for which it was advanced to the borrower. The borrower, on the other hand, will hold the money on trust for the lender until it is used for the particular purpose for which it was advanced. If the particular purpose fails, then the borrower would have to return the money to the lender who retains the beneficial ownerships in the money. The name of the trust by which the money is held for the particular purpose for which it was advanced is Quistclose trust. It is a kind of resulting trust. The effect of this is that if the borrower becomes insolvent, his creditors cannot lay claim to the money advanced to the borrower because that money has been impressed by law with a Quistclose trust under which the beneficial interest remains with the lender.

The circumstances of these proceedings are far removed from the type of situation where a Quistclose trust would arise. So the claim by RKM to a proprietary interest on the basis of a Quistclose trust in Mr Mackenzie's lands to sustain its caveat is plainly untenable. However, as this is the first Samoan case in which a Quistclose trust has been raised, I will refer to what must be the most erudite judicial exposition of a Quistclose trust so far.

The Quistclose trust was explained in *Twinsectra Ltd v Yardley and others* [2002] UKHL 12 where Lord Millet stated at paras 68 and 69:

"68. Money advanced by way of loan normally becomes the property of the borrower. He is free to apply the money as he chooses, and save to the extent to which he may have taken security for repayment the lender takes the risk of the borrower's insolvency. But it is well established that a loan to a borrower for a specific purpose where the borrower is not free to apply the money for any other purpose gives rise to fiduciary obligations on the part of the borrower which a Court of equity will enforce. In the earlier cases the purpose was to enable the borrower to pay his creditors or some of them, but the principle is not limited to such cases.

"69. Such arrangements are commonly described as creating 'a Quistclose trust,' after the well-known decision of the House in *Quistclose Investments Ltd v Rolls Razor Ltd* [1970] AC 567(1) in which Lord Wilberforce confirmed the validity of such arrangements and explained their legal consequences. When the money is advanced, the lender acquires a right, enforceable in equity, to see that it is applied for the stated purpose, or more accurately to prevent its application for any other purpose. This prevents the borrower from obtaining any beneficial interest in the money, at least while the designated purpose is still capable of being carried out. Once the purpose has been carried out, the lender has his normal remedy in debt. If for any reason the purpose cannot be carried out, the question arises whether the money falls within the general fund of the borrower's assets, in which case it passes to his trustee-in-bankruptcy in the event of his insolvency and the lender is merely a loan creditor; or whether it is held on a resulting trust for the lender. This depends on the intention of the parties collected from the terms of the arrangement and the circumstance of the case."

In explaining the effect of a Quistclose trust, Lord Millet went on to say at paras 73 and 74:

"73. A Quistclose trust does not necessarily arise merely because money is paid for a particular purpose. A lender will often inquire into the purpose for which a loan is sought in order to decide whether he would be justified in making it. He may be said to lend the money for the purpose in question, but this is not enough to create a trust; once lent the money is at the free disposal of the borrower. Similarly payments in advance for goods or services are paid for a particular purpose, but such payments do not ordinarily create a trust. The money is intended to be at the free disposal of the supplier and may be used as part of his cash-flow. Commercial life would be impossible if this were not the case.

"74. The question in every case is whether the parties intended the money to be at the free disposal of the recipient: *In re Goldcorp Exchange Ltd* [1995] 1 AC74, 100 per Lord Mustill. His freedom to dispose of the money is necessarily excluded by an arrangement that the money shall be used exclusively for the stated purpose, for as Lord Wilberforce observed in the *Quistclose* case [1970] AC 567, 580:

"A necessary consequence from this, by a process simply of interpretation, must be that if, for any reason, [the

Nota:

(1) In questa Rivista, 2006, 626 [n.d.r.].

purpose could not be carried out,] the money was to be returned to [the lender]: the word ‘only’ or ‘exclusively’ can have no other meaning or effect”

Lord Millet went on to explain that with money impressed with a Quistclose trust, the beneficial ownership is with the lender and the borrower has no beneficial interest. In paras 80-83 His Lordship said:

“80. (i) The Lender. In *The Quistclose Trust: Who Can Enforce It*: (1985) 101 LQR, 269, I argued that the beneficial interest remained throughout in the lender. This analysis has received considerable though not universal academic support [...] Gummow] [in *In re Australian Elizabethan Theatre Trust* (1991) 102 ALR 681] saw nothing special in the Quistclose trust, regarding it as essentially a security device to protect the lender against other creditors of the borrower pending the application of the money for the stated purpose.

“81. On this analysis, the Quistclose trust is a simple commercial arrangement akin (as Professor Bridge observes) to a retention of title clause (though with a different object) which enables the borrower to have recourse to the lender’s money for a particular purpose without entrenching on the lender’s property rights more than necessary to enable the purpose to be achieved. The money remains the property of the lender unless and until it is applied in accordance with his directions, and insofar as it is not so applied it must be returned to him. I am disposed, perhaps predisposed, to think that this is the only analysis which is consistent with orthodox trust law and with commercial reality [...]

“82. The borrower. It is plain that the beneficial interest is not vested unconditionally in the borrower so as to leave the money at his free disposal. That would defeat the whole purpose of the arrangements, which is to prevent the money from passing to the borrower’s trustee-in-bankruptcy in the event of his insolvency. It would also be inconsistent with all the decided cases where the contest was between the lender and borrower’s trustee-in-bankruptcy, as well as with the *Quistclose* case itself [...]

“83. The borrower’s interest pending the application of the money for the stated purpose or its return to the lender is minimal. He must keep the money separate; he cannot apply it except for the stated purpose; unless the terms of the loan otherwise provide he must return it to the lender if demanded; he cannot refuse to return it if the stated purpose cannot be achieved; and if he becomes bankrupt it does not vest in his trustee in bankruptcy. If there is any contest to beneficial ownership at all, the lender is the beneficial owner and the borrower is not.”

And then at para 100 Lord Millet stated:

“[I] hold the Quistclose trust to be an entirely orthodox example of the kind of default trust known as a resulting trust. The lender pays the money to the borrower by way of loan, but he does not part with the entire beneficial interest in the money, and insofar as he does not it is held on a resulting trust for the lender from the outset. Contrary to the opinion of the Court of Appeal, it is the borrower who has a very limited use of the money, being obliged to apply it for the stated purpose or return it. He has no beneficial interest in the money, which remains throughout in the lender subject only to the borrower’s power or duty to apply the money in accordance with the lender’s instructions. When the purpose fails, the money is returnable to the lender, not under some new trust in his favour which only comes into being on the failure of the purpose, but because the resulting trust in his favour is no longer subject to any power on the part of the borrower to make use of the money. Whether the borrower is obliged to apply the money for the stated purpose or merely at liberty to do so, and whether the lender can countermand the borrower’s mandate while it is still capable of being carried out, must depend on the circumstances of the particular case.”

Finally at para 102, Lord Millet stated:

“102. Like all resulting trusts, the trust in favour of the lender parts with the money on terms which do not exhaust the beneficial interest. It is not a contingent reversionary or future interest. It does not suddenly come into being like an eighteenth century use only when the stated purpose fails. It is a default trust which fills the gap when some part of the beneficial interest is undisposed of and prevents it from being ‘in suspense.’”

As earlier mentioned, the circumstances of the present proceedings are far removed from the type of situation where a Quistclose trust may arise. No money was lent or advanced by RKM to Mr Mackenzie to be used ‘only’ or ‘exclusively’ for a particular purpose. Only goods in terms of meat as well as plant and equipment were supplied by RKM to Mr Mackenzie. Thus no Quistclose trust could have arisen. The New Zealand Court of Appeal decision in *Zhong v Wang* [2006] NZCA 242 upon which RKM relied was concerned with moneys (not goods, plant or equipment) advanced by the appellant to the respondent for the purpose of gaining residence in New Zealand. The majority of the Court in that case held that a Quistclose trust did not arise; the minority held to the contrary. So there was money advanced by one party to another party for a purpose. Such a situation is quite different from the situation in these proceedings where no money was lent or advanced for a particular purpose from RKM to Mr Mackenzie.

Constructive trust

The other basis upon which RKM relies for claiming a proprietary interest in Mr Mackenzie's lands is a constructive trust. However, it was not explained which type of constructive trust is being relied upon by RKM. There are two types of constructive trust: institutional and remedial. These are explained in *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (2000) 2nd ed by Dal Pont and Chalmers where the learned authors state at pp 964-965:

"The principal hallmark of an 'institutional constructive trust is that it arises by operation of law as from the date of circumstances which give rise to it: the function of the Court is merely to declare that such trust has arisen in the past. Those circumstances are recognised by law as defined categories which give rise to an interest to which the Court gives effect from the date when the defining events occurred. Two further points must be made in this context. First, although described as institutional, the trust in such cases is not deprived of all remedial character, as the trust in such a case is most commonly used as a vehicle through which a person who has committed a breach of a pre-existing duty (whether as principal or as a party) is made accountable for that breach. Secondly, although strictly speaking the use of the term 'trust' carries with it a notion that a proprietary interest is given effect to, in the context of the institutional constructive trust, the term is also used to describe personal accountability." The learned authors then go on to explain what is a 'remedial' constructive trust by saying:

"The 'remedial' constructive trust does not exist at all until the Court imposes it, meaning that it is not premised on any pre-existing relationship between the parties giving rise to legal duties. The trust acts merely as a remedy for an independent cause of action, constituting a judicial response to a triggering event, rather than a triggering event in itself. What is required is that there be some asset in the defendant's hands in respect of which the Court considers it appropriate to impose a trust, and some principled basis for declaring assets by A should be held on trust for B, both vis-à-vis A and any third person who has a proper interest in the asset affected by the imposition of the trust."

It would seem that in the circumstances of these proceedings, the type of constructive trust that RKM is relying upon is an institutional constructive trust. The reason is that the claim by RKM to a proprietary interest in Mr Mackenzie's lands is based on their pre-existing relationship as partners in their joint enterprise and the alleged breach by Mr Mackenzie of his fiduciary duties under the

partnership or 'joint venture' as the parties sometimes called it. That being so, it would be helpful to refer to the conditions which must be satisfied before the Court imposes an institutional constructive trust. In *Son & Kim v Ko & Others* [2006] NZHC 1131, Baragwanath J at para [49] said:

"[49] Here the defendants appear to be arguing for the imposition of an institutional constructive trust. The test for imposing such a trust was stated by McLachlin J for the majority of the Supreme Court of Canada in *Soulos v Korkontzilas* (1997) 146 DLR (4th) 214. Four conditions should be satisfied before the Court imposes an institutional constructive trust (p 230):

"(i) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that Courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his lands;

"(ii) The assets in the lands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;

"(iii) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties; and

"(iv) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g. interests of intervening creditors must be protected."

In the present proceedings, both RKM and Mr Mackenzie owed to one another fiduciary duties founded on mutual trust and confidence as partners in their joint enterprise. Fiduciary duties are equitable obligations and have been traditionally enforced by Courts of equity. It is claimed by RKM that in breach by Mr Mackenzie of his fiduciary duties, he had used part of the proceeds from the sale and distribution of meat supplied by RKM to make his own business improvements to his land at Lotopa. In such a situation, there is a clear need to ensure that parties to a partnership remain faithful to their fiduciary duties of loyalty and good faith. I also do not see any factors which would render the imposition of an institutional constructive trust unjust provided it is limited to Mr Mackenzie's land at Lotopa.

Constructive trust and caveat

In New Zealand there is some authority that only an institutional constructive trust can support a caveat lodged prior to proceedings for removal of a caveat but not

a remedial constructive trust: Land Law in New Zealand (2003) vol 1 by Hinde, Sion & McMorland at 10.009 (d) p.561; New Zealand Land Law (2005) by Bennion et al 4.7.07 (d) (i) pp 236-237. The reason given for this view is based on the distinction between an institutional constructive trust and a remedial constructive trust explained in *Fortex Group Ltd v Macintosh* [1998] 3 NZLR 171 where Tipping J said at pp 172-173:

“[An] institutional constructive trust arises upon the happening of the events which bring it into being. Its existence is not dependent on any Order of the Court. Such order simply recognises that it came into being at the earlier time and provides for its implementation in whatever way is appropriate. A remedial constructive trust depends for its existence on the Order of the Court; such order being creative rather than simply confirmatory.”

It follows from the distinction explained in *Fortex Group Ltd v Macintosh* [1998] 3 NZLR 171, 172-173 that since a remedial constructive trust only comes into being at the time it is declared by the Court, such a trust cannot support a caveat which was lodged prior to the order of the Court declaring its existence. An institutional constructive trust on the other hand does not depend for its existence on an order of the Court as it arises prior to and independent of an order of the Court which simply confirms its existence.

What is not explicit from the above analysis is whether a remedial constructive trust can support a caveat after it has been declared by the Court and comes into existence. This would normally be when the merits of the substantive claim by the caveator had been heard and determined by the Court. In principle, I see no reason why a remedial constructive trust cannot support a caveat after it has been declared to exist by an order of Court, that is, if the reason why it cannot support a caveat prior to an order by the Court is that a remedial constructive trust had not come into existence at that point in time.

Application of the institutional constructive trust to the caveat in these proceedings

It would be recalled that the lands which are the subject of RKM's caveat are lands which were inherited by Mr Mackenzie under the will of this late father. The lands were not acquired by Mr Mackenzie in connection with his commercial relationship with RKM which is of a fiduciary nature. As pointed out in *Equity and Trusts in Australia and New Zealand* (supra) at p.968, the doctrine of constructive trust does not apply to gains unconnected with any fiduciary relationship. The only gains alleged

against Mr Mackenzie which have any connection to the fiduciary relationship that existed between Mr Mackenzie and RKM is the alleged use by Mr Mackenzie, in breach of his fiduciary duties, of part of the proceeds from the sale and distribution of meat supplied by RKM to make improvements to his land at Lotopa where his own business is operating from. There is, however, no connection between Mr Mackenzie's lands at Laloanea and Falemauga and his fiduciary relationship with RKM. It follows that the constructive trust claimed by RKM can have no application to Mr Mackenzie's lands at Laloanea and Falemauga. The caveat should therefore be removed in respect of those lands.

Whether the second respondent should have rejected the caveat

The second general ground of the motion by Mr Mackenzie for removal of the caveat is that the second respondent, the Registrar of Lands, should not have accepted the caveat when it was lodged. In support of this general ground, counsel for Mr Mackenzie relies on two specific grounds set out in his written submissions.

The first specific ground is that RKM had lodged a previous caveat against Mr Mackenzie's lands and that caveat was removed by consent by order of the Court on 5 June 2006. Counsel for Mr Mackenzie then says in his written submissions that the second caveat, which is the subject of these proceedings, should not have been accepted by the Registrar. He relies for that submission on a passage in *New Zealand Land Law (2005) by Bennion et al*, 4.12.01 (1) at p.279. That passage refers to s.143 of the Land Transfer Act 1952 (NZ) which provides that where a caveat has lapsed or has been removed, no second caveat may be lodged by or on behalf of the same person in respect of the same interest except by order of the Court. Counsel then points out that the second caveat was lodged and accepted by the Registrar without an order of the Court.

The second specific ground raised by counsel for Mr Mackenzie is that the present caveat, which is the second caveat, is defective in form and on that basis should not have been accepted by the Registrar. He points out that the present caveat is dated 22 November 2006; it was lodged on 13 October 2006; and it was registered on 16 November 2006. This means that the caveat was lodged and registered before it came into existence.

Counsel for the Registrar of Lands in his written submissions says that the previous counsel for RKM had presented a caveat on 13 October 2006 to the Registrar. The Registrar after reviewing that caveat found that it disclo-

sed no caveatable interest. Counsel for RKM was accordingly informed and the caveat was returned to her. After counsel had revised that caveat, she presented a revised caveat to the Registrar on 16 November 2006. That revised caveat was accepted and reviewed by the Office of the Registrar and was registered by the Registrar on the same day, 16 November 2006, as in the opinion of the Registrar the revised caveat disclosed a caveatable interest. If this is correct, then it would mean that there was an error in dating the revised caveat "22 November 2006". According to the affidavit filed on behalf of the Registrar, the date "22 November 2006" was written on the revised caveat by the previous counsel for RKM. This is the caveat which is the subject of the present proceedings. The question for determination is whether the Registrar should have rejected the revised caveat on the grounds that: (a) a previous caveat lodged for registration in respect of the same lands had been removed by consent by order of the Court, and (b) the revised caveat is defective as to form in that it was lodged, accepted and registered on 16 November 2006 even though dated 22 November 2006. I will deal with each of those two grounds in turn.

In respect of the first ground, a caveat is a creature of statute and the caveat procedure is a statutory procedure. The powers of the Registrar to deal with a caveat that has been lodged in respect of an estate or interest in land are also statutory powers being powers conferred by the Land Registration Act 1992/1993. There was also no submission from any of the counsel that the Registrar has any common law powers in this regard.

In New Zealand Land Law (2005) by Bennion et al at 4.12.01 (1) p.279, cited by counsel for Mr Mackenzie, the learned authors state:

"Where a caveat has lapsed or has been removed under s.143, no second caveat may be lodged by or on behalf of the same person in respect of the same interest, except by order of the High Court. The Registrar is not obliged to look further than the current title to verify that a caveat does not breach this prohibition.

"Where a second caveat is lodged contrary to the prohibition in s.148, the Court will declare such second caveat to be void."

A similar passage is to be found in Land Law in New Zealand (2003) vol 1 by Hinde, McMorland & Sim at p.615 where the learned authors state:

"When any caveat has been removed or has lapsed, s.148 of the Land Transfer Act 1952 provides that no second caveat may be lodged by or on behalf of the same person in respect of the same interest except by order of the High Court.

"The prohibition in s.148 cannot be avoided by framing the second claim in a different manner when it in fact relates to the same alleged interest."

Whilst I am grateful to Mr Brunt for his submission which has effectively pointed out what is a lacuna in the existing provisions of the Land Registration Act 1992/1993, I think he is also aware of the difficulty involved in applying the passages just cited to the present proceedings. The difficulty is that there is no provision in the Land Registration Act 1992/1993 which is similar to s.148 of the Land Transfer Act 1952 (NZ). In consequence, there is no prohibition under the existing provisions of the Land Registration Act 1992/1993 against a second caveat lodged by or on behalf of the same person in respect of the same interest in land in relation to which a previous caveat had been lodged with the Registrar and that caveat had been removed by order of the Court. One would have thought that there should have been such a prohibition. But there is none. This is a serious loophole which can only be cured by an appropriate amendment to the Act.

There is another difficulty. One would need to see the first caveat to find out the interest that was sought to be protected in that caveat and whether it is the same interest which is sought to be protected in the second caveat. The first caveat lodged by RKM was not produced so that it is not possible to say whether the interest sought to be protected in the first caveat is the same as the interest sought to be protected in the second caveat.

In respect of the second ground in support of Mr Brunt's submission that the Registrar should have rejected the revised caveat lodged by previous counsel for RKM, I wish to refer to a passage in Land Law in New Zealand (2003) vol 1 by Hinde, McMorland & Sim at p.592 where the learned authors state:

"The Registrar is required by s.137 (4) of the Land Transfer Act 1952 to enter caveats on the register 'as of the day and hour of their receipt.'

"By s.148A of the Land Transfer Act 1952 the Registrar is required to ensure only that the caveat complies on its face with the requirements of the Act, and is not otherwise required 'to be satisfied that the caveator is in fact or in law entitled to the estate or interest claimed in the caveat.' Provided that the caveat is in proper form the Registrar is therefore under a duty to enter the caveat: there is no discretion. In *Kuper v Keywest Construction Pty Ltd* (1990) 3 WAR 419 at 433 it was said that:

"The function of the Registrar in receiving a caveat is [...] limited to determining whether the caveat is in proper form. This is an administrative rather than an adjudica-

tive function. Once satisfied regarding the form the Registrar is under a duty to accept the caveat and comply with [...] the Act.’

“Upon receipt of any caveat the Registrar must under s.142 of the Land Transfer Act 1952, give notice thereof to the registered proprietor against whose title the caveat has been lodged.”

There is no provision in the Land Registration Act 1992/1993 like s.148A of the Land Transfer Act 1952 (NZ). Section 24 (a) of the Land Registration Act 1992/1993 which would be the nearest provision to s.148A of the New Zealand Act provides:

“Upon the receipt of any caveat the Registrar shall enter a memorial thereof in the Land Register and shall give notice of the same to the person against whose estate or interest the caveat has been lodged.”

It would seem that under s.24 (a) the Registrar has no discretion. When he receives “any caveat” he must enter a memorial thereof in the Land Register. He must also give notice of the caveat to the person against whose estate or interest the caveat has been lodged.

As I read s.24 (a) of the Act, it gives the Registrar no power to reject the revised caveat that was lodged by the previous counsel for RKM. All that the Registrar was required to do was to enter a memorial in the Land Register and give notice of the caveat to Mr Mackenzie against whose lands the caveat had been lodged. It was then for Mr Mackenzie to apply to the Court under s.24 (b) for an order to have the caveat removed if he wanted to which he has done.

It would follow from what has been said that under the existing provisions of the Land Registration Act 1992/1993, there is no prohibition against a second caveat being lodged by the same person in respect of the same estate or interest where a previous caveat by the same person in respect of the same interest has been removed. This is a serious loophole in the Act which should be cured by an appropriate amendment. In saying that, I was not asked to consider whether a caveator who behaves in that way may still be liable for abuse of process or contempt. I therefore express no view on that. It would also follow from what has been said that the Registrar had no power to reject the revised caveat that was lodged on 16 November 2006 though dated 22 November 2007. This is also an unsatisfactory situation as under the existing provisions of the Land Registration Act 1992/1993 there is no power given to the Registrar, as it is under s.148A of the Land Transfer Act 1952 (NZ), to ensure that a caveat is in proper form and be able to reject it if it is not in proper form. The answer, therefore, to the question of whether the

Registrar should have rejected the revised caveat, which is the caveat that forms the subject matter of these proceedings, must be in the negative. That still leaves the question of what should be done with the caveat which has been accepted by the Registrar and entered in the Land Register.

What to do with the caveat

I have already decided that RKM has a reasonably arguable case for sustaining its caveat in respect of Mr Mackenzie’s land at Lotopa but not in respect of Mr Mackenzie’s lands at Laloanea and Falemauga. The caveat is also defective as to date. It is uncertain at this stage whether the Court has power to amend a caveat. Perhaps the Act should also be amended in this regard if it is desirable to clarify whether the Court has the power to amend a caveat. In my view, the safe way to deal with the present caveat would be to order its removal. This order is to be effective seven days from the date of this judgment. In the meantime, RKM is to file within seven days a fresh caveat to be correctly dated and must relate only to Mr Mackenzie’s land at Lotopa.

Conclusions

For the foregoing reasons, I conclude as follows:-

- (a) The present caveat is to be removed at the end of seven days from the date of this judgment.
- (b) RKM is to lodge a fresh caveat within the said seven days period mentioned in (a).
- (c) The fresh caveat must be correctly dated and must only be in respect of Mr Mackenzie’s land at Lotopa.
- (d) RKM is also ordered to file and serve within 7 days a statement of claim setting out a cause of action for a constructive trust in respect of the proprietary interest that it claims in Mackenzie’s land at Lotopa. That statement of claim is set for mention on the first mention day following the end of the said 7 days. The normal procedure requiring a statement of defence will then follow.

Costs

As Mr Mackenzie has only partially succeeded in its application for removal of RKM’s caveat, I will award costs of \$4,000 in favour of Mr Mackenzie against RKM plus reasonable disbursements to be fixed by the Registrar. I award costs of \$500 in favour of the Registrar of Lands against Mr Mackenzie.

New York

New York Lien Law

■ Article 3-A New York Lien Law §§ 70-79A

ARTICLE 3-A DEFINITION AND ENFORCEMENT OF TRUSTS

70. Definition of trusts.

71. Purpose of the trust; "trust claims"; "beneficiaries."

71-a. Further trust of funds received or receivable by owner under executory contract for the sale and improvement of real property.

72. Diversion of trust funds.

73. Affirmative defense in action against transferee of trust assets or to charge trustee in certain cases; "Notice of Lending."

74. Authority of trustee in administering trust funds.

75. Deposit of funds of trust; books or records to be kept.

76. Right of beneficiaries to examine books or records and make copies, or to receive statement.

77. Action to enforce trust.

78. Relief after judgment on obligation constituting trust claim.

79. Liens not affected.

79-a. Misappropriation of funds of trust.

§ 70. Definition of trusts.

1. The funds described in this section received by an owner for or in connection with an improvement of real property in this state, including a home improvement loan, or received by a contractor under or in connection with a contract for an improvement of real property, or home improvement, or a contract for a public improvement in this state, or received by a subcontractor under or in connection with a subcontract made with the contractor for such improvement of real property including a home improvement contract or public improvement or made with any subcontractor under any such contract, and any right of action for any such funds due or earned or to become due or earned, shall constitute assets of a trust for the purposes provided in section seventy-one of this chapter.

For the purposes of this section: (a) any right to receive payment at a future time shall be deemed a right of action therefor and an asset of the trust even though it is contingent upon performance or upon some other event,

but the fact that the right is a trust asset does not enlarge the right or excuse any performance or condition upon which it depends; (b) "contract" and "subcontract" shall include any modification of the contract or subcontract to which reference is made; and (c) funds due or earned under a contract or subcontract shall include any funds payable to the contractor or subcontractor in addition to the contract price by reason of any transaction, event or circumstance in the making or in the performance of the contract or subcontract.

2. The funds received by an owner and the rights of action with respect thereto, for or in connection with each improvement, shall be a separate trust and the owner shall be the trustee thereof. The funds received by a contractor or subcontractor and the rights of action with respect thereto, under or in connection with each contract or subcontract, shall be a separate trust and the contractor or subcontractor shall be the trustee thereof.

3. Every such trust shall commence at the time when any asset thereof comes into existence, whether or not there shall be at that time any beneficiary of the trust. The trust of which the owner is trustee shall continue with respect to every asset of the trust until every trust claim arising at any time during the improvement has been paid or discharged, or until all such assets have been applied for the purposes of the trust. The trust of which a contractor or subcontractor is trustee shall continue with respect to every asset of the trust until every trust claim arising at any time prior to the completion of the contract or subcontract has been paid or discharged, or until all such assets have been applied for the purposes of the trust. Upon termination of the trust by payment or discharge of all the trust claims, the beneficial interest in any remaining assets shall vest in the owner, contractor or subcontractor, as the case may be.

4. The trusts described in this section shall arise whether or not a covenant declaring or acknowledging the trust, as required in article two of this chapter, has been executed.

5. The assets of the trust of which the owner is trustee are the funds received by him and his rights of action for payment thereof

(a) under a building loan contract;

(b) under a building loan mortgage or a home improvement loan;

(c) under a mortgage recorded subsequent to the commencement of the improvement and before the expiration of four months after completion of the improvement;

(d) as consideration for a conveyance recorded subsequent to the commencement of the improvement and before the expiration of four months after the completion thereof;

(e) as consideration for, or advances secured by, an assignment of rents due or to become due under an existing or future lease or tenancy of the premises that are the subject of the improvement, or of any part of such premises, if the assignment is executed subsequent to the commencement of the improvement and before the expiration of four months after the completion of the improvement or if it is executed before the commencement of the improvement and an express promise to make an improvement, or an express representation that an improvement will be made, is contained in the assignment or given in the transaction in which the assignment is made;

(f) as proceeds of any insurance payable because of the destruction of the improvement or its removal by fire or other casualty, except that the amount thereof required to reimburse the owner for premiums paid by him out of funds other than trust funds shall not be deemed part of the trust assets;

(g) under an executory contract for the sale of real property and the improvement thereof by the construction of a building thereon.

6. The assets of the trust of which a contractor is trustee are the funds received by him and his rights of action for payment thereof

(a) under the contract for the improvement of real property, or home improvement or the public improvement;

(b) under an assignment of funds due or earned or to become due or earned under the contract;

(c) as proceeds of any insurance payable because of destruction of the improvement of real property including a home improvement or public improvement or its removal by fire or other casualty, except that the amount thereof required to reimburse the contractor for premiums paid by him out of funds other than trust funds shall not be deemed part of the trust assets.

7. The assets of the trust of which a subcontractor is trustee are the funds received by him and his rights of action for payment thereof

(a) under the subcontract;

(b) under an assignment or order for the payment of

moneys due or earned or to become due or earned under the subcontract;

(c) as proceeds of any insurance payable because of the destruction of the improvement of real property or public improvement or its removal by fire or other casualty, except that the amount thereof required to reimburse the subcontractor for premiums paid by him out of funds other than trust funds shall not be deemed part of the trust assets.

8. For the purposes of this article, the term "home improvement contract" shall have the meaning ascribed to it by section seven hundred seventy of the general business law, and the term "home improvement loan" shall mean any loan obtained for the purpose of financing a home improvement. The term "home improvement" shall mean the repairing, remodeling, altering, converting, or modernizing of, or adding to residential property, including but not limited to the construction, erection, replacement, or improvement of driveways, swimming pools, siding, insulation, roofing and windows, terraces, patios, landscaping, fences, porches, garages, solar energy systems, flooring, basements, and other improvements of the residential property and all structures or land adjacent to it.

§ 71. Purpose of the trust; "trust claims"; "beneficiaries."

1. The trust assets of which an owner is trustee under subdivisions five (a) to five (f), inclusive, of section seventy of this chapter shall be held and applied for payment of the cost of improvement. The trust assets of which an owner is trustee under subdivision five (g) of section seventy of this chapter shall be held and applied for payment of the cost of improvement and, in addition, for the purposes of the further trust provided in section seventy-one of this chapter.

2. The trust assets of which a contractor or subcontractor is trustee shall be held and applied for the following expenditures arising out of the improvement of real property, including home improvement or public improvement and incurred in the performance of his contract or subcontract, as the case may be:

(a) payment of claims of subcontractors, architects, engineers, surveyors, laborers and materialmen;

(b) payment of the amount of taxes based on payrolls including such persons and withheld or required to be withheld and taxes based on the purchase price or value of materials or equipment required to be installed or furnished in connection with the performance of the improvement;

(c) payment of taxes and unemployment insurance

and other contributions due by reason of the employment out of which such claims arose;

(d) payment of any benefits or wage supplements, or the amounts necessary to provide such benefits or furnish such supplements, to the extent that the trustee, as employer, is obligated to pay or provide such benefits or furnish such supplements by any agreement to which he is a party;

(e) payment of premiums on a surety bond or bonds filed and premiums on insurance accrued during the making of the improvement, including home improvement, or public improvement;

(f) payment to which the owner is entitled pursuant to the provisions of section seventy-one-a of this chapter.

3. (a) With respect to the trust of which an owner is trustee, "trust claims" means claims of contractors, subcontractors, architects, engineers, surveyors, laborers and materialmen arising out of the improvement, for which the owner is obligated, and also means any obligation of the owner incurred in connection with the improvement for a payment or expenditure defined as cost of improvement.

(b) With respect to the trusts of which a contractor or subcontractor is trustee, "trust claims" means claims arising at any time for payments for which the trustee is authorized to use trust funds as provided in subdivision two of this section.

(c) No claim acquired by the trustee by assignment or otherwise shall be a trust claim after it has been so acquired.

4. Persons having claims for payment of amounts for which the trustee is authorized to use trust assets as provided in this section are beneficiaries of the trust whether or not they have filed or had the right to file a notice of lien as provided in article two of this chapter or shall have recovered a judgment therefor. Where an owner becomes obligated to incur an expenditure as part of the cost of improvement, any person to whom he is so obligated is a beneficiary.

5. For the purposes of this article, every trust claim shall be deemed to be in existence from the time of the making of the contract or the occurrence of the transaction out of which the claim arises and, except as provided in section seventy-six and section seventy-seven, the rights of each member of the class of beneficiaries accrue at the making of the contract or the occurrence of the transaction out of which the claim arises.

§ 71-a. Further trust of funds received or receivable by owner under executory contract for the sale and improvement of real property.

1. As used in this section,

(a) A "contract of sale" is an executory contract for the sale of real property and the improvement thereof by the construction of a building thereon.

(b) "Advances" include funds received by the owner and his rights of action for payment thereof.

2. (a) Advances made by or on behalf of a vendee of real property to the owner under or pursuant to a contract of sale shall constitute assets of a trust, as defined in this section, of which the owner is trustee, notwithstanding that such advances may also be assets of a trust defined in section seventy of this chapter.

(b) Such advances shall be held and applied by the owner for the payment of the cost of improvement. The trust claims defined in subdivision three (a) of section seventy-one of this chapter shall have priority over trust claims which the vendee has under the further trust provided in this section. Advances shall cease to be subject to the further trust provided in this section after they have been applied by the owner for payment of the cost of improvement, provided that no part of the advances shall be applied or be deemed applied for payment of the cost of improvement until all trust assets, as defined in subdivisions five (a) to five (f), inclusive, of section seventy of this chapter, which have been received by the owner from all other sources, have been exhausted.

(c) Such advances, or any portion thereof remaining after application of such advances for payment of the cost of improvement, shall continue to be held in trust by the owner for the benefit of the vendee, until the trust is terminated (i) by the owner's performance of the terms of the contract of sale, or (ii) by a default of the vendee excusing the owner's performance of the terms of the contract of sale, or (iii) by release or discharge of the owner's liability to refund such advances to the vendee.

(d) Until the further trust is terminated as provided in this section, such advances shall not be applied by the owner for any purpose other than payment of the cost of improvement and satisfaction of any liability of the owner to refund such advances, or any part thereof, to the vendee. Upon termination of the said trust, the beneficial interest in such advances or any portion thereof remaining in the hands of the owner shall vest in the owner, provided that all trust claims applicable to such advances have been paid or discharged.

(e) Any provision whereby the vendee waives the provisions of this section, whether contained in the contract of sale or otherwise, shall be absolutely void.

(f) Subject to the provisions of this section, the rights and remedies which may be exercised by a holder of trust claims with respect to assets of a trust defined in section

seventy of this chapter may be exercised, in the same manner and to the same extent, by the vendee with respect to such advances.

(g) The enforcement of the trust provided in this section shall not be deemed to prohibit the vendee from seeking to enforce such additional or alternative remedies provided by law as shall afford the vendee complete relief.

3. (a) The initial advance pursuant to a contract of sale which by its terms provides for or is incidental to a contract providing for the construction on the subject real property of residential condominium unit or any structure designed solely for residential occupancy of not more than two families living separately, on property to be purchased shall, at the vendee's option, be deposited within five business days thereafter by the recipient in an interest bearing escrow account in a bank, trust company, savings bank, state or federal savings and loan association, located in this state. Such deposit, together with the interest accumulated thereon, shall remain the property of the vendee except as otherwise provided herein. The recipient shall advise the vendee in writing of the name of the depository where the funds have been placed within ten business days after such deposit has been made.

(b) In lieu of making the deposit of such moneys in an escrow account as provided in paragraph (a) of this subdivision, the recipient may post with the vendee a bond or contract of indemnity, issued by a surety company licensed to execute such an instrument in this state, guaranteeing the return of the moneys which otherwise would be required to be deposited in such escrow account, in which case the recipient shall not be required to deposit such money in an escrow account. Said bond or contract of indemnity shall be delivered to the vendee within ten business days after receipt of the initial advance.

(c) At any time after making the deposit of such moneys in the escrow account, the recipient may post with the vendee a bond or contract of indemnity issued by a surety company licensed to execute such an instrument in this state guaranteeing the return of such moneys, in which case the recipient shall not be required to maintain the deposit of such moneys in such account.

(d) Such advance shall be retained in the escrow account or such bond or contract of indemnity continued in effect until the trust is terminated (i) by the recipient's performance of the terms of the contract of sale, or (ii) by default of the vendee excusing the recipient's performance of the terms of the contract of sale, or (iii) by release or discharge of the recipient's liability to refund such advance to the vendee, or (iv) upon transfer of title of the real property to the vendee.

(e) Every contract of sale which by its terms provides for or is incidental to a contract providing for the construction on the subject real property of a residential condominium unit or a structure designed solely for the residential occupancy by not more than two families living apart, shall contain a statement advising the vendee of the provisions of this subdivision. Such statement shall be printed in bold type which is at least two points larger than any other printing contained thereon and shall read as follows:

"YOU, AS THE PURCHASER OF THIS RESIDENCE, MAY REQUIRE THE RECIPIENT OR CONTRACTOR TO DEPOSIT THE INITIAL ADVANCE MADE BY YOU IN AN ESCROW ACCOUNT. IN LIEU OF SUCH DEPOSIT, THE RECIPIENT OR CONTRACTOR MAY POST A BOND OR CONTRACT OF INDEMNITY WITH YOU GUARANTEEING THE RETURN OF SUCH ADVANCE."

4. (a) Under a home improvement contract, payments received from an owner by a home improvement contractor prior to the substantial completion of work under the contract shall be deposited within five business days thereafter by the recipient in an escrow account in a bank, trust company, savings bank, or state or federal savings and loan association, located in this state. No depository institution acting on the instructions or otherwise dealing with a home improvement contractor shall be obliged to inquire into the validity or propriety of any deposits to or withdrawals from any escrow account established by the home improvement contractor in compliance with this subdivision or to insure that any withdrawals from such account are applied for any specific purpose or purposes by the home improvement contractor. Such deposit or deposits shall remain the property of such owner except as otherwise provided herein. Unless the home improvement contract specifies the name of the depository where the funds will be placed, no later than ten business days after the deposit has been made, the recipient shall advise the owner in writing of the name of the depository where the funds have been placed. The recipient shall not be required to keep in separate depository accounts the funds of the separate owners from whom payments have been received, provided his books of account shall clearly show the allocation to each owner of the funds deposited in his general or special depository account or accounts.

(b) In lieu of making the deposit of such payment or payments in an escrow account as provided in paragraph (a) of this subdivision, the recipient may post with the owner a bond or contract of indemnity, issued by a surety company licensed to execute such an instrument in this

state, or an irrevocable letter of credit issued by a bank, trust company, savings bank, or state or federal savings and loan institution located in this state, guaranteeing the return of the payments, or the proper application of the payments to the purposes of the contract, which otherwise would be required to be deposited in such escrow account, in which case the recipient shall not be required to deposit such payments in an escrow account. Said bond or contract of indemnity or irrevocable letter of credit shall be delivered to the owner within ten business days after receipt of the payment.

(c) At any time after making the deposit of such payment or payments in the escrow account, the recipient may post with the owner a bond or contract of indemnity issued by a surety company licensed to execute such an instrument in this state, or an irrevocable letter of credit issued by a bank, trust company, savings bank, or state or federal savings and loan institution located in this state, guaranteeing the return or proper application of such payment to the purposes of the contract, in which case the recipient shall not be required to maintain the deposit of such payment in such account.

(d) Such deposit or deposits shall remain the property of the owner or such bond or contract of indemnity or irrevocable letter of credit continued in effect until (i) the proper payment, transfer or application of such deposits by the contractor to the purposes of the home improvement contract under the schedule of payments provided therein; or (ii) the default or breach of the owner excusing the recipient's performance of the terms of the home improvement contract, but only to the extent of any reasonable liquidated damage amount as defined in section 2-718 of the uniform commercial code and set forth in the contract, and only after seven days prior written notice to the owner; or (iii) substantial performance of the contract.

(e) The recipient shall not withdraw deposits from the escrow account in excess at any time of the total amount shown in the schedule of payments in the home improvement contract. The amount of any such progress payments shall bear a reasonable relationship to the amount of work to be performed, materials purchased, or expenses for which the contractor would be obligated.

(f) If the home improvement contract provides that the home improvement contractor will be paid on a specified hourly or time basis for work that has been performed or charges for materials that have been supplied prior to the time that payment is due, this subdivision shall not apply to such payments for such work or materials.

(g) Failure to place customer deposits in escrow, except as provided herein, shall constitute a violation of this section.

§ 72. Diversion of trust funds.

1. Any transaction by which any trust asset is paid, transferred or applied for any purpose other than a purpose of the trust as stated in subdivision one or subdivision two of section seventy-one, before payment or discharge of all trust claims with respect to the trust, is a diversion of trust assets, whether or not there are trust claims in existence at the time of the transaction, and if the diversion occurs by the voluntary act of the trustee or by his consent such act or consent is a breach of trust. Nothing in this article affects the rights of a holder in due course of a negotiable instrument or of a purchaser in good faith for value and without notice that a transfer to him is a diversion of trust assets.

2. Trust assets shall not be levied upon or subject to a restraining notice issued pursuant to section fifty-two hundred twenty-two of the civil practice law and rules as the individual property of the trustee.

3. In any action or proceeding in which it is sought to apply trust assets for a purpose other than a purpose of the trust as stated in subdivision one or subdivision two of section seventy-one

(a) it shall be the duty of the trustee, if he is a party, to defend the trust against such application, and if he knows of the action or proceeding but is not a party, to make application for intervention therein for the purpose of defending the trust;

(b) any beneficiary of the trust having a trust claim may intervene in the action or proceeding to defend the trust against such application.

§ 73. Affirmative defense in action against transferee of trust assets or to charge trustee in certain cases; "Notice of Lending."

1. In any action against a person to whom trust assets have been transferred, to recover assets diverted from the trust or to recover damages for the diversion, a transferee named in a "Notice of Lending" filed as provided in subdivision three of this section shall be entitled to show by way of defense that the transfer was made as security for or in consideration of or in repayment of advances made to or on behalf of the trustee in accordance with such notice of lending and that prior to the making of such advances the transferee procured from the trustee the written agreement of the trustee that he will receive the advances and will hold the right to receive such advances as trust funds to be first applied to the payment of trust claims as defined in section seventy-one of this chapter, and that he will apply the same to such payments only, before using any part

of such advances for any other purpose. Subject to subdivision four of this section, if such defense is established, the transferee shall be entitled to a credit for the amount of the advances with respect to which it is so established, to the extent that such amount does not exceed the maximum amount specified in the notice of lending filed as provided in subdivision three.

2. In any action in which it is sought to charge a trustee personally with liability by reason of a diversion of trust assets, the trustee shall be entitled to show by way of defense that the transfer constituting the diversion was made to a transferee named in a "Notice of Lending" filed as provided in subdivision three and that the transfer was made as security for or in consideration of or in repayment of advances made to him as trustee or on his behalf as trustee in accordance with such notice of lending, and that such advances were actually applied for a purpose of the trust as stated in subdivision one or subdivision two of section seventy-one of this chapter. Subject to subdivision four of this section, if such defense is established, the trustee shall be entitled to a credit against any personal liability by reason of such transfer, for the amount of the advances with respect to which it is established, to the extent that such amount does not exceed the maximum amount specified in the notice filed as provided in subdivision three.

3. (a) If funds are advanced to or on behalf of a trustee, for the purposes of the trust, either the trustee or the person advancing the funds may file a "Notice of Lending" as provided in this subdivision. In the case of advances to an owner or to a contractor or subcontractor for one or more projects for the improvement of real property including a home improvement, the notice shall be filed in the office of the county clerk of each county where the real property improved or to be improved to which the notice relates is situated. Such clerk shall enter the facts relating to the notice in the "lien docket" or in another book provided by him for such purpose. Each such notice shall be indexed by the name of the trustee to whom or on whose behalf the advances are made. In the case of advances to a contractor or subcontractor for one or more projects involving a public improvement, the notice shall be filed with the head of each department or bureau having charge of construction of an improvement to which the notice relates and with the financial officer of each public corporation or other officer or person charged with the custody and disbursement of the corporate funds applicable to the contract for each such public improvement.

(b) A notice filed pursuant to this section is effective for the purposes of this section with respect to advances made on the day of filing or subsequently, or made not

more than five days before the date of filing. The notice must contain: (1) a statement of the name and address of the person making the advances, (2) a statement of the name and address of the person to whom or on whose behalf they are made, and whether he is owner, contractor or subcontractor, (3) in the case of advances relating to one specific project for the improvement of real property including a home improvement or one specific public improvement, a description, sufficient for identification, of the improvement and of the real property involved for which the advances are made, and in the case of a notice of lending relating to several or undetermined projects for the improvement of real property including a home improvement or for public improvements, a statement of each county wherein the real property is or may be situated, (4) the date of any advance made on or before the date of filing for which the notice is intended to be effective, (5) in the case of a notice of lending relating to several or undetermined projects, the date the notice will terminate, which termination date shall not be more than two years after the date the notice is filed, and (6) the maximum balance of advances outstanding to be permitted by the lender pursuant to the notice. If real property is required to be specifically identified hereunder, the identification shall be sufficient if it includes the name of the record owner and the location of the real estate by street and number and town or city or, if the real estate is in the city of New York, by county, except that if the real estate is in the city of New York or counties of Nassau or Onondaga, where the block system of recording or registering and indexing conveyances is in use, the notice must also specify the block in which the real estate is situated.

(c) A "Notice of Lending" may be continued in effect for advances made beyond the stated termination date by filing within sixty days prior to the termination date a subsequent notice entitled "Second Notice of Lending" or "Third Notice of Lending", which identifies the prior notice to which it relates and otherwise conforms to the requirements of paragraph (b) of subdivision three of this section. The term "Notice of Lending" as used in this section includes any amendments but if any amendment increases the maximum balance of advances outstanding to be permitted by the lender, it is effective as to the increased amount only with respect to advances made not more than five days before the date of filing the amended notice or thereafter.

(d) A "Notice of Assignment" meeting the requirements of subdivision two of section fifteen of this chapter and filed pursuant to subdivision one of said section shall be deemed for all purposes a "Notice of Lending" complying with the requirements of this section.

4. Notwithstanding that the transferee, or the trustee, establishes a defense as provided in subdivision one or subdivision two of this section, he shall be allowed no credit by reason of such defense if it is shown that a written demand by a trust beneficiary for a verified statement of the amount of advances actually made to the trustee was served personally or by registered or certified mail on the transferee, or the trustee as the case may be, and that he failed to comply therewith within ten days after receipt of the demand, provided, that if either the transferee or the trustee complies with a demand so served on him, such compliance shall be sufficient as to the other.

5. Notwithstanding any provision of this chapter or of any other law to the contrary, moneys received pursuant to a notice of lending by an owner, contractor or subcontractor shall be deemed to be trust assets.

§ 74. Authority of trustee in administering trust funds.

1. Subject to subdivisions two and three of this section, the trustee is authorized to determine the order and manner of payment of any trust claims and to apply any trust asset to any purpose of the trust.

2. The authority of the trustee provided in this section shall terminate with respect to any trust assets as to which an order for distribution is made as provided in section seventy-seven and before the making of an order for distribution may be terminated or limited by order of the court pursuant to subdivision three of section seventy-seven.

3. This section does not limit the effect of any proceeding or order therein by which jurisdiction of the trust assets, or any of them, is vested in a court or by which a particular application of any asset or of all trust assets is enforced or directed.

§ 75. Deposit of funds of trust; books or records to be kept.

1. If the trustee deposits trust funds in a bank or other depository they shall be deposited in his name. The trustee shall not be required to keep in separate bank accounts or deposits the funds of the separate trusts of which he may be trustee under this article, provided his books of account shall clearly show the allocation to each trust of the funds deposited in his general or special bank account or accounts.

2. Every trustee shall keep books or records with respect to each trust of which he is trustee and, if funds of separate trusts are deposited in the same bank account,

shall keep a record of such account showing the allocation to each trust of the deposits therein and withdrawals therefrom.

3. The books or records with respect to each trust shall contain the following entries:

A. Trust assets receivable. (1) The name and address of each person from whom the trustee has a right to receive funds constituting assets of the trust, or will have a right to receive such funds upon or in the course of performance of a contract or subcontract or upon some other condition, with a statement sufficient to identify the contract or other transaction by reason of which such moneys will become payable; (2) the amount of each payment or advance from each such person that has become due or earned or otherwise payable; and (3) the date upon which it became due, earned or payable.

B. Trust accounts payable. (1) The name and address of each person to whom the trustee has incurred an obligation constituting a trust claim, whether or not such claim is then due, with a statement sufficient to identify the contract or transaction out of which the trust claim arises; (2) the amount of each trust claim that has become due, earned or otherwise payable; and (3) the date upon which it became due, earned or payable.

C. Trust funds received. (1) The name and address of each person from whom funds constituting trust assets have been received in the form of cash, check or other instrument for the payment of money, bank credit or drawing account, or similar form available for immediate application to trust purposes, including any instrument in form payable to a trust beneficiary and any moneys paid directly to a trust beneficiary on behalf of the trustee, with a description of the form in which the funds were received; (2) the date on which each payment or remittance from such person was received; (3) the amount received on such date; and (4) if such funds are deposited in a bank or other depository, the name and address of such bank or depository.

D. Trust payments made with trust assets. (1) The name and address of each person to whom a payment for the purposes of the trust has been made, with moneys or other assets constituting trust assets, including payments made directly to such person on behalf of the trustee by a person from whom trust assets are receivable; (2) the date when and place where each payment was made; (3) the amount paid on each of such dates and a statement whether the payment was made in cash or by check and the manner of payment if made by some other person on behalf of the trustee; (4) with respect to each such payment a statement of the nature of the trust claim or if the owner is trustee the nature of the expenditure other than

payment of a trust claim, for which the payment is made, sufficient in any case to identify the payment as a payment for a trust purpose and to show whether it is for labor, materials, taxes, insurance, performance under contract or subcontract, interest charges on mortgages, or other particular trust claim or item of cost of improvement; (5) if any such payment was made pursuant to contract between the trustee and the recipient of the payment, the date when such contract was made, whether it was oral or in writing, and the agreed price named therein; (6) if any such payment upon a contract or subcontract relates to a particular item or items of the improvement, or if any such payment for materials or services relates to materials furnished, or services, other than daily or weekly labor, rendered for or upon a particular item or items of the improvement, a description of such item or items; (7) if any such payment was made with funds received under an assignment of funds due or earned or to become due or earned under the contract or subcontract, a statement of the amount of such funds so used together with the name and address of the assignee and the date of the assignment.

E. Transfers in repayment of or to secure advances made pursuant to a "Notice of Lending." If the trustee has assigned, paid or otherwise transferred any trust asset in consideration of or as security for or in repayment of advances applied or to be applied for a purpose or purposes of the trust, (1) the name and address of the person to whom the asset was so transferred; (2) the date of the transfer; (3) a description of the asset transferred; (4) the amount thereof; (5) the amount of the consideration therefor or of the advances secured or repaid thereby; (6) the date or dates when such consideration was paid or such advances were made and the manner in which the payment or advance was made.

4. Failure of the trustee to keep the books or records required by this section shall be presumptive evidence that the trustee has applied or consented to the application of trust funds actually received by him as money or an instrument for the payment of money for purposes other than a purpose of the trust as specified in section seventy-one of this chapter.

§ 76. Right of beneficiaries to examine books or records and make copies, or to receive statement.

1. Any beneficiary of the trust holding a trust claim shall be entitled, upon request, after the expiration of thirty days from the date his trust claim became payable, and thereafter not oftener than once in each month, (a) to examine the books or records of the trustee with respect to

the trust, and to make copies of any part or parts thereof relating to the trust; or (b) at the beneficiary's option to receive a verified statement setting forth the entries with respect to the trust contained in such books or records.

2. Request for such examination and to make such copies, or for such verified statement, shall be made in writing served personally or by registered or certified mail. The request shall contain a statement of the name and address of the beneficiary, a description of the improvement of real property, or home improvement, or the public improvement sufficient to identify it and to identify the trust, and a statement of the nature of the trust claim sufficient to identify it, the amount then due and unpaid, and the due date thereof.

3. Unless otherwise agreed, the examination and copying shall be had within ten days after service of the request, at a place within the county in which the improvement, or home improvement, or public improvement is situated, designated by the trustee within such ten days, and at a time during usual business hours, so designated by the trustee. The examination and copying may be made by the beneficiary or by his agent duly authorized in writing.

4. Within ten days after service of a request for a verified statement, the trustee shall serve upon the beneficiary named in the request a statement, subscribed by the trustee or an officer thereof and verified on his own knowledge, setting forth the entries with respect to the trust contained in the books or records kept by the trustee pursuant to section seventy-five and the names and addresses of the person or persons who, on behalf of or as officer, director or agent of the trustee, made or consented to the making of the payments shown in such statement.

5. A trustee to whom a request is made for examination of books or records and for copying therefrom or for a verified statement of entries in books or records may apply to any court having jurisdiction of an action to enforce the trust, to vacate such request on the ground that the person making the request is not entitled to such examination and copying or to receive such verified statement. If a trustee on whom a request for examination and copying or for a verified statement is served as provided in this section shall refuse to comply therewith or shall fail to comply therewith within ten days, or shall apply to the court for an order to vacate the request, the beneficiary may apply to such court for an order directing that the trustee comply with the request. Such application may be made in either case on three days' notice and may be determined summarily upon affidavits of the parties.

6. This section does not limit the power of the court in an action pursuant to section seventy-seven of this chapter or in any other action or proceeding affecting trust as-

sets or involving trust claims or the administration of the trust, to give directions with respect to production or examination of any books or records of the trustee.

§ 77. Action to enforce trust.

1. A trust arising under this article may be enforced by the holder of any trust claim, including any person subrogated to the right of a beneficiary of the trust holding a trust claim, in a representative action brought for the benefit of all beneficiaries of the trust. An action to enforce the trust may also be maintained by the trustee. In any such action, except as otherwise provided in this article, the practice, pleadings, forms and procedure shall conform as nearly as may be to the practice, pleadings, forms and procedure in a class action as provided in article nine of the civil practice law and rules; provided, however, that in determining whether the prerequisites of a class action have been satisfied, the provisions of paragraph one of subdivision (a) of section nine hundred one of such law and rules may be waived at the discretion of the court.

2. Such action may be maintained at any time during the improvement of real property, or home improvement, or public improvement and successive actions may be maintained from time to time during the improvement provided no other such action is pending at the time of the commencement thereof. No such action shall be maintainable if commenced more than one year after the completion of such improvement or, in the case of subcontractors or materialmen, after the expiration of one year from the date on which final payment under the claimant's contract became due, whichever is later, except an action by the trustee for final settlement of his accounts and for his discharge.

3. (a) The relief granted in any such action may include any or all of the following:

(i) Relief to compel an interim or final accounting by the trustee; to identify and recover trust assets in the hands of any person together with interest accrued thereon from the time of the diversion. Interest shall be computed at the rate equal to the underpayment rate set by the commissioner of taxation and finance pursuant to subsection (e) of section one thousand ninety-six of the tax law, minus four percentage points; to set aside as a diversion any unauthorized payment, assignment or other transfer, whether voluntary or involuntary; to enjoin a diversion; to recover damages for breach of trust or participation therein;

(ii) Enforcement on behalf of the trust of any right of action constituting a trust asset;

(iii) Determination of the existence and amount of any trust asset or of any trust claim;

(iv) An order terminating or limiting the authority of the trustee in the application of trust assets or of any trust asset, or directing the time and manner of application of a trust asset or part thereof;

(v) An order requiring the trustee to give security to ensure the proper distribution of the trust assets, either during the pendency of the action or thereafter, or to furnish assurance therefor in any other manner, if it appears that there is danger that such assets or asset will be dissipated before judgment or diverted from trust purposes;

(vi) An order for distribution of any trust assets available for distribution, either with respect to the entire trust or with respect to particular assets of the trust, or for retention of particular assets for future distribution. Where the holder of any trust assets is a trustee or a transferee who received the assets with the knowledge that they were trust funds, an order for distribution and retention for future distribution of any trust assets shall include the amount of diverted funds plus interest from the time of the diversion to the date of such order;

(vii) Settlement of the interim or final account of the trustee;

(viii) Final discharge of the trustee at the termination of the trust, or discharge of the trustee with respect to the application of specific trust assets;

(ix) Such other and further relief as to the court may seem necessary and proper;

(x) Any provisional or ancillary relief incident to any of such relief.

(b) Any relief pursuant to subparagraphs (i), (ii), (iii), (iv), (v), (ix), or (x) of paragraph (a) shall be deemed to be for the benefit of the entire class of trust beneficiaries, including persons who may become trust beneficiaries at any time before the termination of the trust. Except as provided in subdivision four of this section, relief pursuant to subparagraph (vi) shall also be deemed to be for the benefit of such entire class, but unless the court shall otherwise direct, only those persons shall be entitled to share in any distribution of the trust assets who are trust beneficiaries at the time of entry of the judgment under which distribution is to be made and who have appeared in the action or filed their claims in such manner and within such time as the court shall direct, and whose claims are due and payable at the date for distribution as set by the order of the court and either are undisputed by the trustee or have been determined in the action.

4. If an action to enforce a trust of which the owner is trustee is commenced before the completion or abandon-

ment of the improvement of real property, or home improvement, or if an action to enforce a trust of which a contractor or subcontractor is trustee is commenced before the completion or abandonment of the performance by the trustee under the contract or subcontract, the judgment therein may provide for distribution of the assets then available for distribution among trust beneficiaries whose claims are then payable, and who have appeared in the action or who file their claims within such time as the court shall direct, and the judgment shall so provide unless the court shall determine that in the circumstances equity requires that distribution be deferred to await maturity of other trust claims.

5. If the action to enforce a trust of which a contractor or subcontractor is trustee is brought after the completion or abandonment of the performance of the contract or subcontract but before the completion of the improvement the court may direct that the action be continued to await events by reason of which additional trust assets may become available.

6. For the purposes of any distribution of trust assets, the court may direct that trust claims shown upon a schedule or schedules filed by the trustee shall be deemed to have been filed in the action.

7. An action brought under this article shall not be compromised or discontinued nor dismissed by consent, by default or for failure to prosecute, except with the approval of the court. On any application for such approval notice shall be given in such manner as the court shall direct.

8. Subject to subdivisions three and four of this section, in any distribution of trust assets pursuant to order or judgment in an action to enforce a trust, the following classes of trust claims shall have preference, in the order named: (a) trust claims for taxes and for unemployment insurance and other contributions, due by reason of employments, and for amounts of taxes withheld or required to be withheld; (b) trust claims of laborers for daily or weekly wages; (c) trust claims for benefits and wage supplements; (d) claims for any amounts of wages of laborers for daily or weekly wages (other than claims for amounts of taxes deducted and withheld, constituting trust claims for such amounts) actually deducted from payments thereof, pursuant to law or agreement, for remittance to any person on behalf of the laborer or in satisfaction of his obligation, to the extent that such person is entitled to assert, as a trust claim, the claim the laborer would otherwise have for such amount. Except as provided in this subdivision, trust claims entitled to share in any distribution of trust assets pursuant to order of the court shall share pro rata.

§ 78. Relief after judgment on obligation constituting trust claim.

If a trust beneficiary shall recover judgment against the trustee upon the obligation constituting the trust claim: (except in the enforcement of a lien as provided in articles two and three of this chapter)

(a) execution upon the judgment shall not be levied upon any trust asset;

(b) to the extent of trust assets affected by proceedings to enforce the judgment, the proceedings shall be deemed to be for the benefit of all trust beneficiaries who would, at the time the proceeding is instituted, be entitled to maintain an action to enforce the trust, and the provisions of section seventy-seven of this chapter shall apply in any such proceedings.

§ 79. Liens not affected.

Nothing in this article shall prevent the enforcement of any lien as provided in articles two and three of this chapter and neither such lien nor any satisfaction obtained thereby, shall be deemed a diversion of trust assets or an unauthorized preference. For the purposes of determining the share of any trust beneficiary upon any distribution in an action to enforce the trust, the trust claim of a trust beneficiary shall not be reduced by reason of any lien to which he is entitled or by reason of any rights under any bond to which he is entitled by reason of his lien.

§ 79-a. Misappropriation of funds of trust.

1. Any trustee of a trust arising under this article, and any officer, director or agent of such trustee, who applies or consents to the application of trust funds received by the trustee as money or an instrument for the payment of money for any purpose other than the trust purposes of that trust, as defined in section seventy-one, is guilty of larceny and punishable as provided in the penal law if

(a) such funds were received by the trustee as owner, as the term "owner" is used in article three-a of this chapter, and they were so applied prior to the payment of all trust claims as defined in such article three-a, arising at any time; or

(b) such funds were received by the trustee as contractor or subcontractor, as such terms are used in article three-a of this chapter, and the trustee fails to pay, within thirty-one days of the time it is due, any trust claim arising at any time; provided, however, that if the trustee who received such funds as contractor or sub-contractor disputes in good faith the existence, validity or amount of a

trust claim or disputes that it is due, the application of trust funds for a purpose other than a trust purpose, or the consent to such application, shall not be deemed larceny by reason of failure to pay the disputed claim within thirty-one days of the date when it is due if the trustee pays such claim within thirty-one days after the final determination of such dispute.

2. Notwithstanding subdivision one of this section, if the application of trust funds for a purpose other than the trust purposes of the trust is a repayment to another person of advances made by such other person to the trustee or on his behalf as trustee and the advances so repaid were actually applied for the purposes of the trust as stated in section seventy-one, or if the trustee has made advances of his personal funds for trust purposes and the amount of trust funds applied for a purpose other than the trust purposes of the trust does not exceed the amount of advances of personal funds of the trustee actually applied for the purposes of the trust, such application or consent thereto

shall be deemed justifiable and the trustee, or officer, director or agent of the trustee, shall not be deemed guilty of larceny by reason of such application or by reason of his consent thereto.

3. Failure of the trustee to keep the books or records required by section seventy-five shall be presumptive evidence that the trustee has applied or consented to the application of trust funds received by him as money or an instrument for the payment of money for purposes other than a purpose of the trust as stated in section seventy-one.

4. Notwithstanding any other provision of law, no act of the trustee in relation to the assets of the trust shall, by reason of any express covenant as provided in section thirteen or section twenty-five of this chapter, be deemed larceny in a case in which it is not declared by subdivision one of this section to be larceny or in a case in which the act is deemed justifiable as provided in subdivision two of this section.

Trust per la liquidazione di una società: aspetti tributari

di **Giuseppe Gallizia**

A seguito delle modifiche apportate al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 349 dalla L. 23 gennaio 2006, n. 28 pare corretto assoggettare i trust, in via generale, all'imposta sugli atti gratuiti, così come affermato dall'Agenzia delle Entrate con la Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008. Tuttavia, tale imposta dovrebbe essere applicata non sul valore lordo del trasferimento, bensì sul valore al netto degli oneri da cui il trasferimento stesso è gravato.

La fattispecie in esame non è nuova alla prassi italiana: una società di capitali in liquidazione decide l'istituzione di un trust per dare esecuzione alle operazioni liquidatorie; al trustee vengono trasferiti tutti i beni mobili e immobili costituenti il patrimonio sociale.

Richiesto di redigere l'atto di trasferimento al trustee di tutti i beni immobili della società in liquidazione, ho proposto, quanto al profilo tributario, la seguente clausola.

“Agli effetti della registrazione del presente atto le parti dichiarano:

– che il presente trasferimento in quanto privo di corrispettivo monetario e quindi a titolo gratuito è soggetto alla disciplina del decreto legislativo 346/90 nonché al decreto legislativo 347/90 quanto alla trascrizione e voltura dei diritti immobiliari.

A tal fine si precisa che il presente trasferimento, essendo effettuato a titolo di trust, al solo fine di consentire al trustee la liquidazione dei beni sociali e il pagamento dei creditori, non comporta alcun arricchimento in capo al trustee stesso. Trattasi quindi di un trasferimento a titolo gratuito di un diritto con valore giuridico pari a zero in quanto i beni trasferiti al trustee sono gravati dell'onere della liquidazione, onere che ha lo stesso valore economico di quanto trasferito; trova quindi ap-

plicazione l'articolo 56 primo comma del decreto legislativo 346/90 in forza del quale l'imposta è applicata al valore dei beni trasferiti al netto degli oneri da cui è gravato il trasferitario.

Dato atto che il valore dei diritti trasferiti con il presente atto è pari ad Euro 1.090.000,00 (unmilione novantamila virgola zero zero) si chiede che l'imposta venga applicata nel seguente modo.

- Imposta sul trasferimento gratuito: 8% (otto per cento) di Euro 0 (zero) ossia 1.090.000,00 (unmilione novantamila virgola zero zero) al netto dell'onere di Euro 1.090.000,00 (unmilione novantamila virgola zero zero);
- imposta ipotecaria 2% (due per cento) su Euro 1.090.000,00 (unmilione novantamila virgola zero zero);
- imposta catastale 1% (uno per cento) su Euro 1.090.000,00 (unmilione novantamila virgola zero zero)”.

L'atto in questione è stato infine registrato secondo quanto previsto nella suddetta clausola, ossia imposta di registro in misura fissa, imposta ipotecaria e catastale nella misura complessiva del 3% (tre per cento).

■ I precedenti

La medesima fattispecie è stata oggetto di due pronunce della Commissione Tributaria Provinciale di Lodi del 12 gennaio 2009(1) e della Commissione Tributaria Provinciale di Firenze del 12 febbraio 2009(2), le quali, concordemente, hanno ritenuto, diversamente dalle rispettive Agenzie delle Entrate, che il trust con finalità liquidatoria non fosse soggetto all'imposta sugli “atti gratuiti” di cui alla legge 23 gennaio 2006, n. 28 e D. Lgs. 31 ottobre 1990, n.

Giuseppe Gallizia – Notaio in Sant'Angelo Lodigiano.

Note:

(1) In questa Rivista, 2009, 296.

(2) In questa Rivista, 2009, 425.

346, bensì all'imposta di registro in misura fissa, sulla base della considerazione che si tratterebbe di trust commerciali e non liberali.

■ Critica

È senz'altro vero e condivisibile che il trust commerciale sia cosa diversa dal trust liberale e che quindi i relativi trasferimenti di beni al trustee abbiano funzioni diverse; questa differenza, tuttavia, non sembra recepita dalle attuali norme in materia di imposte indirette, anche se in un recente passato le cose non stavano così.

Infatti, nella vigenza del testo originario del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 che sottoponeva a tassazione le successioni, le donazioni e le altre liberalità tra vivi, era, a mio giudizio, corretto discernere fra trust liberali e non e quindi ritenere i primi (e soltanto i primi) sottoposti all'imposta sulle donazioni.

Tutti gli altri trust erano ricompresi nell'area residuale dell'art. 9 della Tariffa, parte prima, della legge di registro (D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131) con l'aliquota del 3% riservata agli "Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale".

In tale contesto, quindi, il trust con finalità liquidatoria era da assoggettarsi all'imposta di registro ma non in misura fissa, in quanto sembra francamente forzato qualificare il trasferimento di beni al trustee come atto privo di contenuto patrimoniale.

Oggi, tuttavia, il D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, riesumato con modifiche dalla legge 23 gennaio 2006, n. 28, concerne, oltre alle successioni e alle donazioni, anche gli atti gratuiti e i vincoli di destinazione; questa innovazione ha cambiato le cose in modo sostanziale. Infatti, anche senza scomodare la categoria dei vincoli di destinazione, il trasferimento di beni ad un trustee ben difficilmente potrà essere qualificato in modo diverso da un atto gratuito.

Ne deriva che gli atti di dotazione di trust sono oggi in via generale assoggettati all'imposta sugli atti gratuiti ed alle relative regole: la prima delle quali, ai nostri fini, è che detta imposta ha come base imponibile non tanto il valore lordo del trasferimento quanto il valore netto, ossia il cosiddetto arricchimento.

In base all'articolo 56 D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (che non ha subito modificazioni all'atto della riesumazione normativa) l'imposta si applica sul valore dei beni trasferiti "al netto degli oneri da cui è gravato" il beneficiario/trustee. Ciò significa che il trust avrà sempre base imponibile pari a 0 (zero) es-

sendo escluso ontologicamente qualunque arricchimento in capo al trustee.

La medesima norma (articolo 56 D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346) fa salva l'ipotesi (articolo 58, primo comma) di onere a favore di persone determinate che è considerato donazione a favore di queste ultime. Ne segue che un trust a favore di beneficiario determinato (*vested*) sarà tassato come liberalità a favore di quest'ultimo, a nulla rilevando la posizione del trustee.

Da notare che alle medesime conclusioni è pervenuta, seppur per altra via, la stessa Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 3/E del 2008(3), nella quale appunto si parla di imposizione in capo al soggetto beneficiario che sia determinato.

L'imposta di registro, che, come noto, tassa i beni trasferiti al lordo dei pesi ed oneri, si trova in un altro spazio.

Questa impostazione è forse criticabile in punto di rispetto della capacità contributiva, ma è l'unica possibile in base alle vigenti norme.

Non sono, quindi, d'accordo con quanto affermato nelle decisioni delle Commissioni Tributarie sopra citate e conseguentemente non posso che condividere la posizione assunta dalla Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008 laddove assoggetta i trust in via generale alla imposta sugli atti gratuiti.

Non sono, invece, d'accordo sull'applicazione che di detta Circolare hanno fatto le diverse Agenzie delle Entrate che se ne sono dovute occupare: l'imposta va applicata sul valore netto (zero per definizione) e non sul valore lordo.

Con tutta probabilità il quadro emergente da questa situazione non brilla per equità fiscale: è vero, infatti, che il trustee non si arricchisce mai, ma non mi pare (fiscalmente) corretto sezionare il trust nei singoli segmenti che lo compongono; la tassazione dovrebbe riguardare l'intera l'operazione economica che il trust realizza, soltanto così sarà possibile discernere equamente fra trust liberali e trust commerciali o aventi altra funzione.

È questa la ragione per cui ritengo importante che alla tassazione venga portato il trust nella sua interezza, atto istitutivo e trasferimento al trustee, e, quando i due momenti sono necessariamente differiti, che al trasferimento sia allegato l'atto istitutivo.

Nota:

(3) In questa Rivista, 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta dei trust, ivi, 121.

L'Agenzia delle Entrate applica l'imposta fissa di registro sull'apporto di beni in trust

di **Andrea Ganelli**

L'Agenzia delle Entrate di Torino aderisce alla tesi della dottrina prevalente ed applica l'imposta fissa sull'apporto di beni al trust; non hanno così trovato applicazione le indicazioni delle Circolari della Direzione Centrale, bensì la giusta interpretazione secondo cui l'imposta di donazione andrà applicata allorquando si verificherà l'arricchimento del beneficiario.

La tassazione degli atti di apporto di beni al trust è da sempre uno dei temi più controversi che, negli ultimi anni, ha appassionato e diviso gli Autori ed ha fatto emergere posizioni differenti tra l'Agenzia delle Entrate e la Dottrina.

L'Amministrazione Finanziaria, infatti, ha più volte affermato (Circolari n. 48/E del 6 agosto 2007, n. 3/E del 22 gennaio 2008 e n. 28/E del 27 marzo 2008(1)) che l'apporto dei beni debba scontare l'imposta di donazione, con aliquote, franchigie, agevolazioni ed esenzioni da stabilire in relazione al rapporto soggettivo tra colui che apporta i beni e coloro che sono indicati come beneficiari finali del fondo in trust.

Un'interpretazione di tal genere, però, pare contrastare con la *ratio* stessa dell'imposta di donazione che – come è ben noto e da tutti condiviso – non può considerarsi tesa a colpire il depauperamento del donante, bensì l'arricchimento del donatario. Del resto l'art. 49 comma 2 del D. L. 3 ottobre 2006, n. 242, reintroducendo l'imposta di donazione, fa riferimento al “valore dei beni o diritti attribuiti” stabilendo poi aliquote differenziate a seconda del soggetto “a favore” del quale detti beni o diritti sono attribuiti.

È chiaro, quindi, che la stessa norma di legge presuppone, perché si abbia l'imposizione fiscale, che intervenga un'attribuzione patrimoniale a favore di un determinato soggetto, dando luogo ad un arricchimento a favore di quest'ultimo.

Se così è, non pare accettabile che l'imposizione fiscale avvenga in sede di apporto dei beni in trust (allorquando si ha solo il depauperamento del disponente e nessun arricchimento per il beneficiario finale), ma il momento impositivo deve essere quello in cui il beneficiario finale del fondo lo riceve (se lo riceve); solo allora, infatti, ci sarà l'arricchimento, sarà possibile quantificarlo e, quindi, pagare l'imposta in ragione dell'arricchimento effettivamente avuto (con questo, peraltro, rispettando il dettato costituzionale di cui all'art. 53 sulla tassazione rapportata alla capacità contributiva).

Sono queste le considerazioni fatte anche dalla Commissione tributaria provinciale di Firenze (sez. VIII, 12 febbraio 2009, n. 30(2)) che, accogliendo il ricorso del notaio rogante, ha stabilito che l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa per l'atto di apporto di beni al trust, affermando altresì che le Circolari, come anche affermato dalla Corte di Cassazione (Sezioni Unite, 2 novembre 2007, n. 23031(3)), “sono meri pareri di parte”.

Facendo tesoro di quanto sopra, con atto a rogito di chi scrive, in data 11 gennaio 2010 è stato istituito un trust, avente come legge regolatrice la Legge di Jersey, Isole del Canale, con il quale i disponenti hanno apportato una cospicua somma di denaro stabilendo che il trustee (nella specie struttu-

Andrea Ganelli – Notaio in Torino.

L'atto istitutivo del trust, oggetto delle presenti note, può leggersi *infra*, 560.

Note:

(1) Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, *ivi*, 497; Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, *ivi*, 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta dei trust, *ivi*, 121; Circolare n. 28/E del 27 marzo 2008, *ivi*, 2008, 340.

(2) In questa Rivista, 2009, 425.

(3) Riv. notariato, 2008, 438.

rato in modo pluripersonale e collegiale) debba conservarla, investirla e gestirla al fine di assicurare agli stessi disponenti ed al loro figlio “debole” (tutti e tre definiti nell’atto quali soggetti da assistere) il tenore di vita attuale, l’assistenza personale e sanitaria che, nel corso della loro esistenza, si rivelasse necessaria.

Alla scadenza del termine di durata del trust, il beneficiario del fondo sarà l’altra figlia dei disponenti ovvero, in caso di sua premorienza, i di lei eredi.

Si è trattato, con tutta evidenza, di un tipico caso di trust a favore di soggetto debole, nel quale la meritoria finalità perseguita avrebbe potuto essere frustrata, in concreto, dall’onere fiscale che, stante quanto erroneamente sostenuto dall’Agenzia delle Entrate, avrebbe potuto gravare sull’atto di apporto dei beni al trust. Difatti, applicando la tesi dell’Amministrazione finanziaria, stante anche il fatto che tra disponenti e beneficiaria del fondo era già stata in

passato erosa la franchigia di un milione di euro, l’atto avrebbe dovuto scontare l’imposta del 4%.

Anche in considerazione della consistenza della somma (5 milioni di euro), ma soprattutto in ragione delle evidenti possibili conseguenze future sulla validità dell’apporto (nullo per vizio di forma *ex art. 782 cod. civ.?*) i disponenti non hanno voluto procedere all’apporto con successiva operazione bancaria, ma hanno comunque voluto che lo stesso apporto venisse fatto nell’atto pubblico, rogato alla presenza dei testimoni.

L’atto è stato redatto richiamando espressamente la natura dell’imposta di donazione nonché la sentenza, sopra citata, della Commissione tributaria provinciale di Firenze e ciò ha trovato accoglimento da parte dell’Ufficio 1 di Torino dell’Agenzia delle Entrate, cosicché l’atto è stato registrato con l’applicazione dell’imposta fissa di registro, senza che, nei termini di legge, sia stata richiesta alcuna integrazione di imposta.

Italia

Atto istitutivo di trust con finalità assistenziali

■ Atto notarile

REPUBBLICA ITALIANA

ATTO DI COSTITUZIONE DEL "TRUST ..." E APPORTO DI BENI AL TRUST

Il giorno undici gennaio duemiladieci.
(11-01-2010)

In Torino, nel mio studio al piano primo della casa di corso Re Umberto n. 8.

Avanti me dottor ANDREA GANELLI

Notaio in Torino, iscritto presso il Collegio Notarile dei Distretti Riuniti di Torino e Pinerolo, alla presenza delle signore:

= L. L., nata a ... il ..., residente in ..., via ..., impiegata;

= A. M. C., nata a ... il ..., residente in ..., via ..., impiegata;

testimoni idonei a me notaio cogniti ed aventi i requisiti di legge;

sono personalmente comparsi i signori:

= ... Dario, nato a ... il ..., residente a ...

il quale dichiara di essere coniugato in regime di separazione dei beni e di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

= ... Anna in ..., nata a ... il ..., residente a ...

la quale dichiara di essere coniugata in regime di separazione dei beni e di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

in seguito indicati entrambi, individualmente o congiuntamente, come "Disponenti";

= ... dott. Francesco, nato a ... residente in ...

il quale dichiara di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

= ... dott. ing. Oreste, nato a ...

il quale dichiara di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

di seguito indicati congiuntamente come "Trustee"

oppure separatamente come "ciascuno dei Trustees" oppure "un Trustees"

= ... dott. Andrea, nato a ...

il quale dichiara di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

= ... dott.ssa Rossella, nata a ...

la quale dichiara di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

= ... dott.ssa Maria, nata a ...

la quale dichiara di avere il seguente numero di codice fiscale: ...

di seguito indicati come

"Guardiani" o "Guardiano"

oppure separatamente come "ciascuno dei Guardiani" oppure "unico dei Guardiani"

della cui identità personale e poteri io Notaio sono certo, i quali con il presente atto

PREMESSO CHE

– i Disponenti mi dichiarano che, al fine di assicurare ad essi Disponenti ed al figlio signor ... Gino, nato a ... il ... (questi tre soggetti saranno d'ora innanzi denominati "Soggetti da Assistere"), il diritto di abitare loro vita naturale durante la casa familiare e la disponibilità di adeguate risorse finanziarie per garantire il loro mantenimento, l'attuale tenore di vita, la loro cura ed assistenza, personale e, se del caso, medica, intendono costituire in Italia un "Trust" al cui riconoscimento si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 ratificata dalla Repubblica Italiana con Legge 16 ottobre 1989, n. 364 entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggior favore;

TUTTO CIÒ PREMESSO

e confermato quale parte integrante e sostanziale del presente atto, in presenza delle testimoni

CONVENGONO E STIPULANO QUANTO SEGUE:

L'atto istitutivo del trust è commentato da A. Ganelli, L'Agenzia delle Entrate applica l'imposta fissa di registro sull'apporto di beni in trust, *supra*, 558.

IN PRIMO LUOGO PARTE I

Art. 1 - "Trust". Denominazione, irrevocabilità.

A. Il termine "Trust" individua il trust regolamentato da questo atto.

B. Il Trust è individuato per mezzo della denominazione "TRUST ...".

C. Questo atto di istituzione del Trust è irrevocabile.

Art. 2 - Finalità del Trust

A. Il Trust viene istituito affinché i Soggetti da Assistere possano essere assistiti come si conviene da apposito personale e forniti di tutti i mezzi, che siano necessari per poter vivere con un tenore di vita equivalente a quello sino ad ora goduto, nonché, previa stipula del contratto d'affitto di cui all'art. 32, continuare ad abitare vita natural durante nella casa di ...

B. In nessun caso i Soggetti da Assistere potranno soggiornare in istituti di assistenza, comunque denominati.

C. Il diritto dei Soggetti da Assistere decorrerà:

c.1 - a favore di Dario ...:

a) - dalla richiesta inoltrata al Trustee da Dario ...;

b) - ovvero, ove lo stesso abbia un'invalidità dichiarata da tre medici tale da non consentirgli di provvedere direttamente ai propri bisogni, dalla richiesta inoltrata al Trustee da Anna ...;

c) - ovvero, ove la stessa Anna ... venga a mancare oppure abbia una invalidità dichiarata da tre medici tale da non consentirle di provvedere direttamente ai propri bisogni, dalla richiesta inoltrata al Trustee dai figli dei Disponenti signori Rossella ... e Gino ..., o dal figlio rimasto in vita o da quello non invalido ai sensi della successiva lettera d);

d) - ovvero, ove gli stessi Gino ... e Rossella ... vengano entrambi a mancare, oppure abbiano una invalidità dichiarata da tre medici, tale da non consentir loro di provvedere direttamente ai propri bisogni, a richiesta del Guardiano;

c.2 - a favore di Anna ...:

a) - dalla richiesta inoltrata al Trustee da Anna ...;

b) - ovvero, ove la stessa abbia una invalidità dichiarata da tre medici tale da non consentirle di provvedere direttamente ai propri bisogni, dalla richiesta inoltrata al Trustee da Dario ...;

c) - ovvero, ove lo stesso venga a mancare, oppure abbia una invalidità dichiarata da tre medici tale da non consentirgli di provvedere direttamente ai propri bisogni, dalla richiesta inoltrata al Trustee dai figli dei Disponenti Gino ... e Rossella ..., o dal figlio rimasto in vita, o da quello non invalido ai sensi della successiva lettera d);

d) - ovvero, ove gli stessi Gino ... e Rossella ... ven-

gano entrambi a mancare, oppure abbiano entrambi una invalidità dichiarata da tre medici, tale da non consentire di provvedere direttamente ai propri bisogni, a richiesta del Guardiano;

c.3 - a favore di Gino ...:

a) - dalla richiesta inoltrata al Trustee da parte di entrambi i Disponenti ovvero da quello dei Disponenti rimasto in vita;

b) - ovvero automaticamente dal momento in cui sia il superstite dei Disponenti, che i figli Gino ... e Rossella ..., abbiano una invalidità, dichiarata da tre medici, tale da non consentire loro di provvedere direttamente ai propri bisogni; ovvero, sempre automaticamente, se nessuno dei Disponenti sia rimasto in vita ed anche la signora ... Rossella sia deceduta;

c) - ovvero, dopo la morte dei Disponenti, oppure in caso di loro invalidità dichiarata da tre medici tale da non consentire loro di provvedere direttamente ai bisogni propri, anche su richiesta loro inoltrata da Gino ... o Rossella ...

In caso di necessità, i medici saranno designati dal Guardiano, il quale li sceglierà tra i medici iscritti ad un albo dei medici italiani.

Art. 3 - Il "Trustee"

A. "Primo Trustee" del Trust sono i signori Francesco ... e Oreste ..., che, qui comparsi, accettano l'incarico e tutti gli obblighi da esso derivanti in ragione del presente atto di Trust e di quanto previsto dalla Legge Regolatrice.

B. L'ufficio di Trustee deve essere ricoperto da due trustees.

C. Il termine "Trustee" individua il Primo Trustee e chi riveste l'ufficio di trustee dopo il Primo Trustee; in caso di più persone "un Trustee" indica ciascuna di esse.

Art. 4 - La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data di sottoscrizione del presente atto;

2. e il cui termine finale è sei mesi dopo la data della morte dell'ultimo tra i Soggetti da Assistere rimasto in vita.

Art. 5 - Il "Fondo in trust"; i "Beni in trust"

A. Per "Fondo in trust" si intendono:

1. i beni e i diritti trasferiti al Trustee quale trustee del Trust;

2. ogni reddito del Fondo che il Trustee vi accumuli;

3. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione di quanto sopra.

B. Per "Beni in trust" si intendono:

1. ogni bene e diritto incluso nel Fondo in trust;

2. i frutti e le utilità da esso derivati.

C. Il Trustee può accettare incrementi del Fondo in trust da chiunque.

D. Il Fondo in trust e i Beni in trust sono separati dal patrimonio proprio del Trustee, non sono aggredibili dai suoi creditori personali e, qualora un 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.

Art. 6 - Il "Guardiano"

6.1 - La nomina e la revoca del "Guardiano", che può essere costituito da un minimo di due ad un massimo di tre persone, è riservata "ad libitum" ai Disponenti, sin quando l'ultimo di essi sia in vita e sia in grado di attendere al proprio incarico.

La nomina dovrà essere congiunta se entrambi i Disponenti saranno in vita e in grado di attendere al loro incarico.

Essi potranno anche nominare i guardiani che succederanno al Guardiano in carica.

6.2 - Dopo la morte dell'ultimo dei Disponenti o in caso di invalidità tale da non consentirgli di attendere al proprio incarico, dichiarata da tre medici, la successione del Guardiano avverrà ai sensi dell'articolo 6.8.

6.3 - I guardiani dovranno agire congiuntamente nel rispetto di quanto previsto nell'art. 6.5; ove rimanga un solo guardiano, e non sia stato nominato un sostituto, il guardiano rimasto eserciterà le funzioni da solo, in attesa della nomina del sostituto, da effettuarsi comunque al più presto.

6.4 - Ai guardiani sarà riconosciuto, a carico del Trust, un compenso per la loro attività proporzionato alla qualità e quantità del lavoro svolto, avendo come parametro di riferimento il tempo impiegato per lo svolgimento dell'incarico e la sua qualifica professionale.

Le spese sostenute dal Guardiano per l'adempimento delle sue funzioni sono a carico del Trust.

Il compenso del Guardiano, nonché il modo ed il tempo della sua corresponsione, è determinato con atto separato dai Disponenti; in mancanza, dal Presidente del Consiglio Notarile di Cuneo, avendo come parametro, come sopra detto, il tempo impiegato per espletare l'incarico e la sua qualifica professionale.

6.5 - Nell'ufficio del Guardiano composto da più persone:

i. ogni facoltà, diritto e potere spettanti al Guardiano sono esercitati a maggioranza salvo quanto eventualmente e diversamente disposto nel presente atto e qualsiasi componente l'ufficio ha diritto di fare constare per iscritto il proprio dissenso;

ii. il compimento di specifiche attività può essere delegato a un componente l'ufficio;

iii. delle sedute dei componenti l'ufficio viene sempre redatto un sommario verbale seduta stante, su un libro custodito dal componente più anziano e trasmesso al successore.

6.6 - Le dimissioni di ciascuno dei componenti l'ufficio del Guardiano hanno effetto trenta giorni dopo che ne abbia dato comunicazione scritta a ciascuno dei Trustees e ai Disponenti e agli altri componenti l'ufficio del Guardiano.

Ciascuno dei Guardiani permane nell'ufficio fino alla nomina del successore.

6.7 - Ciascuno dei Guardiani rimane nell'ufficio fino alla propria morte, sopravvenuta incapacità, revoca o dimissioni.

6.8 - I componenti l'ufficio del Guardiano, agendo all'unanimità, quando si saranno verificate le condizioni di cui all'art. 6.2:

i. fermo il limite numerico di cui all'art. 6.1 possono cooptare altre persone senza limite di numero;

ii. possono nominare il successore del componente che venga a mancare per revoca, dimissioni, morte o incapacità.

6.9 - Qualora nell'ufficio del Guardiano vi sia solo un guardiano a causa di dimissioni, revoca o morte o sopravvenuta incapacità dell'altro o degli altri, il guardiano singolo potrà nominare il successore del componente o dei componenti che siano venuti a mancare, sempre che si siano verificate le condizioni di cui all'art. 6.2.

6.10 - Il Guardiano deve dare immediata comunicazione ai Trustees di ciascuna nomina e cooptazione.

6.11 - Qualora un guardiano venga a mancare per revoca, dimissioni, morte o incapacità, senza un successore e alla sua nomina non provvedano i Disponenti o i guardiani ai sensi del presente atto di Trust, alla nomina provvederà il Presidente del Consiglio Notarile di Cuneo, su richiesta di qualunque interessato e anche d'ufficio.

PARTE II

La destinazione del Fondo in trust

Art. 7 - I "Beneficiari"

A. Il termine "Beneficiari" indica:

1. Rossella ... al termine della Durata del Trust;
2. in sua mancanza i suoi eredi.

Art. 8 - Impiego del Fondo in trust e del reddito

Nel corso della Durata del Trust, il Trustee deve entro 30 (trenta) giorni dalla data di stipula del presente atto istitutivo del Trust:

8.1.1 - aprire un conto corrente bancario presso le seguenti banche "Unicredit Banca S.p.A." e "UBS S.p.a.",

presso filiale a scelta del Trustee, purché in Piemonte o Lombardia, sul quale versare le somme di denaro apportate al Trust dai Disponenti o da altri soggetti, nonché un conto titoli, presso le medesime banche, nel quale depositare i titoli apportati al Trust dai disponenti o da altri soggetti, nonché acquistati dal Trustee con i fondi del Trust.

Ciascun conto corrente del Trust, a prescindere dal momento in cui esso verrà aperto, dovrà sempre prevedere, senza possibilità di modifica, le seguenti disposizioni relative alle modalità di prelievo, di controllo e di chiusura del conto;

8.1.2 – sino a che il diritto di almeno uno dei Soggetti da Assistere non avrà iniziato a decorrere ai sensi dell'art. 2.c, le disposizioni sul conto, sia a mezzo assegno che bonifico, avverranno, salvo quanto previsto nell'art. 8.1.4. e 8.1.7., con firma congiunta dei Trustees per importi pari o inferiori a 1.500,00 (millecinquecento virgola zero zero) euro ciascuno, con limite massimo di 5.000,00 (cinquemila virgola zero zero) euro al mese e di uno dei Guardiani, in aggiunta alle firme dei due Trustees, per importi superiori, fermo il limite massimo di prelievo mensile di 5.000,00 euro. Resta chiarito che, in linea di principio, durante questo periodo i prelievi previsti riguarderanno le seguenti spese:

a) - pagamento dei compensi del Trustee e del Guardiano;

b) - pagamento dell'onorario del consulente che verrà incaricato per la tenuta della contabilità e degli adempimenti fiscali, nonché di eventuali imposte, tasse e commissioni e spese bancarie;

8.1.3. - dopo che l'obbligo del Trustee di cui al precedente articolo 2.c avrà iniziato a decorrere, le disposizioni sul conto, sia a mezzo assegno che bonifico, avverranno, salvo quanto previsto nell'art. 8.1.4 e 8.1.7, con firma congiunta di due Trustees, per importi pari o inferiori a Euro 5.000,00 (cinquemila virgola zero zero) ciascuno, con un limite mensile di Euro 15.000,00 (quindicimila virgola zero zero) e con firma congiunta dei Trustees e di almeno uno dei Guardiani per importi superiori, con il limite mensile di Euro 50.000,00 (cinquantamila virgola zero zero) con firma congiunta dei Trustees e di tutti i Guardiani e potranno essere effettuate anche disposizioni di importi superiori, con il limite mensile di Euro 150.000,00.

Gli importi di cui al presente articolo potranno essere aggiornati su richiesta dei Trustees e dei Guardiani, per tener conto della variazione accertata dall'ISTAT dell'indice famiglie operai e impiegati, sempreché tale variazione sia superiore al 10% rispetto alla data di stipula del presente atto;

8.1.4 - le disposizioni sul conto per l'acquisto di titoli da immettere nel conto titoli di cui al successivo punto 8.1.8 avverranno con firma congiunta dei Trustees e di almeno due Guardiani senza limiti di importo, purché il prelievo sia finalizzato all'acquisto dei titoli di cui al presente atto.

L'inizio dell'obbligo di cui al precedente articolo 2 dovrà essere comunicato alla Banca dal Trustee e da tutti i Guardiani congiuntamente. La comunicazione dovrà essere corredata della documentazione comprovante l'avvenuto verificarsi delle condizioni di cui all'art. 2.c.;

8.1.5 - l'obbligo per la Banca di inviare estratti conto mensili oltre che al Trustee, anche ai Guardiani;

8.1.6 - la possibilità di verificare lo stato del conto via internet, da parte di ciascun Trustee e di ciascuno dei Guardiani, con esclusione della possibilità di disporre bonifici via internet, ovvero, in alternativa, ove la Banca non avesse attivato questo servizio, la possibilità di richiedere le stesse informazioni alla Banca, che potrà trasmetterle anche via e-mail;

8.1.7 - dopo la morte di Dario ..., la possibilità di chiudere il conto e di trasferire in qualsiasi momento e senza limiti di importo, con firma congiunta dei Trustees e di tutti i Guardiani le somme depositate su altro conto corrente aperto presso altro istituto di credito, purché anch'esso intestato al "Trust ..." purché la Banca abbia sede in Italia o anche non in Italia e purché la signora Anna ..., se ancora in vita dia il suo consenso.

8.1.8 - Il Trustee è tenuto ad investire le somme conferite e gli utili dalle stesse derivanti, detratte le spese, in titoli della Banca Centrale Europea (ovvero, in caso di sua estinzione, dall'Istituzione finanziaria che l'avrà sostituita), privilegiando comunque quei titoli che offrono la massima garanzia di affidabilità, piuttosto che il più elevato tasso d'interesse, provvedendo ad aprire apposito conto titoli presso la medesima Banca, ove è aperto il conto corrente, sul quale rimarranno i fondi necessari per la gestione corrente del Trust.

8.1.9 - Il contratto di deposito dei titoli, a prescindere dal momento in cui verrà aperto, dovrà sempre prevedere, senza possibilità di modifica, le seguenti disposizioni:

– la necessità della firma congiunta dei Trustees e la firma di due dei Guardiani per l'acquisto e la vendita dei titoli;

– la canalizzazione obbligatoria dei frutti provenienti dai titoli e del ricavato dalla vendita dei titoli sul conto corrente del Trust;

– l'obbligo per la Banca di inviare trimestralmente l'estratto conto a ciascuno dei Trustees ed a ciascuno dei Guardiani ed a consentire a ciascuno dei Trustees e dei Guardiani di accedere via internet al conto (senza possibilità di comperare o vendere i titoli), ove tale servizio sia disponibile presso la Banca.

8.1.10 - Dopo la morte di Dario ..., il Trustee avrà la facoltà di chiudere il conto ed aprire altro conto titoli presso altre Banche sul quale trasferire i titoli, purché anch'esso intestato al "Trust ..." e purché l'Istituto di credito abbia sede in Italia o anche non in Italia, purché abbia in Italia una filiale e purché la signora Anna ..., se ancora in vita, dia il suo consenso.

8.2 - A partire dalla decorrenza indicata nell'art. 2 lettera C del presente atto istitutivo di Trust, perseguire lo scopo del Trust, assicurando i seguenti servizi a favore dei Soggetti da Assistere, attenendosi alle direttive pure sotto specificate:

i. operare attraverso apposito personale di servizio, in modo che siano soddisfatte le esigenze del vivere quotidiano dei Soggetti da Assistere, quali ad esempio la pulizia della casa, l'approvvigionamento e la preparazione del cibo, la cura del guardaroba;

ii. operare in modo che i Soggetti da Assistere possano fruire della necessaria assistenza medica e/o infermieristica, anche domiciliare, di adeguata capacità professionale provvedendo al pagamento dei compensi professionali;

iii. provvedere al pagamento delle utenze domestiche, nonché a far effettuare le opere di manutenzione della casa di abitazione, che si dovessero rendere necessarie, provvedendo ai relativi pagamenti;

iv. operare in modo che i Soggetti da Assistere possano disporre di quanto risulterà necessario per le esigenze di svago e/o vacanza e acquisto di effetti personali, in linea con il tenore di vita degli stessi.

La scelta del personale di servizio di infermieri e medici dovrà avvenire, sentiti i Soggetti da Assistere e, in quanto possibile, d'accordo con loro.

Ove si rendesse necessario il ricovero ospedaliero dei Soggetti da Assistere per malattie non adeguatamente curabili in casa o per essere sottoposti ad interventi chirurgici, il Trustee, su conforme parere del Guardiano (salvo i casi di urgenza per i quali potranno procedere in via del tutto autonoma) e, salvo, comunque, l'obbligo del rendiconto, dovranno scegliere, con l'accordo del Soggetto da Assistere interessato, se consentito dalla condizione di salute di questi, la struttura ospedaliera più qualificata a livello nazionale ed internazionale, che assicuri il più elevato standard di assistenza.

8.3 - Il Trustee, in ogni momento:

1. impiega in favore dei Soggetti da Assistere:

a. quanto opportuno, prelevandolo dal reddito proveniente dal Fondo costituito in trust;

b. nonché, ottenuto il consenso del Guardiano, il Fondo stesso;

2. ottenuto il consenso del Guardiano, può eseguire versamenti a favore dei Soggetti da Assistere senza essere tenuto a verificare l'uso delle somme a meno che sia a conoscenza di circostanze che ne richiedono una verifica;

3. può impiegare il reddito del Trust:

a. per manutenzione, riparazioni e migliorie di beni inclusi nel Fondo in trust, nonché della casa di abitazione dei Soggetti da Assistere di ...

b. per soddisfare imposte ed altri costi che sarebbero altrimenti da imputare al Fondo in trust;

4. può, per quanto riguarda beni inclusi nel Fondo in trust, consentire ad un Soggetto da Assistere di averne il

possesso o il godimento alle condizioni che il Trustee ritenga opportune.

8.4 - Il Trustee può stipulare qualsiasi contratto che consenta al "Trust ..." di godere e/o detenere la casa di abitazione oggi dei Soggetti da Assistere sita in ..., così da assicurare agli stessi Soggetti da Assistere la possibilità di abitarla gratuitamente, o corrispondendo un canone di locazione, con la precisazione che il Trust, dopo averne acquisita la detenzione, dovrà adibirla esclusivamente ad abitazione dei Soggetti da Assistere e di Rossella ..., se lo richieda, nonché del personale di servizio. Un locale dell'abitazione potrà essere adibito quale sede amministrativa del Trust.

Art. 9 - Indicazioni al Trustee

A. I Disponenti, i Soggetti da Assistere ed il Guardiano possono comunicare periodicamente con il Trustee per segnalargli avvenimenti, anche della vita familiare, che il Trustee potrà prendere in considerazione nell'esercizio della propria discrezionalità.

B. Ciascun Soggetto da assistere può segnalare al Trustee i propri desideri per quanto riguarda l'esercizio della sua discrezionalità.

C. Il Trustee può sentire i Soggetti da Assistere quando lo ritiene opportuno per apprendere le loro opinioni.

D. Nell'esercizio di qualsiasi sua funzione il Trustee prende in considerazione le raccomandazioni ricevute dal Guardiano e le attua in quanto coerenti con l'interesse generale del Trust, scegliendo il modo di attuazione.

Art. 10 - Appartenenza finale del Fondo in trust ed indisponibilità delle posizioni beneficiarie

A. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust
1. ogni diritto sul Fondo in trust è trasferito di diritto, per gli specifici beni o quote ai Beneficiari.

2. Il Trustee

a. tiene il Fondo a disposizione dei Beneficiari

b. e cura tutti gli adempimenti necessari per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

B. I Beneficiari non possono alienare alcun proprio diritto nel corso della Durata del Trust né in alcun altro modo disporne, né tali diritti entrano nella massa fallimentare in caso di fallimento o insolvenza di un Beneficiario né su di essi possono essere compiuti atti di esecuzione.

PARTE III

La gestione del Fondo in trust

Art. 11 - Gestione e disposizione dei Beni in trust

11.1 - Il Trustee gode e dispone dei beni del Trust sen-

za alcuna limitazione, salvo i limiti di cui al presente atto, e senza dover mai giustificare i suoi poteri, che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei beni del Trust.

11.2 - Il Trustee ha capacità processuale attiva o passiva in relazione ai beni del Trust. Egli può comparire nella sua qualità di Trustee dinanzi a Notai ed a qualunque pubblica autorità, senza che mai gli si possa eccepire mancanza o indeterminatezza di poteri.

Resta fermo ed impregiudicato il diritto del Trustee di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere prescrizioni o direttive.

11.3 - Il Trustee:

- potrà delegare a terzi il compimento di singole attività per un tempo determinato;
- potrà avvalersi di una persona di sua fiducia per il controllo quotidiano del personale preposto all'assistenza dei Soggetti da Assistere con il loro accordo o provvedervi egli stesso;
- potrà assolvere qualunque imposta, stabilita in qualsiasi Stato a carico del Trust o dei Disponenti o del Trustee o dei Soggetti da Assistere, in conseguenza dell'esistenza o degli effetti del Trust o del reddito o del capitale da esso ricevuto o distribuito, anche se tale imposta non sia o non possa essere pretesa contro il Trustee.

11.4 - Il Trustee è tenuto a tenere i beni del Trust separati dai propri.

In particolare:

- tutte le volte che si tratti di bene o diritti iscritti o iscrivibili in registri, pubblici o privati, il Trustee è tenuto a richiederne l'iscrizione o nella sua qualità di Trustee o al nome del Trust o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del Trust;
- i rapporti bancari istituiti dal Trustee e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati al Trust.

11.5 - Il Trustee ed il Guardiano non possono rendersi acquirenti direttamente o per interposta persona dei beni dei Soggetti da Assistere o del Trust, né prendere in locazione i beni del Trust.

11.6 - Prima che maturi il diritto dei Soggetti da Assistere di cui al precedente articolo 2.c, il Trustee è tenuto solamente ad amministrare i Beni in Trust e gli interessi che man mano matureranno, provvedendo ad investirli così come disposto dal presente atto.

In caso di decesso di tutti i Soggetti da Assistere prima che maturi il loro diritto di cui al precedente articolo 2.c, il Trust cesserà e pertanto il Trustee provvederà alla sua liquidazione, ai sensi del presente atto.

11.7 - Il Trustee è altresì tenuto ad espletare le incombenze fiscali di competenza del Trust, ivi incluse quelle che traggono titolo dalla proprietà degli immobili eventualmente conferiti.

Art. 12 - Responsabilità del Trustee verso terzi

Quando in una qualunque operazione il Trustee informa un'altra parte interessata all'operazione che egli sta agendo quale trustee, qualsiasi pretesa di tale altra parte può essere soddisfatta esclusivamente per mezzo del Fondo in trust.

Art. 13 - Conflitto di interessi

In caso di conflitto di interessi, come inteso dalla legge regolatrice del Trust, un Trustee può procedere all'operazione in conflitto qualora il Guardiano lo autorizzi.

Art. 14 - Diligenza del Trustee

Ferme le disposizioni della legge regolatrice, nello svolgimento di qualsiasi sua funzione il Trustee osserva la comune diligenza del buon padre di famiglia.

Art. 15 - Responsabilità del Trustee

A. Un Trustee non risponde delle perdite arrecate al Fondo in trust in conseguenza di suoi atti o omissioni a meno che esse sia derivate da sua "gross negligence" "fraud" o "wilful default" o "wilful misconduct" o "dishonesty", come queste nozioni sono intese in diritto della Legge Regolatrice.

B. Un Trustee non è responsabile per le azioni che abbia intrapreso in conformità al consenso del Guardiano o al parere reso da un legale con almeno dieci anni di anzianità, a meno che il parere sia stato reso senza la conoscenza di tutti i fatti rilevanti.

C. Il Trustee non è responsabile delle azioni dei soggetti che egli abbia legittimamente delegato se ha conferito la delega e ne ha consentito la prosecuzione in buona fede e senza colpa.

D. Le disposizioni che precedono si applicano anche agli amministratori, dirigenti e dipendenti di una società che rivesta l'ufficio di Trustee.

PARTE IV

Disposizioni sul Trustee

Art. 16. Sede dell'amministrazione

A. La sede dell'amministrazione del Trust è presso il domicilio del Trustee e, in caso di più componenti l'ufficio, del più anziano fra essi, ovvero nel luogo espressamente indicato dal Trustee con dichiarazione da riportarsi sul Libro degli Eventi.

A partire da quando decorrerà il diritto dei Soggetti da Assistere, la sede sarà presso la casa di ...

B. La contabilità e ogni atto e documento sono custoditi presso la sede dell'amministrazione.

C. Il Trustee può modificare la sede dell'amministrazione con atto autentico, informandone immediatamente il Guardiano, ogni Soggetto da assistere ed ogni Beneficiario.

D. Qualora un Trustee sia una società, essa comunica periodicamente al Guardiano, ai Soggetti da assistere ed ai Beneficiari il nome della persona o delle persone che seguono l'amministrazione ordinaria del Trust.

Art. 17 - *Compenso e costi del "Trustee"*

A. Il compenso del Trustee, nonché il modo ed il tempo della sua corresponsione, è determinato con atto separato dal soggetto che lo nomina.

B. Ogni costo sostenuto specificamente dal Trustee per lo svolgimento del suo ufficio è a carico del Trust.

C. In nessun caso e per nessuna ragione il Trustee è tenuto ad anticipare alcun costo.

D. Il Trustee può impiegare il reddito del Trust e, se insufficiente, il Fondo in trust:

1. per il pagamento del proprio compenso;
 2. per sostenere i costi di gestione del Trust;
 3. per fare fronte a ogni obbligazione legittimamente assunta;
 4. per rimborsare se stesso di ogni anticipazione fatta.
- E. Fra i costi rientrano eventualmente i compensi e i rimborsi dei legali incaricati dal Trustee e le spese delle procedure legali nelle quali il Trustee abbia la veste di parte, a meno che il giudice adito disponga diversamente.

Art. 18 - *Rendiconto*

A. Il Trustee è tenuto a consegnare ogni quattro mesi al Guardiano (entro il 15 gennaio, 15 maggio, 15 settembre di ciascun anno) l'inventario dei beni del Trust, con il rendiconto quadrimestrale delle entrate e delle uscite.

B. Ciascun rendiconto si riferirà al quadrimestre precedente e precisamente ai periodi 1 gennaio - 30 aprile, 1 maggio - 31 agosto e 1 settembre - 31 dicembre, di ciascun anno.

C. Ove il Guardiano lo richieda, il Trustee deve sottoporsi ad una verifica contabile ed amministrativa, condotta da un professionista abilitato nominato dal Guardiano e compensato dal Trust.

D. Il Trustee deve, inoltre, se richiesto, esibire i documenti contabili al Guardiano o al professionista da questi incaricato.

E. È fatto, in ogni caso, salvo il diritto del Guardiano di verificare in ogni tempo la qualità dell'assistenza assicurata ai Soggetti da Assistere, nonché quello di richiedere rendiconti anche parziali, nonché notizie su qualsiasi operazione.

Art. 19 - *Deliberazioni dei Trustee*

A. Tutti i Trustee debbono concorrere nel compimento di qualunque funzione del trustee.

B. In particolare i due trustees sono tenuti ad operare congiuntamente ed in caso di dissenso essi saranno tenuti a consultare il Guardiano il cui parere sarà vincolante; chi dissente ha diritto di fare risultare per iscritto, nel Libro degli eventi, le ragioni del proprio dissenso.

Art. 20 - *Successione nell'ufficio*

A. Il Trustee rimane nell'ufficio:

– se persona giuridica fino alla propria messa in liquidazione, inizio di procedura concorsuale, revoca o dimissioni;

– se persona fisica, fino alla propria morte, sopravvenuta incapacità, revoca o dimissioni.

B. La rinuncia del Trustee ha effetto trenta giorni dopo che ne abbia fatto comunicazione ai Disponenti ed al Guardiano.

C. Il potere di revoca del Trustee e quello di nomina del nuovo Trustee spetta ai Disponenti finché gli stessi sono in vita.

D. Dopo la morte dell'ultimo dei Disponenti o di invalidità tale da non consentire loro di attendere al proprio incarico dichiarata da tre medici, il potere di revoca del Trustee e quello di nomina spetterà al Guardiano, che in proposito dovrà decidere all'unanimità; in caso di loro mancanza o di inerzia spettano al Presidente del Consiglio Notarile di Cuneo, su istanza di qualsiasi interessato. Resta chiarito che il Trustee potrà essere revocato in qualsiasi momento, con un preavviso di trenta giorni senza necessità di giusta causa, previa convocazione del Trustee e nel rispetto del principio di buona fede.

Art. 21 - *Trasferimento dei Beni in trust in caso di mutamento nell'ufficio del Trustee*

A. Un Trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in trust in favore di colui o coloro che gli succedono o che rimangono nell'ufficio.

B. Chi cessa dall'ufficio:

1. pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui Beni in trust;

2. consegna al Trustee i Beni in trust, il Libro degli eventi e ogni documento riguardante il Trust che sia in suo possesso, gli fornisce ogni ragguglio il Trustee gli richieda e in genere lo pone in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei Beni in trust e di assolvere le obbligazioni inerenti l'ufficio;

3. può fare e trattenere copie dei documenti che consegna, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni proposte contro di lui.

C. In caso di morte di un trustee i diritti e le obbligazioni di cui al presente articolo fanno capo ai suoi eredi.

D. Chi cessa dall'ufficio può non consegnare i Beni in trust se i Beneficiari o il Trustee non gli forniscono appropriate garanzie circa l'integrità del Fondo in trust in relazione alla soddisfazione di pretese di terzi, anche di natura tributaria.

PARTE V

Disposizioni sul Guardiano

Art. 22. - Posizione del Guardiano

A. I poteri del Guardiano sono fiduciari e non personali.

B. Un Guardiano non è responsabile nei confronti dei beneficiari se non per colpa grave, "fraud" o "wilful default" o "wilful misconduct" o "dishonesty" o "gross negligence".

C. Il Guardiano:

1. può esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trust anche se non ne sia richiesto dal Trustee;

2. ha diritto di agire in giudizio:

a. per l'esecuzione del Trust e in caso di inadempimento delle obbligazioni di un Trustee o del Trustee;

b. in caso di violazione della legge regolatrice del Trust o della legge applicabile a uno specifico atto del Trustee.

D. Quando in questo atto è richiesto il consenso del Guardiano per il compimento di un atto del Trustee nell'esercizio di un suo potere si intende:

1. che il consenso, se prestato, deve esserlo non oltre il compimento dell'atto di esercizio del potere;

2. che la sua forma sia la medesima dell'atto, ma comunque scritta;

3. che in qualsiasi altro caso l'atto è invalido ed i suoi effetti debbono essere eliminati dal Trustee.

PARTE VI

Disposizioni generali e finali

Art. 23 - Definizioni e convenzioni

A. Ai fini di quanto previsto nel presente atto e a norma della legge regolatrice ed ai diritti e doveri a questo correlato il termine "Disponenti" indica coloro che, sovrarichiamati, hanno formalizzato il presente atto.

B. Chiunque provveda ad effettuare conferimenti nel Fondo in Trust non è solo per tale fatto considerato in alcun modo "Disponente".

Art. 24 - Riservatezza

A. Tutti i documenti e le informazioni relative al Trust sono riservati.

B. Il Trustee non comunica ad alcuno alcun documento o informazione riguardante o relativa al Trust, a meno che:

1. lo consenta una disposizione di questo Strumento

2. oppure vi sia un ordine di giustizia legalmente vincolante

3. oppure il Trustee lo consideri necessario affinché egli:

a. eserciti alcun potere;

b. adempia alcuna obbligazione;

c. si difenda in un procedimento giudiziario;

d. ottenga un parere professionale;

4. ovvero il Trustee ritenga che sia nell'interesse di alcuno dei Soggetti da assistere o dei Beneficiari o dello Scopo del Trust.

C. I Beneficiari che non vantino diritti definitivamente acquisiti ("vested") o se tali in vigenza di condizioni sospensive, non hanno alcun diritto di informazione.

Art. 25 - Il "Libro degli eventi"

A. Il Trustee mantiene e aggiorna il "Libro degli eventi", vidimato in data odierna dal medesimo Notaio che riceve questo atto.

B. Il Trustee annota in tale libro:

1. ogni avvenimento che questo atto prescriva di annotare;

2. ogni altro avvenimento del quale ritenga opportuno conservare memoria;

3. gli estremi e il contenuto degli atti per i quali la forma autentica è prescritta in questo atto o che il Trustee ritiene opportuno registrare; di essi il Trustee mantiene una raccolta completa.

C. Chiunque contragga con il Trustee è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli eventi.

Art. 26 - Legge regolatrice

A. Il Trust è regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale.

B. Nel corso della Durata del Trust il Trustee, ottenuto il consenso del Guardiano, può:

1. sostituire le legge regolatrice del Trust con la legge italiana, ove entri in vigore in Italia una legge che disciplini il Trust;

2. e in tale occasione

a. modificare qualsiasi disposizione di questo Strumento che non sarebbe valida o la cui interpretazione o i cui effetti varierebbero secondo la nuova legge regolatrice;

b. e modificare questo Strumento per quanto necessa-

rio affinché i suoi effetti rimangano per quanto possibile i medesimi,

c. ed indicare la data dalla quale tale modifica ha da intendersi entrare o essere entrata in validità ed efficacia.

Art. 27 - Giurisdizione

A. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del Trust o alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo atto è sottoposta esclusivamente alla magistratura italiana, Foro di Torino.

B. Ogni procedimento mirante a fare pronunciare dal Giudice la nomina di un trustee o direttive al Trustee è proposto esclusivamente dinanzi la magistratura italiana, Foro di Torino; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust.

Art. 28 - Forma degli atti

A. Ogni comunicazione, nomina e consenso per i quali né la legge applicabile né questo atto prescrivano alcuna forma sono fatti per iscritto e accompagnati dalla prova della loro ricezione.

B. I riferimenti che la legge applicabile a un atto del Trustee faccia alla forma del "deed" sono sostituiti da riferimenti ad atti muniti di autentica notarile.

Art. 29 - Revocabilità

A. Ogni volta che in questo Strumento si prevede che un atto possa essere revocabile o irrevocabile:

1. la revoca va fatta
 - a. nel corso della Durata del Trust
 - b. e nella medesima forma dell'atto che viene revocato;
2. qualora un atto taccia sul punto, esso è revocabile.

Art. 30 - Modificazioni di questo Strumento

A. I Disponenti in modo unanime, o quello più longevo da solo, possono modificare per atto autentico le disposizioni di questo atto che hanno per oggetto i poteri gestori ("administrative powers").

Art. 31 - Registrazione dell'atto.

A. I disponenti chiedono che questo atto istitutivo di Trust sia registrato con l'applicazione dell'imposta in misura fissa.

IN SECONDO LUOGO

Art. 32 – I Disponenti, al fine di dotare il Trust istituito con il presente atto di un Fondo idoneo al perseguimento della Finalità del Trust, con il presente atto appor-

tano al Trust, per il quale accettano ad ogni effetto di legge i Trustees qui comparsi:

i) - la somma di Euro 200.000,00 (duecentomila virgola zero zero), che i Disponenti si impegnano ed obbligano a bonificare sui conti correnti che, a termini dell'atto istitutivo del Trust, il Trustee provvederà ad aprire ai sensi dell'art. 8, detti bonifici dovranno essere eseguiti entro e non oltre trenta giorni dal ricevimento della comunicazione da parte del Trustee delle relative coordinate bancarie;

ii) - titoli aventi le caratteristiche indicate nell'art. 8.1.8 per un controvalore complessivo di Euro 4.800.000,00 (quattromilioniottocentomila virgola zero zero) che i Disponenti si impegnano ed obbligano a trasferire nei conti titoli che il Trustee provvederà ad aprire ai sensi dell'art. 8, ovvero, in alternativa, a conferire titoli e denaro da bonificare sul conto, per un importo complessivo di Euro 4.800.000,00 (quattromilioniottocentomila virgola zero zero). Resta chiarito che i Disponenti potranno conferire anche titoli diversi da quelli della Banca Centrale Europea, fermo l'obbligo per il Trustee, quando tali titoli giungeranno a scadenza, di reinvestire esclusivamente in titoli della Banca Centrale Europea.

Il Disponente signor ... Dario si obbliga, infine, a concedere in affitto per il canone di 4.000,00 (quattromila virgola zero zero) euro all'anno al Trust ... la casa di abitazione di sua proprietà sita in ..., almeno sino alla morte dell'ultimo dei Soggetti da Assistere, onde consentire al Trust di realizzare la sua finalità, con contratto da stipularsi entro 15 giorni dalla data di costituzione del Trust e la cui efficacia sarà condizionata all'inizio della decorrenza del diritto di almeno uno dei Soggetti da Assistere, ai sensi dell'art. 2.c.

Ai fini della tassazione del presente atto di apporto di beni al Trust, i componenti, richiamate le Circolari n. 48/E del 6 agosto 2007, n. 3/E del 22 gennaio 2008 e n. 28/E del 27 marzo 2008 della Agenzia delle Entrate e la Sentenza n. 30 del 12 febbraio 2009 della Commissione tributaria provinciale di Firenze, chiedono la registrazione del presente atto di costituzione di beni in trust con l'applicazione dell'imposta di donazione in misura fissa.

Le parti danno comunque atto che:

- il Beneficiario è figlia dei Disponenti;
- la franchigia prevista dalla legge è già stata interamente erosa con precedenti donazioni compiute dai Disponenti a favore dello stesso Beneficiario.

Le spese e tasse inerenti e conseguenti al presente atto sono a carico dei Disponenti.

Richiesto io notaio ricevo questo atto da me redatto e scritto in parte da me, in parte da persone di mia fiducia ed in parte dattiloscritto da persona pure di mia fiducia su pagine trentasei circa di nove fogli, quale atto leggo, presenti i testi, ai componenti che approvandolo e confer-

mandolo, unitamente ai testimoni e meco notaio lo sottoscrivono, essendo le ore dodici e venti.

Eti: Francesco ...

Andrea ...

Maria ...

Oreste ...

Anna ...

Rossella ...

A. M. C.

L. L.

ANDREA GANELLI Notaio

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. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
- **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione “Il Trust in Italia”
 - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
 - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
- **7 - La Legge di Malta sui trust**
L'introduzione del trust nel diritto civile maltese
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
- **8 - La legge di Jersey sul trust**
di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi
- **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. Fransoni e N. de Renzis Sonnino*
- **10 - I professionisti e il Trust**
Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 2008

Trust Onlus

di Amalia Chiara Di Landro

L'esperienza recente dei trust interni offre all'attenzione un'ulteriore tappa del "viaggio nella prassi professionale" relativa a questo istituto: si tratta di un atto istitutivo di trust Onlus e contestuale affidamento a trustee professionali di una somma di denaro.

Tenterò di descriverne brevemente lo schema, per poi proporre talune riflessioni su questa che si presenta come una peculiare caratterizzazione dell'istituto.

■ L'atto

Il Consiglio Direttivo di un Rotary club, associazione non riconosciuta con scopo statutario dello svolgimento di attività di solidarietà sociale, si propone di vincolare alcuni beni per incentivare la concessione di erogazioni, con modalità ispirate al microcredito⁽¹⁾, da parte di un intermediario finanziario in favore di soggetti svantaggiati. Ciò per finanziare l'avvio, il mantenimento o lo sviluppo di attività imprenditoriali dei suddetti soggetti, in genere esclusi dal circuito del credito tradizionale e considerati "non bancabili", perché privi di mezzi per fornire garanzie di restituzione del prestito.

Dunque il Rotary club non intende erogare direttamente il finanziamento, ma rendersi garante della medesima operazione; l'esigenza è perciò quella di costituire un fondo autonomo e "segregato", in quanto separato dal patrimonio del club ed insensibile rispetto a qualunque vicenda relativa alla vita del club medesimo.

Alla presenza di due testimoni interviene in atto davanti a notaio ed al Presidente del suddetto Rotary, incaricato con delibera del Consiglio Direttivo, viene dunque istituito un trust Onlus, con scelta della legge regolatrice di Jersey, Isole del Canale (esclusa l'applicazione dell'art. 9A(2) e contestuale iniziale conferimento di 1.000,00 euro.

Vengono individuati taluni soggetti (Presidente attuale, *past president* e presidente *incoming*) quali guardiani e contestualmente, da parte di questi ultimi, vengono nominati taluni trustee professionali, che accettano la nomina e la somma vincolata.

L'ufficio di trustee viene composto da tre membri, e per il futuro viene stabilito che questi verranno nominati ogni tre anni "con criteri di democraticità". I trustee stipuleranno convenzioni con uno o più intermediari finanziari per definire i termini e le condizioni delle erogazioni.

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.

Il testo riproduce parte della relazione presentata al Convegno "Trust; viaggio nella prassi professionale tra interessi privati, pubblici e benefici" organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi a Reggio Calabria il 12-13 marzo 2010. Si ringrazia il Dott. Matteo Molinari per aver permesso l'esame dell'atto in commento, stipulato in Genova nel dicembre 2009.

Il medesimo atto di trust sarà commentato anche dal Dott. Matteo Molinari su un prossimo numero della Rivista.

Note:

(1) Nell'ambito della c. d. finanza etica la concessione del credito è collegata più alla valutazione del merito della domanda (utilità sociale coniugata con la vitalità economica), che non alle garanzie offerte dal richiedente: il credito, cioè, non è necessariamente gratuito, ma praticato a condizioni di restituzione e tasso d'interesse (diverso da zero, ma tenuto il più basso possibile) tali da mettere il bisognoso beneficiario in condizione di restituire la somma ricevuta. Cfr. sul punto F. Torchia, *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, Napoli, 2006, p. 63.

Nel mercato italiano, in questo senso sono significative le esperienze delle Mutue Autogestione (MAG, nate a Verona nel 1978) e della Banca Popolare Etica (la cui struttura permette la possibilità di ricorrere all'azionariato diffuso), operativa dal 1999, enti deputati a raccogliere il risparmio e a remunerarlo ad un tasso inferiore a quello di mercato, soprattutto in favore di organizzazioni *no profit*.

Per l'analisi economica del fenomeno del microcredito, cfr. J. Morduch, *The Microfinance Promise*, Journal of Economic Literature, vol. XXXVII (December 1999), 1569-1614: "micro finance appears to offer a "winwin" solution, where both financial institutions and poor clients profit" (a p. 1570). Le ragioni del successo di questa pratica sono rintracciate "on innovation: new management structures, new contracts, and new attitudes" (a p. 1572).

Anche la legislazione italiana non è rimasta indifferente a tali peculiari prassi di finanziamento. Cfr. decreto legge 10 gennaio 2006, n. 2 (G. U., 11 gennaio, n. 8) convertito, con modificazioni, in legge 11 marzo 2006, n. 81, "Interventi urgenti per i settori dell'agricoltura, dell'agroindustria, della pesca, nonché in materia di fiscalità d'impresa", con cui, "per consentire lo sviluppo del programma di microfinanza, al fine di incentivare la costituzione di microimprese, anche nel settore agricolo, il Comitato nazionale italiano per il 2005 - anno internazionale del Microcredito è trasformato nel Comitato nazionale italiano permanente per il Microcredito"; D.P.C.M. 27 novembre 2008 (G.U., 23 gennaio 2009, n. 18), "Regolamento di amministrazione e contabilità del Comitato nazionale italiano permanente per il microcredito".

(2) L'art. 9A della Trusts (Jersey) Law 1984 (nella versione consolidata con le modifiche apportate dalla Trusts (Amendment n. 4) (Jersey) Law 2006, entrata in vigore il 27 ottobre 2006) detta previsioni specifiche sui poteri ritenuti dal disponente. In argomento, E. Barla De Guglielmi - P. Panico - F. Pighi, *La legge di Jersey sul trust*, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007.

■ La (eventuale) considerazione del trust come soggetto autonomo. Le obiezioni concettuali con riferimento al trust inglese

La considerazione del trust quale Onlus sollecita alcune riflessioni, per le quali è forse opportuno distinguere tra qualche chiarimento concettuale sul trust secondo il modello tradizionale inglese e l'analisi della prassi dei trust interni.

Tradizionalmente trust ed enti sono stati visti in chiave alternativa. Se ne sono evidenziate le peculiari, diverse caratteristiche: quale "rapporto di appartenenza segregato rispetto agli altri che fanno capo al medesimo soggetto"(3), infatti, il trust non è stato considerato soggetto di diritti.

Con riferimento all'istituto di origine inglese sono stati, anzi, evidenziati i vantaggi di una separazione patrimoniale volontaria, realizzata destinando taluni beni senza il ricorso al fenomeno – per taluni scopi eccessivo o inappropriato – dell'entificazione(4).

L'analisi giuridica(5), rilevando la suddetta incompatibilità del trust con l'idea di soggetto autonomo, ha posto in evidenza i seguenti aspetti:

a) Il trustee è direttamente titolare dei beni vincolati e ne può disporre, sia pure nei limiti dello scopo o sotto il controllo del guardiano. L'istituzione del vincolo può avvenire con la semplice redazione di un atto istitutivo, e senza soluzioni di secondo grado, che comportano il ricorso alla nozione tecnica di organo(6) per giustificare la capacità di agire delle persone giuridiche. Una capacità che, con riferimento agli enti personificati, sia detto per inciso, si risolve, in verità, in capacità di imputazione (degli effetti di atti compiuti da altri), a sua volta legata al concetto di competenza, che vale a segnare l'ambito e il limite entro il quale l'attività dell'organo medesimo può essere imputata all'ente(7). Tutte costruzioni delle quali, con riferimento al trust, non si sente il bisogno, non esistendo "alterità tra trust e trustee"(8).

b) Il trust può riguardare anche pochi cespiti (anche una singola posizione soggettiva) ed avere una durata molto limitata; gli enti in genere sono durevoli e riguardano un complesso di beni.

c) Al momento della cessazione del trust, non esiste alcuna attività di tipo liquidatorio; ciò perché il trust, vincolo su taluni beni basato sull'affidamento, semplicemente cessa quando le situazioni sulle quali si appuntava l'affidamento medesimo vengono tra-

sferite dal trustee ai beneficiari (o, nei trust di scopo, vengono ritrasferite al disponente o al soggetto indicato)(9).

La cessazione, poi, certamente non coincide con il venir meno dell'ufficio del trustee (che muoia, si dimetta o venga revocato), cui può succedergli un altro, con trasferimento di posizioni soggettive e beni (dal trustee originario al suo successore).

d) Nei confronti dei terzi il trustee, nel modello inglese (e a differenza di quanto previsto dalle leggi del modello internazionale), è sempre direttamente e illimitatamente responsabile, salvo rivalsa sui beni in trust e salvo diversa pattuizione(10).

Anche per il perseguimento di finalità di rilievo pubblico, i vantaggi del trust sono dunque da leggersi in un'ottica di maggiore semplificazione e sono connessi ad una riduzione dei costi e delle formalità, oltre che ad una maggiore rapidità e snellezza dell'amministrazione e alla mancanza di vincoli di dotazione di risorse finanziarie all'atto della creazione del vincolo (la dotazione iniziale nel caso in commento è, infatti, di 1.000,00 euro). La relativa istituzione richiede, infatti, solo l'autenticazione del notaio (non così per fondazioni ed enti *no profit*); la cessazione del trust non richiede un particolare adempimento (mentre difficoltà procedurali e costi accompagnano

Note:

(3) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 244.

(4) Cfr., in argomento, D. Corapi, Introduzione in G. C. Cheshire, Il concetto del trust secondo la common law inglese (1933), Torino, 1998, p. IX, nota 10.

(5) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 3].

(6) Il quale "produce un risultato giuridico che il rapporto di rappresentanza non può mai determinare: l'imputazione dell'atto medesimo all'ente" (A. Falzea, voce "Capacità (teoria generale)", Enc. dir., Milano, 1960, a p. 32) e non solo dell'effetto.

(7) Così A. Falzea, voce "Capacità (teoria generale)" [*supra*, nota 6], a p. 33.

(8) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 3], p. 293.

(9) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 3], p. 292, segnala che la stessa espressione "cessazione degli effetti" del trust non è precisa e non ha una propria autonomia, in quanto "il trust cessa quando tutte le posizioni soggettive sono state trasferite: non occorre alcun atto formale, alcun "bilancio finale di liquidazione", alcuna dichiarazione del trustee di cessare dall'ufficio"; "la cessazione del trust non è altro che il momento nel quale il trustee si trova senza alcun bene vincolato in trust, ma anche senza alcuna obbligazione verso terzi".

(10) Secondo, ad esempio, la citata Trusts Jersey Law 1984, *as amended* 2006, invece, ove il trustee manifesti la propria qualità, sono i beni in trust a risponderne delle obbligazioni contratte.

l'estinzione di fondazioni ed enti); la gestione risulta più agile in quanto affidata ad un unico soggetto, coadiuvato o controllato dal guardiano (a differenza delle fondazioni, nelle quali organi collegiali più complessi, e sottoposti a controlli di altri organismi, presiedono alla vita dell'ente).

■ La prassi dei trust interni. Il trust soggetto autonomo (a fini fiscali)

Perché dunque si parla di trust Onlus e quali i margini per la considerazione del trust come soggetto autonomo?

Nella prassi, a fronte del quadro concettuale descritto, si constata anzitutto l'uso di espressioni ellittiche che fanno riferimento al trust in quanto tale: espressioni invalse nel linguaggio comune, per cui si dice, ad esempio, che un bene "appartiene a un trust".

Siffatte espressioni sono state spiegate con l'immanente prevalenza, nel trust, dell'elemento patrimoniale su quello personale ("La permanenza nel tempo di un patrimonio segregato tende a obiettivarlo, come se si trattasse di una fondazione o di altra persona giuridica"(11)), connessa anche alla considerazione che il trustee non è persona imm modificabile, potendo, anzi, essere sostituito per diversi motivi.

Oltre al dato lessicale, si registrano talune prassi giustificate da comodità pratica: ad esempio, quella di intestare un conto bancario a un trust(12).

Infine, e soprattutto, significative sono le scelte della legislazione e delle autorità fiscali (la legge finanziaria per il 2007 – legge 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, commi da 74 a 76 –, le successive circolari dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E del 6 agosto 2007 e n. 3/E del 22 gennaio 2008 con relative risoluzioni(13)) che hanno introdotto per la prima volta nell'ordinamento tributario italiano disposizioni organiche in materia di trust(14), includendolo in particolare tra i soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società (IRES). Orientamento, quest'ultimo, confermato anche recentemente dalla nota disciplinaria sul cosiddetto "scudo fiscale" (art. 13 bis del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102), poi chiarita dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 43/E del 10 ottobre 2009, che ha indirettamente confermato la qualificazione del trust regolarmente istituito – non utilizzato quale strumento di interposizione fittizia – come soggetto autonomo d'imposta.

È di tutta evidenza come il profilo fiscale non sia marginale. Non lo è nell'analisi competitiva dei costi del trust rispetto agli altri strumenti tradizionali; non lo è pure nell'ottica dell'atto in commento, perché è anche questo aspetto che aiuta a giustificare l'apparente contraddizione iniziale.

L'adozione della formula Onlus pone, infatti, in primo piano questo aspetto: il termine non si riferisce, com'è noto, a una nuova tipologia giuridica di ente, ma a una qualifica rilevante in ambito tributario che, in presenza di determinati presupposti, può essere riconosciuta ad alcuni soggetti, destinatari conseguentemente di talune agevolazioni fiscali(15) (cfr. art. 10 D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, "Riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale": di seguito, "legge Onlus"). Una qualifica generica valida, in presenza di tutti gli altri requisiti previsti dalla legge(16), per le varie figure di soggetti

Note:

(11) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 3], p. 244.

(12) Cfr. con la prassi inglese dei *custodian trustees*, su cui M. Lupoi, I trust nel diritto civile [supra, nota 3], p. 299.

(13) Agenzia delle Entrate, circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497; circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, ivi, 2008, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta del trust, ivi, 121.

(14) In materia di imposizione indiretta, l'art. 6 del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 aveva previsto l'applicazione dell'imposta di registro sulla costituzione dei vincoli di destinazione sui beni e diritti; la legge (di conversione) 24 novembre 2006, n. 286 non ha convertito il suddetto art. 6, ed ha, invece, assoggettato la costituzione di vincoli di destinazione sui beni e diritti all'imposta sulla successioni e donazioni. La finanziaria 2007, che ha introdotto talune franchigie, presenta soprattutto il dato innovativo delle norme in materia di tassazione per trasparenza dei trust (con la distinzione tra trust trasparenti e opachi), oltre ad aver sancito definitivamente l'appartenenza del trust ai soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società. Cfr. sul punto anche la Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 (e il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate dell'8 luglio 2005), in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamento di interessi, per i trust (considerati "entità residuali") non esercenti attività commerciali; le Circolari dell'Agenzia delle Entrate del 6 agosto 2007, n. 48/E e del 22 gennaio 2008 n. 3/E (su cui cfr., fra l'altro, la Circolare ABI, serie tributaria, n. 10-12 maggio 2008, in questa Rivista, 2008, 428).

(15) M. V. De Giorgi, voce "ONLUS", Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Appendice, Milano, 2000, 594.

(16) Le Onlus non sono vincolate dunque da una particolare forma giuridica, ma si caratterizzano piuttosto perché il loro atto costitutivo o statuto, redatto in atto pubblico o scrittura privata autenticata, deve prevedere: lo svolgimento di attività di interesse sociale specificamente qualificate dalla legge (assistenza sociale e sanitaria; beneficenza; istruzione ecc.); l'esclusivo perseguimento di finalità di solidarietà sociale, con il

(segue)

privi di scopo di lucro: associazioni riconosciute e non riconosciute; comitati; fondazioni; società cooperative ed altri enti di carattere privato con o senza personalità giuridica.

Rispetto ai requisiti indicati dalla legge, “lo status di persona giuridica è espressamente tenuto in non cale, confermando, ancora una volta, che oramai il legislatore ha preso atto della irrilevanza del requisito della personalità al fine di selezionare le organizzazioni meritevoli di speciale tutela”(17).

Dunque, nella prospettiva delle scelte di carattere fiscale potrebbe risultare – ancorché non del tutto coerente da un punto di vista concettuale – comunque non contrastante con il dettato normativo interno la considerazione del trust quale autonomo soggetto (si sottolinea: perché di soggettività tributaria si tratta), che potrebbe rientrare tra gli “altri enti di carattere privato” cui fa espresso riferimento l’art. 10, I comma legge Onlus.

Se ciò è vero, poiché in generale un regime di agevolazioni pone il problema delle elusioni, è comunque necessario delimitare l’ambito nel quale questo strumento può rivestire la suddetta qualifica: ciò che rientra nel più ampio profilo, di interesse per il civilista, di selezione delle figure compatibili con lo status di Onlus. Nella sostanza, è necessario verificare il rispetto dei requisiti richiesti dalla legge Onlus, verifica cui, del resto, risponde anche il dovere di iscrizione in registri, albi o elenchi (come l’Anagrafe unica delle Onlus).

Con riferimento ai suddetti requisiti pare dunque opportuna qualche riflessione:

a) Necessario rispetto dei requisiti formali dell’atto istitutivo e dello statuto.

L’art. 10 della legge Onlus prevede l’atto pubblico o la scrittura privata autenticata o registrata per statuti e atti costitutivi degli enti cui sia da attribuire la qualifica in commento; ciò risulta comunque coerente con la prassi consolidata dei trust interni e la prescrizione dell’atto scritto ex art. 3 della Convenzione de L’Aja.

b) Le previsioni sul divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale, a meno che la destinazione o la distribuzione non siano imposte per legge o siano effettuate a favore di altre Onlus o enti che per legge, statuto o regolamento fanno parte della medesima ed unitaria struttura.

L’atto istitutivo di trust dovrà prevedere norme che impongano obblighi al trustee di destinare quan-

to residui del fondo ad altre Onlus o a fini di pubblica utilità.

Ciò influisce sulla scelta della struttura e del contenuto dell’atto istitutivo, anche ove si voglia realizzare, come nel caso in commento, un trust di garanzia, aggiungendo, però, ulteriori prescrizioni. In particolare, una strutturazione dell’atto istitutivo come trust familiare o successorio (con termine più lungo della durata del rapporto al quale accede la garanzia, possibilità di revoca del trustee, venuta meno la funzione di garanzia, e sostituzione con uno nuovo(18)) non sarebbe compatibile con la qualifica di Onlus, che esclude – per le prescrizioni indicate – che il patrimonio sopravanzato ritorni al disponente o ai suoi eredi.

c) La “disciplina uniforme del rapporto associativo”.

L’art. 10 della legge Onlus prevede, tra i requisiti delle Onlus, una “disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l’effettività del rapporto medesimo, escludendo espressamente la temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori di età il diritto di voto per l’approvazione e le modificazioni dello statuto e dei

Note:

(continua nota 16)

“divieto di distribuire, anche in modo indiretto, utili e avanzi di gestione nonché fondi, riserve o capitale durante la vita dell’organizzazione, a meno che la destinazione o la distribuzione non siano imposte per legge o siano effettuate a favore di altre Onlus che per legge, statuto o regolamento fanno parte della medesima ed unitaria struttura; l’obbligo di impiegare gli utili o gli avanzi di gestione per la realizzazione delle attività istituzionali e di quelle ad esse direttamente connesse; l’obbligo di devolvere il patrimonio dell’organizzazione, in caso di suo scioglimento per qualunque causa, ad altre organizzazioni non lucrative di utilità sociale o a fini di pubblica utilità; l’obbligo di redigere il bilancio o rendiconto annuale; disciplina uniforme del rapporto associativo e delle modalità associative volte a garantire l’effettività del rapporto medesimo, escludendo espressamente la temporaneità della partecipazione alla vita associativa e prevedendo per gli associati o partecipanti maggiori di età il diritto di voto per l’approvazione e le modificazioni dello statuto e dei regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell’associazione”.

L’azione istituzionale non deve essere finalizzata alla produzione di utili, dovendo, cioè, tendere al pareggio tra le spese e le risorse provenienti dalle attività connesse – che possono essere esercitate con metodo imprenditoriale – ed eventualmente da altre fonti.

(17) M. V. De Giorgi, voce “ONLUS” [*supra*, nota 15], a p.596. In effetti è interessante notare che le parti si danno atto che l’istituzione di beni in trust rileva ai fini dell’applicazione della imposta sulle successioni e donazioni, richiamando le Circolari n. 48/E e n. 3/E del Ministero delle Finanze e che il trust, nell’atto istitutivo, viene qualificato “ai fini fiscali un ente non commerciale”.

(18) M. Lupoi, Parere su una ipotesi di trust di garanzia, in questa Rivista, 2002, 133. L’esigenza di revoca del trustee è connessa alla possibilità che il primo trustee sia di gradimento degli Istituti bancari e che, una volta cessata la garanzia, il disponente possa scegliere diverso trustee di sua fiducia.

regolamenti e per la nomina degli organi direttivi dell'associazione".

Anche per l'espresso riferimento agli associati, apparentemente questa sembra essere disposizione incompatibile con il trust. È da dire però che il Testo unico delle imposte sui redditi – D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR") – equipara agli associati i "partecipanti" e taluno⁽¹⁹⁾ ha per questo ipotizzato che la locuzione "disciplina uniforme del rapporto associativo" possa essere riferita anche a soggetti o a categorie di soggetti a diverso titolo connessi con il trust: il requisito della democraticità dovrebbe riguardare – come, d'altra parte, previsto nell'atto istitutivo in commento – qualunque soggetto che "possa per legge o per statuto influenzare le decisioni dell'ente", e farebbe, dunque, riferimento anche alle regole sulla competenza e sulla composizione degli organi, all'adozione del metodo collegiale e del principio maggioritario all'interno dei medesimi (ad esempio, il trustee composto da più persone). D'altra parte, la legge Onlus menziona espressamente anche le fondazioni come forma organizzativa che possa assumere la suddetta qualifica.

■ Le conseguenze della qualificazione come trust Onlus

La qualifica di Onlus implica un quadro di agevolazioni fiscali, di cui di seguito si richiamano le più significative, finalizzate a favorire la capacità di autofinanziamento delle medesime organizzazioni.

Anzitutto, la non imponibilità di alcune operazioni: l'art. 12 della legge Onlus ha aggiunto un art. 111 *ter* al TUIR, prevedendo che, salvo che per le società cooperative, lo svolgimento di attività istituzionali con fine di solidarietà sociale da parte delle Onlus non costituisce esercizio di attività commerciale e i proventi derivanti dall'esercizio delle attività direttamente connesse non concorrono alla formazione del reddito imponibile.

Quanto poi ai trasferimenti al trust Onlus, l'art. 13-*bis*, lettera *i-bis*), TUIR (come modificato dall'art. 13 legge Onlus) prescrive che le erogazioni liberali effettuate alle Onlus (fino a un tetto massimo) sono detraibili dal reddito complessivo (oppure sono deducibili dal reddito d'impresa).

Quanto alle imposte indirette, l'art. 3, I comma, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (come modificato dall'art. 19 legge Onlus) dispone l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni per i trasferimenti alle suddette organizzazioni.

Anche in materia di imposta di registro, l'art. 1 della tariffa, parte prima (allegata al testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta in questione, approvato con D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, modificato dall'art. 22 legge Onlus) dispone per gli atti traslativi a titolo oneroso della proprietà di beni immobili e per gli atti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari di godimento a favore di Onlus l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa (a condizione che la Onlus dichiari in atto che intende utilizzare gli immobili, e che di fatto essi vengano utilizzati entro due anni dall'acquisto, allo svolgimento della sua attività istituzionale).

■ Conclusioni

Alle condizioni che si sono indicate potrebbe forse giustificarsi – pur con le riserve di carattere concettuale evidenziate – l'utilizzo del trust nel mondo *no profit*.

Quella indicata è una disciplina di favore che ha ispirato anche una proposta di legge in materia di trust in favore di persone portatrici di handicap: l'esame di questo disegno di legge, presentato il 10 luglio 2008 su iniziativa del deputato Migliori (n. 1471), mostra, infatti, una possibilità di opzione per il regime agevolativo (art. 15), la richiesta di iscrizione all'anagrafe unica del trust, da istituire presso il Ministero dell'economia e delle finanze e, più in generale, una significativa corrispondenza delle norme in tema di agevolazioni fiscali dei trust assistenziali (artt. 15-28) a quelle contenute nella normativa sulle Onlus (artt. 12-24).

La centralità del profilo fiscale pone in primo piano la considerazione dell'importanza delle sollecitazioni provenienti proprio dalla prassi dei trust in Italia, raccolte nel rispetto dei limiti di legge, laddove non si traducano in nuove soluzioni normative. Soprattutto in tale ultimo caso, ciò costituisce anche l'occasione per riflettere – ma questa è un'altra storia – su una dinamica di produzione delle soluzioni che vede la fonte della regola diventare non presupposto ma effetto dell'esperienza giuridica⁽²⁰⁾.

Note:

(19) V. Stuppia, La natura di ente commerciale, in Atti del IV Convegno Nazionale Associazione "Il Trust in Italia", consultabile sul sito Internet dell'Associazione <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(20) "La fonte della regola non sempre preesiste alla fattispecie, ma può essere dalla medesima determinata": così N. Lipari, Relazione presentata al terzo Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi a Roma il 21-23 Ottobre 2005, consultabile sul sito Internet dell'Associazione [supra, nota 19].

Il trust Onlus: una applicazione pratica

di **Matteo Molinari**

Questo contributo intende illustrare come finalità sociali e di pubblica utilità possano essere efficacemente conseguite nel nostro paese per mezzo di un trust opportunamente strutturato, il quale assuma anche la qualifica di Onlus.

■ La fattispecie

La recente crisi economica mondiale ha prodotto effetti nefasti sulla esistenza di molte persone, portando in breve tempo ad un incremento esponenziale di “nuovi poveri”.

Questo stato di cose ha toccato la sensibilità di un avvocato milanese, che chiameremo “il Benefattore”, il quale da tempo ricercava uno strumento flessibile per poter raccogliere fondi e con essi effettuare interventi di aiuto economico rapidi ed efficaci a favore di soggetti bisognosi.

In particolare il Benefattore ricercava uno strumento giuridico:

1. che fosse dotato di caratteristiche tali da rassicurare i potenziali donatori circa la certa destinazione ed il trasparente impiego delle somme da loro donate;
2. che comportasse anche vantaggi fiscali per i donatori, in modo da incentivarli a donare;
3. che fosse “programmabile” per garantire nel tempo le modalità di raccolta e di erogazione dei fondi secondo il progetto che egli aveva in mente;
4. che al tempo stesso fosse anche flessibile per fare fronte ad eventi non prevedibili che si potessero verificare in futuro.

Inoltre tale strumento doveva garantire al Benefattore:

1. la separazione delle donazioni effettuate dai terzi dal suo patrimonio personale;
2. la segregazione del fondo costituito dalle donazioni ricevute ed il suo impiego solo per lo scopo prefissato;
3. che nessuno evento personale o patrimoniale riconducibile al Benefattore potesse distogliere le somme raccolte dallo scopo di utilità sociale che voleva perseguire.

Infine il Benefattore voleva coinvolgere nel suo

progetto alcuni suoi amici, i quali, spinti dagli stessi ideali altruistici, avrebbero potuto consigliarlo nella determinazione delle modalità di raccolta dei fondi, nonché nella individuazione dei soggetti bisognosi.

■ La soluzione offerta dal trust

In un primo momento il Benefattore aveva preso in considerazione l'ipotesi di costituire una fondazione; senonché l'ipotesi era stata ben presto scartata, in quanto la rigidità della struttura, nonché della relativa regolamentazione, mal si conciliava con la flessibilità e l'agilità che il suo progetto benefico avrebbe dovuto avere.

Un trust di scopo, correttamente progettato e strutturato per lo specifico progetto benefico, sarebbe stato invece lo strumento giuridico che più di ogni altro avrebbe consentito al Benefattore di realizzare i suoi intendimenti.

Inoltre il trust gli avrebbe consentito di ritagliare per sé un ruolo nel progetto benefico, ricoprendo l'ufficio di guardiano (tale figura è, come noto, richiesta dalle leggi in materia per la validità di un trust di scopo).

Nell'atto di trust, oltre all'azione del trustee e del guardiano sarebbe stato possibile prevedere la collaborazione di un “Comitato di Saggi” composto dagli amici di Benefattore da sempre attivi nel sociale.

La scelta di un trustee professionale in forma societaria operante da tempo in Italia avrebbe infine dato, a Benefattore ed ai terzi donatori, garanzie di sicurezza, efficienza, durata e trasparenza riguardo alla gestione ed all'impiego del fondo.

Lo scopo del trust sarebbe stato di solidarietà sociale e di pubblica utilità.

Nel nostro ordinamento tali finalità non lucrative possono essere perseguite con un'ampia gamma di soggetti giuridici, ai quali la legge riconosce diversi vantaggi dal punto di vista delle imposte dirette ed indirette, qualora venga ad essi riconosciuta la qualifica di organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS).

Matteo Molinari - Presidente del c.d.a. di Beni in Trust s.r.l., trustee professionale in Genova e Brescia, www.beni-in-trust.it.

■ Il trust qualificato come ONLUS

Il legislatore fiscale con il D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 riconosce a soggetti privati che non abbiano scopo di lucro un trattamento tributario agevolato, a determinate condizioni e a prescindere dalla loro forma giuridica.

Più precisamente l'art. 10 qualifica come Onlus una serie di soggetti, quali associazioni, comitati, fondazioni, società cooperative.

Tra questi soggetti la norma ricomprende anche "altri enti di carattere privato, con o senza personalità giuridica".

Tali soggetti non devono avere scopo di lucro e devono svolgere la propria attività in uno dei settori di pubblica utilità elencati dalla norma (per es. assistenza sociale e socio-sanitaria, assistenza sanitaria, beneficenza, ecc.), e devono rispettare requisiti di forma (per es. devono essere costituiti per atto pubblico), nonché osservare alcuni obblighi (per es. obbligo di reimpiego degli utili nell'attività svolta, obbligo di redigere il bilancio o rendiconto annuale, ecc).

La norma non individua dei requisiti dal punto di vista soggettivo per la qualifica di Onlus.

Ne deriva che un soggetto giuridico, a prescindere dalla sua natura, può ottenere la qualifica di Onlus se persegue esclusivamente finalità di pubblica utilità, in uno o più dei settori previsti dall'art. 10, e sempre che non svolga attività diverse, ad eccezione di quelle connesse.

Ora, considerato che il nostro legislatore, con la Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. Legge Finanziaria 2007), ha provveduto ad "entificare" dal punto di vista fiscale(1) il trust, ricomprendendolo, ai fini delle imposte dirette, tra i soggetti passivi IRES, e considerato altresì che l'art. 10 del D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 ammette che "enti privati, privi di personalità giuridica," possano avere la qualifica di Onlus, si può affermare(2) che scopi di pubblica utilità o solidarietà sociale possano essere perseguiti anche con un trust.

Il riconoscimento, ad un trust idoneamente strutturato, della qualifica di Onlus consente di godere di agevolazioni in ordine alla deducibilità delle erogazioni liberali effettuate a favore del trust medesimo sia da parte di persone fisiche che giuridiche(3), nonché di un trattamento agevolato per quanto riguarda l'imposizione diretta.

Inoltre il trust qualificato come Onlus può essere beneficiario del c.d. 5 per mille(4), forma di finan-

ziamento del mondo *non profit*, che si attua attraverso la destinazione da parte del contribuente del cinque per mille delle sue imposte sui redditi in sede di dichiarazione annuale.

■ La predisposizione dell'atto istitutivo del trust

Per le ragioni sopra illustrate il Benefattore si è determinato ad istituire un trust.

Nelle premesse dell'atto istitutivo è stata evidenziata la volontà di Benefattore di "costituire un fondo finalizzato essenzialmente ad attività di beneficenza, di filantropia, e di solidarietà sociale"; scopo da realizzarsi "principalmente tramite prestazioni patrimoniali a carattere erogativo dirette ad alleviare le più urgenti situazioni di bisogno".

Il disponente del trust è il Benefattore, il quale ha dotato il fondo in trust delle somme iniziali.

L'atto istitutivo del trust è stato perfezionato nella forma dell'atto pubblico.

Per quanto attiene alla durata del trust, è stata prevista una durata illimitata, consentita dalla legge di Jersey(5) scelta per regolare detto trust, fatto salvo il potere del trustee di porre termine al trust in caso di impossibilità sopravvenuta a conseguire lo scopo benefico(6).

Note:

(1) L'art. 73, I comma, del T.U.I.R. considera il trust come un ente (commerciale o meno).

(2) V. Bacone, Trust di pubblica utilità, aspetti civilistici e fiscali, relazione presentata al Congresso del decennale dell'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Ischia il 1-3 ottobre 2009; V. Stuppia: La natura di ente commerciale dei trust, IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Milano il 16-18 ottobre 2008.

(3) Legge del 14 marzo 2005, n. 80.

(4) Introdotto dalla legge finanziaria per il 2006.

(5) Trusts (Jersey) Law 1984 (Amendment n. 4) 2006.

(6) Prima di esercitare tale potere il trustee potrebbe peraltro valutare se ricorrere al giudice e richiedere l'applicazione della c. d. "cy-près doctrine" principio in base al quale la corte può disporre che i beni siano impiegati per uno scopo caritatevole il più vicino possibile alle intenzioni originarie del disponente. La legge di Jersey è stata la prima, tra le leggi del modello internazionale, a codificare tale principio all'art. 47A, il quale appunto statuisce che su istanza del trustee o dell'Attorney General la Corte possa dichiarare per quale altro scopo il fondo in trust possa essere impiegato.

Sulla stessa linea si pone la *section 59* della legge di Guernsey del 2007. Una applicazione della "cy-près doctrine" anche senza il ricorso al Giudice è prevista dalla *section 8(1)* del Purpose Trust Act del 2004 di Bahamas.

Sulla *cy-près doctrine* v., *amplius*, M. Lupoi, Istituzioni dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, 137.

L'atto di trust prevede che il primo guardiano sia il disponente, il quale ha il potere di segnalare al trustee le situazioni di bisogno e può concordare con lui l'entità e la tipologia delle prestazioni da erogare.

Per il più efficace conseguimento dello scopo del trust, il Comitato dei Saggi, composto dagli amici del Benefattore, ha il compito di consigliare il guardiano e di segnalare a lui ed al trustee i soggetti bisognosi e le situazioni che necessitano l'intervento di quest'ultimo.

La progettazione dell'atto ha dovuto tenere conto anche di quanto richiesto dalle disposizioni legislative in materia di Onlus, nonché di quanto indicato in materia dall'Agenzia delle Entrate nelle sue circolari.

Il testo dell'atto così predisposto è stato oggetto di un confronto attento e approfondito con i funzionari dell'Agenzia delle Entrate, i quali hanno compreso la ragioni del ricorso allo strumento trust e hanno verificato che le clausole e la struttura data al trust fosse idonea ad ottenere la qualifica di Onlus.

Il risultato ottenuto è un atto istitutivo di trust, la cui struttura e le cui clausole, redatte secondo la peculiare prassi redazionale dei trust interni, sono idonee a tradurre la volontà del Benefattore, ma al tempo stesso consentono al trust di avere quelle caratteristiche sostanziali e di gestione richieste dalla legge per ottenere, e mantenere, l'iscrizione all'anagrafe delle Onlus(7).

In data 29 dicembre 2009 l'Agenzia delle Entrate ha comunicato che il trust è stato iscritto all'Anagrafe Unica delle Onlus e che da quel momento è soggetto al controllo da parte dell'Agenzia per le Onlus.

Il trust Onlus è stato poi dal trustee iscritto negli elenchi degli enti che intendono usufruire della forma di finanziamento offerta dal c. d. 5 per mille.

L'Agenzia per le Onlus è una pubblica autorità, istituita con D.P.C.M. 26 settembre 2000, deputata alla vigilanza delle Onlus, dotata di ampi poteri finalizzati a far osservare la normativa in materia di fiscalità delle Onlus, potendo anche irrogare sanzioni nei confronti di queste ultime in caso di violazioni della legge(8).

Nelle funzioni svolte da tale Agenzia si possono intravedere similitudini con l'attività della Charity Commission nei confronti dei trust "charitable": le c. d. "charities", in diritto inglese.

Le charities, strutturate come trust di scopo "charitable", nel senso inteso in tale ordinamento(9), sono molto importanti dal punto di vista economico in quanto, oltre a gestire ingentissimi capitali, sono lo

strumento con cui vengono attuati i compiti propri dello stato sociale; il diritto inglese prevede sgravi fiscali per esse.

La Charity Commission svolge una funzione di controllo sulle "charities" ed è titolare del potere di *enforcement* nei confronti del trustee di un trust "charitable" potendo agire nei suoi confronti, per l'adempimento delle sue obbligazioni.

L'Agenzia per le Onlus ha poteri simili a quelli dei Charity Commissioners inglesi, nei confronti dell'"ente" Onlus, avendo essa il potere di indagine e verifica dell'attività svolta, nonché di richiedere documenti ed informazioni all'ente Onlus.

L'Agenzia delle Onlus, diversamente dalla Charity Commission inglese, non ha il potere di *enforcement* nei confronti del trustee, non potendo essa agire per l'esecuzione del trust.

Tale potere nel trust di scopo, come è quello istituito da Benefattore, può essere invece esercitato, in via privatistica, dal guardiano.

■ Operatività del trust e del trustee

Ottenuta la qualifica di Onlus, il trust in esame ha iniziato ad operare: dopo l'iniziale conferimento di denaro da parte del Benefattore, il fondo è stato incrementato con i fondi raccolti in occasione dei festeggiamenti per il compimento del quarantesimo anno di età del Benefattore.

Ai partecipanti alla festa era stata indicata la possibilità di effettuare donazioni al trust, in alternativa ai doni al festeggiato.

Il rilevante numero di amici invitati dal Benefattore ha fatto sì che il fondo in trust si sia trovato da subito con una dotazione finanziaria di rilievo.

Tale consistente dotazione ha consentito al trustee di operare senza indugi i primi interventi benefici, aventi ad oggetto per esempio l'acquisto di diverse migliaia di pannolini (per bambini dai zero a di-

Note:

(7) In ossequio all'art. 10 del D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460.

(8) Art. 28 del D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460.

(9) Una prima definizione di cosa si intende per scopo *charitable* la fornisce il Charitable Use Act del 1601, definizione schematizzata in seguito dalla Camera dei Lords nel 1891 nelle seguenti quattro categorie: il sollievo dalla povertà; la promozione dell'istruzione; la promozione della religione; qualunque altro scopo benefico per la collettività.

Nel 2006 è stato promulgato il Charities Act con il quale si opera una estensione questa volta in via legislativa.

Sui *trust charitable v., amplius*, M. Lupoi, Istituzioni dei trust e degli affidamenti fiduciarie [*supra*, nota 6], 135.

ciotto mesi), e di centinaia di confezioni di generi alimentari di vario tipo, a favore di storiche istituzioni benefiche genovesi alle quali sono stati consegnati per la distribuzione.

Autonome donazioni da parte di terzi, venuti a conoscenza dell'iniziativa, stanno alimentando il fondo in trust.

■ Conclusione

L'applicazione pratica del trust sopra descritta testimonia di come l'istituto, se compreso a fondo e debitamente strutturato dal punto di vista tecnico, possa fornire soluzioni pratiche, flessibili ed efficienti anche in ambiti di pubblica utilità e solidarietà sociale, come nel caso illustrato.

Inoltre le caratteristiche dell'istituto possono for-

nire ai soggetti che operano nel c. d. terzo settore soluzioni adattabili alle esigenze dei singoli enti benefici, e dei loro assistiti, offrendo, attraverso l'effetto segregativo tipico del trust, la reale garanzia della destinazione benefica o di utilità sociale, del patrimonio dello stesso ente benefico.

Allo stesso tempo il trust, qualificato come Onlus, ed istituito da un ente benefico offre ai potenziali donatori la tranquillità della segregazione e destinazione di quanto donato, nonché incentivi fiscali a donare.

Dal canto suo l'ente benefico, con l'istituzione di un trust, che sia qualificato anche come Onlus, ottiene un risultato efficiente ed adattabile alla singola realtà in cui opera, senza dover far ricorso a strutture segregative più rigide e complesse.