

SAGGI

Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte” di Maurizio Lupoi	333
Il Tribunale di Reggio Emilia ricorre ad un frammento di trust per risolvere un accordo di separazione fra coniugi di Annapaola Tonelli	338
Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni di Giorgio Semino	344
Il trust ed i redditi dei beneficiari di Nicola L. de Renzis Sonnino	361
L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire di Francesco Squeo	369
I riflessi fiscali dell'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie nella prassi dell'Agenzia delle Entrate di Federico Rasi	383
L'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone - profili civilistici di Francesca Marchetti	391
Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. f. di Luigi Rovelli	398
Note sulle modalità del trasferimento dei beni in trust ai beneficiari alla cessazione del trust di Daniele Muritano - Saverio Bartoli	405
La multiproprietà e il trust con riferimento al sistema tavolare di Luca Battistella	413

GIURISPRUDENZA

Obbligo del trustee di investimento sicuro dei beni in trust Italia, Tribunale di Firenze, 20 ottobre 2006, Colucci	418
Separazione coniugale e vincolo di destinazione Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 4 dicembre 2006, V. S. e B. M. Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 26 marzo 2007, V. S. e B. M.	419
Sospensione dell'esecuzione su beni vincolati in un trust auto-dichiarato Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 14 maggio 2007, Gruppo C.G. s.p.a. c. C.G.	425
Efficacia della clausola di esonero da responsabilità del trustee Inghilterra e Galles, Court of Appeal, 22 marzo 2006, Derinda Baker v JE Clark & Co (Transport) UK Ltd	433

S o m m a r i o

Riconoscimento di sentenza straniera in Jersey
Jersey, Royal Court (Samedi Division), 8 dicembre 2006, In the matter of the Brookvale Trust 436

Errore del trustee e annullamento di contratti
Jersey, Royal Court (Samedi Division), 12 dicembre 2006, In the matter of the representation of Mr Steven Bruce Friedman and Asiatrust Limited as trustees of the RAS I Trust 442

Conferimento di beni in trust e volontà del disponente
Jersey, Royal Court (Samedi Division), 24 gennaio 2007, In the matter of the Palm Trust 446

Giurisprudenza storica

Le “confidenze” napoletane
Italia, Corte di Cassazione di Roma, Sez. Civile, 5 maggio 1897, Amministrazione del Demanio dello Stato (Intendenza di Finanza di Napoli) c. Capitolo Metropolitan di Napoli 456

Esecuzione delle disposizioni testamentarie segrete
Spagna, Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 30 ottobre 1944, n. 1180 (traduzione) 464

LEGISLAZIONE

Francia. La legge francese sulla *fiducie*, con traduzione 469

PRASSI NEGOZIALE

Trasferimento di immobili al trustee - registrazione a tassa fissa
di Marco Montefameglio 483

Atto di conferimento di beni immobili a trust esistente 485

Registrazione a tassa fissa di conferimento di beni immobili a trust 488

LETTURE

Profili civilistici, amministrativi, fiscali delle Onlus
di Giorgio Schiano di Pepe 489

Riflessioni sulla “fiducia dopo la morte”

di Maurizio Lupoi

L'ordinamento italiano conosce e impiega il vocabolo “fiducia” in molti diversi ambiti del diritto, sebbene il giurista civilista sia oggi abituato a ragionare solo in termini di negozio fiduciario avendo sostanzialmente dimenticato la nozione di fiducia intesa come affidamento completo e totale del fiduciante nel fiduciario. La fiducia totale è quella nell'erede, nota al diritto romano e al diritto intermedio - che ne garantivano una tutela -, ma della quale ormai non si rinviene alcuna traccia se non nel diritto inglese in virtù dei principî di *equity* e *trust*.

Di “fiducia nell'erede” non si parla da molto tempo. Per vero, è da secoli che non si parla di “fiducia” in qualsiasi accezione. Si parla di “negozio fiduciario”, è vero, ma dai punti di vista dei creditori del fiduciario e del fiduciario che è in grado di tradire la fiducia: singolare modo, a pensarci, di accostarsi a un negozio soltanto dal punto di vista della sua (pretesa) inefficienza.

È proprio da questi punti di vista che la “fiducia nell'erede” - che denomino “fiducia dopo la morte” per estenderla all'esecutore testamentario - manifesta al solo guardarla un bel grado di inefficienza; massimamente inefficiente sarebbe allora la fiducia segreta. Chi scrive ancora oggi di negozio fiduciario, ripetendo le frasi che dall'Ottocento in poi passano da un manuale all'altro, non scrive di “fiducia” e certo non di “fiducia dopo la morte”. E chi scrive dell'unica disposizione del nostro codice civile che tratta un particolare profilo della fiducia testamentaria, l'art. 627 cod. civ., di tutto scrive tranne che della fiducia.

Forse la fiducia non esiste nel nostro ordinamento giuridico?

Il vocabolo “fiducia”, per vero, compare in mille fonti legislative e naturalmente con svariate accezioni: il difensore di fiducia, il medico di fiducia, il perito di fiducia, il consulente di fiducia, il “professionista di fiducia”(1), la “persona di fiducia” che scrive in luogo dell'analfabeta(2) o che assiste l'insegnante

cieco nella correzione degli elaborati scritti(3) o alla quale possono essere affidati gli archivi consolari(4) o che assiste alla perquisizione(5), la “persona di fiducia” del notaio(6), la persona alla quale il cieco “accordi la necessaria fiducia”(7), l’“accompagnatore di fiducia”, che entra con il votante handicappato nella cabina elettorale(8), la “reciproca fiducia” fra gli Stati contraenti un Trattato, la pubblica fiducia e l'abuso della pubblica fiducia(9), la “fiducia del pubblico”, menomata in caso di aggrottaggio bancario(10), la fiducia dei ricoverati, che gli educatori debbono conquistare(11), la fiducia che, venuta meno, legittima la revoca delle concessioni in forza del codice postale(12) o la revoca dell'esecutore testamentario(13), la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti(14), l'abuso di fiducia da parte di un

Note:

Maurizio Lupoi è professore ordinario dell'Università di Genova. Il saggio è destinato agli Studi in onore di Antonio Palazzo.

(1) Art. 2476 e 2545-bis cod. civ. sulla assistenza del socio nell'esame della documentazione societaria.

(2) “Gli analfabeti e quelli che per fisica indisposizione notoria o regolarmente dimostrata si trovassero nella impossibilità di scrivere la scheda, saranno ammessi a farla scrivere da persona di loro fiducia”: art. 9, R. D. 9 febbraio 1888, n. 5231, Regolamento, art. 9.

(3) Art. 2, L. 4 giugno 1962, n. 601.

(4) Art. 49, D. P. R. 5 gennaio 1967, n. 18.

(5) Art. 250 cod. proc. pen.

(6) Art. 51, Legge Notarile.

(7) Art. 3, L. 3 febbraio 1975, n. 18.

(8) Art. 29, L. 5 febbraio 1992, n. 104.

(9) V. per esempio, l'art. 2 del R. D. 30 dicembre 1923, n. 2841.

(10) Art. 37, D. Lgs. 14 dicembre 1992, n. 481.

(11) Regolamento per l'esecuzione della legge 10 dicembre 1925, n. 2277, art. 224: “(...) gli educatori debbono sopra tutto mirare alla conquista della fiducia, della stima e dell'affetto dei singoli ricoverati”.

(12) Art. 2, R. D. 27 febbraio 1936, n. 645; art. 30, D. P. R. 29 marzo 1973, n. 156.

(13) Art. 710 cod. civ.

(14) Art. 1564 cod. civ.

Saggi

dipendente(15), che può portare alla perdita dell'impiego(16), la fiducia della quale un magistrato deve essere meritevole(17), la fiducia che il Governo deve avere dalle Camere, la "completa fiducia" che il pubblico dipendente deve curare si stabilisca fra i cittadini e l'Amministrazione(18), gli istituti bancari "di fiducia" presso i quali il Console apre un conto corrente(19), il "rapporto di fiducia", la cui "turbativa" legittima un pediatra a non assistere più un paziente(20), e il "rapporto di fiducia" fra il cittadino e la pubblica amministrazione(21), gli appaltatori "di fiducia" del Ministero delle Finanze(22), i "soggetti che riscuotono la fiducia" dell'Amministrazione finanziaria(23), il "personale di fiducia" (la cui definizione comprende i sottufficiali, ma non gli ufficiali)(24), i "soggetti di fiducia", ai quali la stazione appaltante può affidare incarichi di verifica(25), la "fiducia del consumatore" nel commercio elettronico(26); e tante altre occorrenze di "fiducia" che ometto perché il breve e parziale elenco che precede è sufficiente per mostrare quanto frequenti sono i riferimenti normativi alla "fiducia".

Sarebbe possibile un approccio concettuale, sceverando "fiducia" da "fiducia". Esso avrebbe parecchi meriti, distinguendo, per esempio, la fiducia che si dà, la fiducia che si presume, la fiducia che si riceve, la fiducia in una persona e la fiducia in una istituzione, la fiducia di chi si abbandona e la fiducia di chi vigila: tante diverse fattispecie, accomunate in un solo termine. Per collegarci all'interrogativo con il quale ho aperto queste riflessioni, approfondiamo la fiducia in una persona quando essa sia la fiducia di chi si abbandona, non la fiducia di chi vigila: possiamo definirla "fiducia totale".

Chiediamoci, allora: quando è che la "fiducia" in una persona è totale? La fiducia dell'analfabeta, la fiducia del cieco, la fiducia del cliente nell'avvocato e nel medico sono, a mio parere, in testa a questa particolare classifica ed è evidente che cosa le accomuni: l'impotenza di chi ripone la fiducia.

La nozione di "impotenza" ha una lunga storia. Il cliente del *patronus* romano era "impotente", come lo era chi, nel periodo declinante dell'Impero romano, ma anche al tempo delle invasioni saracene o normanne, affidava non solo se stesso ma tutti i propri beni a chi poteva proteggerlo e si riduceva in schiavitù per avere salva la vita: la propria e quella dei suoi familiari. I capitolari carolingi e altre fonti altome-

dievali si riferiscono talvolta ai "minus potentes" (già allora si impiegavano gli eufemismi)(27): le vedove e gli orfani, innanzi tutto. Nella legge di Elisabetta I di Inghilterra sui trust istituiti "for relief of aged, impotent and poor people" (1601) il termine "impotent" trasferisce nella lingua inglese la carica semantica di "impotentes" che, sin dal tardo diritto romano e poi nel diritto altomedievale, designa l'opposizione a "potentes". L'impotente è anche "pauper" e quindi la coppia non è "divites/pauperes", ma "potentes/pauperes"(28). "Pauperes" sono coloro che non hanno accesso alla tutela astrattamente prevista dalla legge e che sono soggetti agli abusi dei "potentes". Questi abusi sono la conseguenza della duplice valenza del rapporto fra diseguali: la soggezione chiede la protezione, ma quest'ultima è nella discrezionalità del potente. Il titolare del *mundium*, sia egli un privato sia egli il re, protegge chi gli è soggetto e la protezione diviene un obbligo verso la "debilior persona": i miseri di Carlo Magno, i vescovi debbono dare "consolationem atque defensionem" a "pauperes, viduae, orphani et peregrini".

Chi si affida diventa "pauper" se l'affidamento è totale e comporta abbandono.

Note:

(15) Per esempio, R. D. 16 marzo 1942, n. 701 (Vigili del fuoco).

(16) Art. 60, L. 18 ottobre 1951, n. 1128 (Ufficiali giudiziari).

(17) Art. 18, R. D. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511.

(18) Art. 13, D. P. R. 10 gennaio 1957, n. 3; art. 34, L. 26 marzo 1958, n. 425 (Ferrovie dello Stato).

(19) Art. 5, L. 6 febbraio 1985, n. 15.

(20) Art. 17, D. P. R. 13 agosto 1981.

(21) Art. 13, L. 27 febbraio 2000, n. 212.

(22) D. M. 14 febbraio 1991, n. 242, preambolo.

(23) Art. 1, L. 18 febbraio 1997, n. 28.

(24) Art. 7, D. M. 13 ottobre 1992, n. 584.

(25) Art. 30, L. 11 febbraio 1994, n. 109.

(26) Art. 21, L. 31 marzo 1998, n. 114.

(27) V., per esempio, il capitolare dell'anno 802 in MGH, Capit., I, n. 34.18.

(28) K. Bosl, Potens und pauper, in Id., Frühformen der Gesellschaft im mittelalterlichen Europa, München - Wien, 1964, p. 106; S. Weinberger, La transformation des Potentes dans la Provence médiévale, XCVII Moyen Age (1991) 159.

Questo il terreno della fiducia totale: la fiducia dopo la morte, specie la fiducia segreta, vi si colloca a buon diritto. Il defunto è, per definizione, "impotente" dinanzi all'erede o all'esecutore al quale ha segretamente commesso un compito. I familiari potranno supporre che l'erede scritto non sia "vero erede" (questa è la terminologia del diritto comune) e che il defunto abbia voluto che i beni pervengano a soggetti in favore dei quali non avrebbe potuto testare: soggetti incapaci di ricevere, magari perché aderenti a una religione proscritta (è il caso dei "Papisti" in Inghilterra dalla prima metà del XVI secolo fino al 1832); oppure lo Stato potrà dedurre da qualche circostanza che l'eredità sia destinata a un ordine religioso in violazione della legge (questo è il fenomeno delle "frodipié", assai frequente in Italia nella seconda metà dell'Ottocento e ai primi del Novecento): questi temi toccano la fiducia solo marginalmente.

I temi che toccano la fiducia sono quelli che riguardano la posizione di chi è "potens" rispetto a chi è "pauper" e quindi le obbligazioni del "potens": le obbligazioni fiduciarie.

"Der Fiduziar kann mehr als es darf": mi sono sempre chiesto che cosa i Pandettisti abbiano creduto di scoprire e perché buona parte della civilistica italiana abbia ritenuto di dovere scolasticamente seguire. Quale è la scoperta? Che il fiduciario può abusare dei suoi poteri? Certamente, ma dove è la specificità rispetto a innumerevoli altre fattispecie di possibile abusi in conseguenza di poteri concessi? Tutte le situazioni di *impotentia* sono situazioni di possibile abuso. La specificità della fiducia totale consiste nella certezza che l'abuso non avverrà ed è solo per questa ragione che chi non può si consegna a chi può.

Non risulta che i fiduciari abusino dei loro poteri, anzi risulta il contrario. La testimonianza della giurisprudenza è, a questo proposito, fondamentale. Un dato è certo, anche se esso sfuggì a suo tempo ai Pandettisti e sfugge ai giuristi contemporanei: le controversie in materia di fiducia, specie testamentaria e ancora più di fiducia testamentaria segreta, non hanno quale oggetto gli abusi del fiduciario.

Vi è un altro dato, che fu ignorato dai Pandettisti ed è egualmente ignorato dai giuristi contemporanei: esso riguarda il ricorrente dubbio sollevato circa la efficienza dei negozi fiduciarie - e ora mi riferisco anche ai negozi fra vivi - sotto il profilo della inopponibilità

della fiducia ai creditori del fiduciario. Ebbene, la aggressione dei beni del fiduciario da parte dei suoi creditori è evento che non si è quasi mai verificato nella storia del diritto. Mi riferisco, qui come nel complesso di queste note, al fiduciario in senso proprio, quello al quale, peraltro, si riferiva la Pandettistica: i fiduciari professionali appartengono a un altro mondo e il solo fatto che siano "professionali" rende impossibile considerarli "fiduciarie" nella accezione di "fiducia" che sto privilegiando: quella è la fiducia di chi vigila, non la fiducia di chi si abbandona. Il complesso delle teorie sulla "autorizzazione" e sulla correlativa fiducia c. d. "germanistica", impiegate principalmente nel quadro dei mandati a società fiduciarie, sono propriamente la negazione della fiducia e del suo substrato economico, sociale e - questo aggettivo entra a pieno titolo nel tema della fiducia - etico. Teorie perfettamente legittime, sebbene non tanto idonee per il nostro contesto giuridico, che nulla hanno mai detto sulla fiducia e che, per questa ragione, non interessano.

Forse debbo giustificare quest'ultima affermazione e lo faccio agevolmente. Le teorie del negozio fiduciario non hanno mai considerato meritevole di approfondimento il tema delle obbligazioni del fiduciario. Sbiadite nell'obbligazione di restituire o di impiegare e restituire, queste obbligazioni sono così banalmente delineate da rendere impossibile alcuna distinzione rispetto al mandato con la consegna della provvista al mandatario, al deposito irregolare e ai negozi gestori in genere. Ma ancora: le teorie del negozio fiduciario non hanno mai ritenuto di indagare quali siano le fattispecie fiduciarie e (lo notò, opponendovisi, Nicolò Lipari nella sua monografia del 1964) sono state costruite senza alcuna rilevazione empirica. E questa, comunque si intenda il compito del giurista, non è lieve contestazione.

Una analisi giuridica che ignora tanto il mondo reale della fiducia quanto lo specifico tema sostanziale delle obbligazioni fiduciarie è molto irritante oltre che dannosa. Scrivendo "quia de eo multum confidebat" la Glossa(29) aveva aperto un mondo, dal quale noi - i pretesi successori del diritto romano! - siamo oggi esclusi, ma che è stato conquistato da coloro

Nota:

(29) Glossa di Accursio al brano di Giavoleno in D. 36. 1. 48 (46).

Saggi

che, secondo la Vulgata comparatistica, hanno sempre rifiutato ogni legato romanistico.

La “fiducia dopo la morte”, fiducia non manifestata in alcuno scritto, quale tipologia di fiducia totale. Fiducia nell’erede scritto, fiducia nell’erede legittimo, fiducia nell’esecutore testamentario. La “fiducia dopo la morte” ha dato luogo a una giurisprudenza di altissimo livello in Italia, purtroppo presto frastornata dal concettualismo dottrinale. Il terreno di elezione è stato quello delle obbligazioni naturali, ma non, come sono certo ha pensato d’istinto il lettore alla sola menzione di “obbligazione naturale”, per affermarne la non coercibilità, quanto per affermare l’irripetibilità dell’esecuzione che ne sia stata data.

Mi chiedo se sia possibile compiere un passo ulteriore.

L’erede, testamentario o legittimo, l’esecutore testamentario apprendono i termini della fiducia segreta dalla viva voce del testatore, il quale talvolta poi richiama la mera esistenza della fiducia (non le relative disposizioni) nella scheda testamentaria⁽³⁰⁾, ma il più delle volte non lascia alcun segno, cosicché l’istituzione di erede o la nomina dell’esecutore sono piene o il testamento manca perché fiduciario è l’erede legittimo⁽³¹⁾. In tutti questi casi il fiduciario dà la propria fede, mediante espressa dichiarazione quando apprende i termini della fiducia o in qualunque altro modo che crei affidamento nel fiduciante; d’altronde, è ovvio che, in mancanza, il fiduciante darebbe luogo a un legato, a una attribuzione fra vivi o ad altro negozio.

La libertà testamentaria non è pregiudicata da queste intese⁽³²⁾, dato che fino all’ultimo momento la fede ricevuta potrà non essere invocata, ma, se la persona muore nell’attesa che la fede data abbia riscontro nel successivo comportamento del fiduciario, è ben duro concludere che, a tutto concedere, è sorta una obbligazione naturale.

“Quia de eo multum confidebat”: questo basta per la fiducia testamentaria palese, della quale il fiduciario può ben essere all’oscuro, non invece per la fiducia dopo la morte, la fiducia non manifestata in alcuno scritto, che riposa solo sulla fede data dal fiduciario.

I nostri grandi videro nella fiducia dopo la morte, totalmente segreta, una struttura “contrattuale”: l’opinione di Graziani - “Et non mirum si sufficiunt duo

testes, quando testator fecit sibi *dare fidem* de restituendo alicui haereditatem, quia tunc talis promissio transit in vim contractus, qui non requirit plures testes quam duos”⁽³³⁾ - conclude una linea di pensiero⁽³⁴⁾ alla quale aveva dato inizio Bartolo: “ibi est casus specialis, vel aliter, ponere *in fide haeredis* ita quod haeres promittat hoc defuncto, sapit naturam contractus”⁽³⁵⁾.

Sgomenta che la giurisprudenza inglese abbia colto e sviluppato questa precisa impostazione giuridica.

Nel 1855: “Quando una persona - sapendo che il testatore, disponendo in suo favore, intende che egli impieghi i beni non a suo vantaggio - promette espressamente, oppure implicitamente col proprio silenzio lascia intendere, che egli attuerà la disposizione del testatore e i beni sono a lui lasciati sulla fede di quella promessa o impegno, si tratta di un trust”⁽³⁶⁾.

Nel 1981: “Il fondamento giuridico di tutti questi precedenti è che il giudice di Equity non consente che una persona, alla quale beni sono stati trasferiti liberalmente ma sulla fede di un accordo o chiara in-

Note:

(30) Due esempi: “In corso di mia vita darò all’amato sacerdote Fiorini tutte le carte che riguardano i miei interessi, con le prescrizioni su di che dovrà impiegarsi lo raccolto”: Cass. Palermo, 21 agosto 1886, Tendi c. Fiorini, Foro it., 1887, I, 555, che conferma App. Catania, 22 dicembre 1882, Tendi c. Fiorini, Foro it., 1883, I, 431; il reddito netto dei beni “sarà ritirato da mio cognato Nino, esecutore testamentario, il quale ne disporrà a suo beneplacito, secondo le mie verbali disposizioni, in opere di bene”: Cass., 9 settembre 1970, n. 1369, Guidobono c. Guidobono Cavalchini, Giust. civ., 1971, I, 332.

(31) Per la fiducia nell’erede legittimo, v. Inst., 2.23.10; cfr. Gai., Inst., 2.270.

(32) Per i profili delle intese successorie nel diverso (ma non tanto diverso) ambito dei testamenti concordati, v. A. Braun, L’elemento contrattuale nei testamenti concordati: appunti sull’evoluzione storica nel diritto tedesco e inglese, in M. Lupoi (cur.), Le situazioni affidanti, Torino, 2006, 185.

(33) S. Graziani, Disceptationum forensium iudiciorum, t. IV, Coloniae Allobrogorum: Apud Petrum Albertum, 1622, disc. 650, n. 32.

(34) Cfr. F. Treggiari, Minister ultimae voluntatis. Egesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario, I, Napoli, 2002, pp. 396-404.

(35) Bartolo da Sassoferrato, Seconda Bartoli super Infortiato, Venetiis, 1542, ad D. 30. 55.

(36) “Where a person, knowing that a testator in making a disposition in his favour intends it to be applied for purposes other than his own benefit, either expressly promises, or by *silence* implies, that he will carry the testator’s intention into effect, and the property is left to him upon the *faith* of that promise or undertaking, it is in effect a case of trust”: *Wallgrave v Tebbs* (1855) 2 Kay and Johnson 313, 69 ER 800, a p. 321 del primo report.

tesa che saranno impiegati in un particolare modo a vantaggio di un terzo, ne disponga in modo da violare quell'accordo o quella intesa"(37).

Il terreno del confronto è chiaramente delimitato. Il diritto inglese ha nutrito le valenze fiduciarie del nostro diritto comune e ha eretto le obbligazioni nascenti dalla fede data, obbligazioni di coscienza in prima analisi, in obbligazioni giuridiche. Noi abbiamo confuso le obbligazioni naturali con le obbligazioni morali, queste ultime con le obbligazioni di coscienza e queste ultime con le obbligazioni prescritte dalla religione; cosicché, cessato l'*utrumque ius*, è stato eretto un vallo e il diritto civile, volendosi proteggere, si è impoverito.

Il terreno da recuperare è assai vasto. Le precise connotazioni giuridiche possono subentrare in un secondo tempo, per lo meno per i giuristi i quali ritengono che prima si debba guardare alla società e poi ai concetti e rendere questi idonei a comprendere quella (il che è possibile) e non viceversa (il che sarebbe comunque impossibile)(38). Più urgente è comprendere i fenomeni, il loro substrato sociale, le aspettative che i soggetti ripongono nell'ordinamento.

Nella ricerca di criteri idonei per misurare i sistemi giuridici ha un ruolo la validità assiologica(39). Quando un sistema è percepito dai consociati come distante dal loro modo di sentire, come improntato a valori che essi non condividono, la reazione può essere violenta o, più comunemente, di distacco e di estraneità. Emergono, allora, prassi negoziali evasive e la nostra esperienza ne mostra moltissime: ricordiamo il divieto della donazione fra coniugi. Emergono comportamenti criminali e comportamenti che della legge prendono solo la forma e la volgono a interessi che certo la legge non intendeva promuovere: pensiamo ai concorsi universitari. Vi è, però, un sottinsieme di fenomeni, che hanno una propria specificità: essi sono originati dalla mancanza di sostegno, da parte della legge, di esigenze diffuse e condivise che, per avventura, si pongono al vertice di una scala assiologica che per il diritto vigente neanche esiste: è questo il caso della fiducia totale. Il singolo allora rinuncia a fare alcunché, in quanto pensa che nulla sia possibile nel proprio ordinamento giuridico. Però apprende che in altri ordinamenti quei valori, che egli ritiene fondanti, esistono e sono riconosciuti e protetti, anzi considerati preminenti. Dunque,

egli riflette, è possibile un diverso contesto giuridico, ma non è il mio.

Ed è così che progressivamente fra diritto e consociati sparisce qualsiasi immedesimazione, il diritto proprio perde legittimazione assiologica e quello altrui lo sostituisce.

.....
Note:

(37) "The principle of all these cases is that a court of equity will not permit a person to whom property is transferred by way of gift, but on the faith of an agreement or clear understanding that it is to be dealt with in a particular way for the benefit of a third person, to deal with that property inconsistently with that agreement or understanding": *In Re Cleaver, Deceased; Cleaver and Another v Insley and Others* [1981] 2 All ER 1018, [1981] 1 WLR 939 (Chancery), a p. 947 del secondo report; simili espressioni, con riferimento alla fiducia semisegreta, sono in *In re Gardner (No. 2) Huey v Cunningham* [1923] 2 Ch. 230.

(38) Ha osservato recentemente F. D'Alessandro, La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali, Giust. civ., 1996, II, 329, che la riforma del diritto fallimentare non è stata preceduta da studi ricognitivi e statistici; l'osservazione è corretta, ma si applica ad altre importanti riforme, se non a tutte quelle fatte in Italia: un giurista americano si prese la briga di leggere i nostri lavori parlamentari sulla riforma del processo civile e giunse con meraviglia alla medesima conclusione.

(39) Una prima impostazione è in M. Lupoi, Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso, Napoli, 2001, pp. 217-223.

Saggi

Il Tribunale di Reggio Emilia ricorre ad un frammento di trust per risolvere un accordo di separazione fra coniugi

di Annapaola Tonelli

È consentita la modifica (consensuale) delle condizioni di separazione con cui uno dei coniugi sostituisce l'obbligo di mantenimento della prole (inizialmente stabilito con un assegno periodico da versare alla madre affidataria) trasferendo all'altro coniuge beni immobili, purché sui beni venga impresso un vincolo di destinazione (art. 2645 *ter* cod. civ.) a favore dei figli (nella fattispecie, il Tribunale ha ritenuto che i vincoli di destinazione dei frutti al mantenimento e di inalienabilità dei cespiti, entrambi previsti sino al raggiungimento dell'indipendenza economica, costituiscano sufficiente garanzia per la salvaguardia del preminente interesse della prole).

Nel momento in cui abbiamo letto la decisione del Tribunale di Reggio Emilia, 26 marzo 2007⁽¹⁾ in commento, subito ci è venuto alla mente uno dei primi articoli della dottrina, immediatamente successivo all'entrata in vigore dell'art. 2645 *ter* cod. civ.⁽²⁾ "Gli atti di destinazione nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust"⁽³⁾ dove viene spiegato perché, se da un canto la norma in commento può inizialmente ricordare il trust, d'altro canto da esso molto si discosta, mancando soprattutto, nel tenore letterale della norma, il cuore del trust, ovvero l'obbligazione fiduciaria⁽⁴⁾.

Riteneva l'autore citato⁽⁵⁾ che fosse da respingere quella isolata interpretazione di alcuni⁽⁶⁾, secondo la quale avesse avuto accesso nel nostro ordinamento una sorta di "trust all'italiana", interpretazione, quest'ultima che tranquillizzava i pochi⁽⁷⁾ che ancora sentivano come una spina nel fianco il dover ricorrere ad una legge straniera per istituire un trust interno⁽⁸⁾.

In ogni caso, molteplici e significative sono le conseguenze che derivano da questa decisione emiliana, sia con riferimento ad alcuni principî generali che riguardano appunto la corretta interpretazione dell'art. 2645 *ter* cod. civ., sia con riferimento all'in-

novazione che essa apporta nell'ambito del diritto di famiglia.

Con riguardo al primo aspetto, è significativo come il Tribunale abbia sentito il dovere di precisare preliminarmente che i coniugi avevano senza dubbio posto in essere un contratto.

Dal ciò consegue, e questo risulta nella prima parte motiva della decisione, che l'art. 2645 *ter* cod. civ. possa applicarsi sia agli atti, sia ai contratti, che abbiano assolto al requisito formale della forma pubblica, segnatamente confermando quella che era già stata l'interpretazione maggioritaria della dottrina sul punto⁽⁹⁾.

Note:

Annapaola Tonelli è avvocato in Bologna e Trieste.

(1) *Infra*, 419.

(2) Articolo inserito nel codice civile dall'art. 39 *novies* del D. L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni nella L. 23 febbraio 2006, n. 51.

(3) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(4) In questo senso anche P. Manes, Profili generali dei trust interni e Convenzione de L'Aja sul loro riconoscimento, relazione presentata alla giornata di studi su "Novità legislative di interesse notarile. Atti di destinazione, trust, patti di famiglia", organizzata dall'Associazione Sindacale Notai del TriVeneto, svoltasi in Mestre, il 1° aprile 2006.

(5) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" [*supra*, nota 3].

(6) L. F. Riso - D. Muritano, Il trust, diritto interno e Convenzione de L'Aja, ruolo e responsabilità del notaio, Studio approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 10 febbraio 2006, in questa Rivista, 2004, 466, 633.

(7) E fra questi, certamente, F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645 *ter* c. c., consultabile sul sito Internet di "Judicium" all'indirizzo <http://www.iudicium.it>.

(8) Come reso possibile dall'art. 6 della Convenzione de L'Aja sulla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, ratificata con L. 16 ottobre 1989, n. 364.

(9) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" [*supra*, nota 3]; G. Fanticini, L'art. 2645-*ter* del codice civile, in Aa. Vv., La protezione dei patrimoni, Rimini, 2006.

Ancora una volta poi, la giurisprudenza⁽¹⁰⁾ chiarisce che l'art. 2645 *ter* è una norma sugli effetti e non la fonte normativa dalla quale si ritiene possa aver avuto ingresso nel nostro ordinamento un nuovo tipo di atto, innominato, la cui causa sia esclusivamente plasmata sulla destinazione del bene alla realizzazione di interessi meritevoli⁽¹¹⁾.

Se non può essere questa la sede per rammentare il dibattito sorto a seguito dell'entrata in vigore della norma suddetta, occorre ricordare che la dottrina aveva da subito sostenuto come la carenza di struttura sostanziale nella norma in commento, nonché la sua collocazione sistematica nel Titolo I del codice civile sulla trascrizione, rendevano di fatto impossibile accogliere la tesi della norma d'atto⁽¹²⁾, sostenuta invece da larga parte del notariato⁽¹³⁾ e da alcuna isolata dottrina⁽¹⁴⁾.

L'equazione che ne sarebbe derivata, destinazione del bene al perseguimento di un interesse = causa del negozio giuridico, se da un canto avrebbe significato spalancare la porta alla legittimità del tanto dibattuto negozio traslativo atipico⁽¹⁵⁾, d'altro canto avrebbe significato riconoscere alle norme in materia di trascrizioni una portata maggiore di quella che da sempre la Cassazione ha loro attribuito, e cioè l'essere norme sugli effetti, che determinati atti producono rispetto ai terzi, e non norme sugli atti⁽¹⁶⁾.

Spiega autorevole dottrina⁽¹⁷⁾ che la tipicità della trascrizione è esclusivamente da riferirsi agli effetti, non agli atti da cui tali effetti derivano, e tale assunto risale a decisioni di legittimità che datano fin dalla seconda metà degli anni '60.

La citata dottrina scrive poi che: "non c'è alcun indizio da cui desumere che sia stata conosciuta una nuova figura negoziale, di cui non si riesce ad individuare la struttura, se unilaterale o bilaterale, a titolo oneroso o gratuito, ad effetti traslativi o obbligatori"⁽¹⁸⁾.

Alla luce di ciò, appare evidente come non possa parlarsi di norma d'atto, anche solo in base ad un semplice ragionamento.

Laddove si ritenesse che l'art. 2645 *ter* abbia introdotto nell'ordinamento una nuova tipologia d'atto, "l'atto di destinazione", allora sarebbe altrettanto evidente che, in quanto atto tipico, dovrebbe avere una propria disciplina esaustiva, il che non è, proprio per le carenze strutturali della norma ricordate dall'autore citato.

Sarebbe allora necessario applicare a questa fatti-

specie negoziale nuova, per analogia, le norme dei negozi tipici, ad essa più similari.

In altri termini, si ricorrerebbe ad un processo interpretativo indiretto, che ha le sue basi nella comparazione analogica, per disciplinare un rapporto che, al contrario, se ritenuto sorretto da un negozio di sorta, produttivo anche degli effetti di cui all'art. 2645 *ter* cod. civ., ha una propria disciplina autonoma (mandato, vendita, trust).

Il paradosso che ne deriva è manifesto: si applica al caso specifico la medesima disciplina ma, nel primo caso l'applicazione è diretta, nel secondo avviene per analogia, con tutte le conseguenze di contraddittorietà che possono derivarne.

La norma in esame, quindi, sancisce un nuovo tipo di effetto reale, corollario del negozio giuridico cui accede (trust, donazione, permuta, mandato, compravendita) il quale, comprimendo ed incidendo sul

Note:

(10) Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in questa Rivista, 2006, 417.

(11) A. Picciotto, Il trust e l'araba fenice ovvero l'inutile e dannoso interesse meritevole di tutela, *Contratto e impr.*, 2006, vol. 4-5 sostiene, sin dall'entrata in vigore della norma, che essa fosse una norma sugli effetti e non d'atto.

(12) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" [*supra*, nota 3]; A. Picciotto, Il trust [*supra*, nota 11]; G. Fanticini, L'art. 2645-ter del codice civile [*supra*, nota 9]; P. Manes, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, in *Contratto e impr.*, 2006, 626.

(13) V. *supra*, nota 4 e, nello stesso senso, R. Franco, Il nuovo art. 2645 *ter* c. c., *Notariato*, 2006, 315.

(14) M. Bianca, Il nuovo art. 2645-ter c.c. Notazioni a margine di un provvedimento del giudice tavolare di Trieste, *Giust. civ.*, 2006, II, 187.

(15) Alcuni riflessioni in punto al negozio traslativo atipico, in relazione al trust, sono presenti anche in Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67.

(16) Cass., 11 novembre 1969, n. 3664, *Mass. Foro it.*, 1969, 1334, e, molto più recentemente, Cass., 12 dicembre 2003, n. 19508, inedita.

(17) A. Picciotto, Il trust [*supra*, nota 11], scrive che "merita forse anche leggere la sentenza secondo cui, con la norma dell'art. 2645 c.c. il legislatore ha sancito l'obbligo della trascrizione per ogni atto o provvedimento diversi da quelli enunciati nel precedente art. 1643 che possono produrre un pari effetto in relazione a beni immobili e diritti immobiliari. Infine già quasi quarant'anni fa la Suprema Corte di Cassazione aveva esplicitato come gli effetti non dovessero essere del tutto identici a quelli dei contratti menzionati dall'art. 2643 c. c. potendo essere anche solamente similari" e ricorda, infine, *sub* note 5, 6 e 7, che trattasi della Cass., 21 luglio 1949 n. 1917 e, più recentemente, Cass., 14 novembre 1997 n. 11250. Conformi sono, altresì, L. Pellegrini, L'iscrizione tavolare del diritto in favore del trustee, in questa Rivista, 2006, 181; G. Fanticini, L'art. 2645-ter del codice civile [*supra*, nota 9]. In giurisprudenza, v. Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, 83.

(18) A. Picciotto, Il trust [*supra*, nota 11].

Saggi

diritto di proprietà, deve necessariamente essere trascrivibile(19).

Per questo motivo, ben 6 anni prima dell'avvento dell'art. 2645 *ter*, fu decretata la legittimità della trascrizione, nella Conservatoria dei PP. RR. II., del diritto di proprietà del trustee sui beni in trust(20).

In ogni caso l'art 2645 *ter* ha senza dubbio cancellato qualsiasi incertezza circa la legittimità della trascrizione nei PP. RR. II. dei diritti proprietari del trustee, considerato che tale strumento, sia che lo si qualifichi negozio atipico, come fanno i più, sia che lo si qualifichi tipico(21), è certo che comunque produce gli effetti previsti dalla norma stessa.

Tant'è che, dopo l'entrata in vigore dell'art 2645 *ter* anche le isolate circoscrizioni che ancora non trascrivevano i trust hanno provveduto senza indugio(22).

Occorre poi spendere poche parole per segnalare altre importanti ripercussioni che questa decisione è destinata ad avere rispetto ad alcuni principi generali.

Una domanda, infatti, sorge spontanea: i coniugi *de quibus* avrebbero potuto decidere di istituire un trust, nominando ad esempio la moglie, o il marito, trustee dei beni immobili in questione e sottoporre la loro decisione al Tribunale per l'approvazione(23)?

Certamente sì, ed in altri casi ciò è già accaduto e detti accordi sono consacrati nei verbali di omologa(24).

E se così è, quale sarebbe stata, nel concreto, la differenza per costoro laddove, invece di fare quello che hanno fatto (una cessione di beni imprimendo loro un vincolo di destinazione), avessero istituito un trust?

Molteplici.

In primo luogo avrebbero potuto godere dei diritti che sono riconosciuti ai beneficiari del trust, dalla legge applicabile prescelta (ad esempio, quella inglese), molto più pregnanti ed efficaci rispetto alla scarsa, se non nulla, definizione che degli stessi viene data dall'art. 2645 *ter*.

Primo fa essi, il diritto di rendiconto da parte del trustee(25), circa il suo operato e la consistenza dei beni in trust.

In secondo luogo avrebbero potuto, se il trustee non ottempera, revocarlo semplicemente, nominandone *tout court* uno nuovo mentre, nel caso di specie, più problematico sarà individuare l'azione da farsi se il coniuge non dovesse rispettare quanto previsto a suo carico.

Ancora più incerto risulterà poi, in ragione della

portata della norma, rispetto agli accordi concretamente raggiunti dai coniugi, verificare se un terzo potrà, in caso di *mala gestio* del genitore, sostituirlo nell'ufficio; laddove fossero ricorsi ad un trust il problema non vi sarebbe stato.

In terzo luogo, il trust avrebbe consentito la nomina di un guardiano, soggetto terzo rispetto ai beneficiari, ma anche ai coniugi, che avrebbe controllato l'operato del trustee, con potere diretto di revoca dello stesso in caso di sue inadempienze.

Nel caso in esame, invece, il tutto è affidato alla buona creanza e correttezza dei genitori, atteso che i poteri eventuali di intervento del terzo (come indicati dalla norma, e quindi anche il P.M.) sono sempre subordinati al fatto pratico che il terzo ne sia messo a conoscenza e, indubbiamente, il coniuge conferente non ha certo poteri di intervento e controllo paragonabili a quelli del guardiano del trust.

Questi sono solo alcuni esempi di come il trust avrebbe potuto meglio assicurare la protezione dei diritti della prole ma occorre precisare, per fugare i dubbi di quanti non conoscono a fondo il diritto dei trust, che il Tribunale non aveva, e non ha, *ex officio*, il potere di ordinare l'istituzione di un trust.

Note:

(19) Trib. Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 17].

(20) Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in questa Rivista, 2000, 372, a p. 373 e A. Tonelli, nota a Trib. Bologna, 18 aprile 2000, Notariato, 2001, 1.

(21) Come lo intende, ad esempio, Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 15].

(22) La circoscrizione di Napoli ha provveduto, dopo l'entrata in vigore della norma, a trascrivere atti di trust presso la locale Conservatoria, precedentemente rifiutati. Rimane ad oggi solo la circoscrizione tavolare di Cortina D'Ampezzo che non ha proceduto ad intavolare il diritto reale del trustee, nonostante l'entrata in vigore dell'art. 2645 *ter* cod. civ. Il decreto di rigetto cui facciamo riferimento è del 13 marzo 2006 ed è stato commentato da G. Fanticini sul sito Internet di "Filodiritto" all'indirizzo <http://www.filodiritto.it>.

(23) Un interessante saggio circa la sinergia fra art. 2645 *ter* e rapporti patrimoniali fra coniugi è di G. Obero, Vincoli di destinazione ex art. 2645 *ter* c. c. e rapporti patrimoniali fra coniugi, Famiglia e dir., 2007, 212, mentre, dello stesso autore, si segnalano anche, Id., Atti di destinazione (art. 2645 *ter* c. c. e trust: analogie e differenze), Contratto e impr. - Europa, 2007, 351 e consultabili sul sito Internet di "Geocities" all'indirizzo <http://www.geocities.com>.

(24) Trib. Milano, 7 giugno 2006, in questa Rivista, 2006, 575; Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005, *ivi*, 247; Trib. Milano, 8 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 585.

(25) Per il diritto di rendiconto che i beneficiari hanno verso il trustee, si rinvia a M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, nonché allo studio di G. Lepore, inedito.

Purtroppo, stante la mancata estensione da parte dello Stato italiano all'art. 20 della Convenzione de L'Aja, ovvero sia prevedere che il trust possa sorgere per effetto di una decisione giudiziale, allo stato i trust c. d. giudiziali (*constructive trust*, secondo l'ordinamento inglese) non sono possibili in Italia(26).

Ben consapevole di ciò(27), il Giudice non ha potuto ordinare al coniuge di nominarsi trustee dei beni trasferitigli dal marito ma è ricorso a quel frammento di trust(28) che, seppur monco e sofferente, l'art. 2645 *ter* reca.

Diciamo questo in ragione dei fatti sostanziali accaduti in questa vicenda, considerato che, all'iniziale istanza dei coniugi *ex art.* 710 cod. proc. civ. ad effettuare *tout court* il trasferimento dei beni alla moglie, in sostituzione dell'assegno di mantenimento, il Tribunale emiliano replicava che tale decisione non assicurava la protezione dei diritti della prole e, come tale, non sarebbe stata accolta.

È stato infatti lo stesso Tribunale a suggerire il ricorso all'art 2645 *ter*, esprimendo la volontà - e necessità - di imprimere un vincolo di destinazione su tali beni a beneficio dei minori.

Siamo giunti ora alle riflessioni che questa pronuncia impone nell'ambito del diritto di famiglia.

Il punto di partenza è la meritevolezza degli interessi tutelati, che la norma prevede a requisito.

Non devono però dimenticarsi le ulteriori condizioni preliminari richieste dalla norma che, parimenti, i coniugi risultano aver assolte: è stato posto in essere un negozio giuridico avente forma contrattuale, avente forma di atto pubblico in quanto consacrato in un provvedimento giudiziale.

In ragione di tali premesse, il Tribunale sposta quindi la sua riflessione sui due divergenti orientamenti che concernano la qualificazione giuridica dei contratti fra coniugi.

Secondo il primo orientamento, che il Tribunale emiliano riconduce alla giurisprudenza di legittimità pressoché costante fino al 2004(29), l'accordo ha una causa atipica, mentre per il secondo orientamento, che viene sostenuto dalla Cassazione più recente(30) e dalla dottrina(31), l'accordo può ritenersi con una causa tipica.

Accogliere l'una, o l'altra tesi, porta a soluzioni completamente diverse circa il compito del giudice, sicché, nell'incertezza della risposta, il Tribunale diligentemente affronta entrambe le possibilità, per giungere alla medesima conclusione.

Se l'accordo deve ritenersi con causa atipica, allo-

ra è indubbio che l'indagine deve rivolgersi alla natura, causa e validità dell'accordo stesso.

Il primo passaggio è stato quindi riconoscere validità sostanziale agli accordi fra coniugi che prevedono un trasferimento immobiliare in un'unica soluzione, invece della corresponsione periodica di un assegno; soluzione legittima allorché provenga dalla libera autonomia negoziale delle parti e non effetto dell'imposizione giudiziale.

Il trasferimento coatto di beni con funzione solutoria, si sa, non è un potere del giudice(32) e ciò è confermato anche dall'art 155, IV comma cod. civ., ricordato dal Tribunale emiliano, che consente solo di imporre prestazioni periodiche in capo ai genitori.

Tuttavia la motivazione ricorda come rimane insuperabile il disposto di cui all'art 148 cod. civ., sicché i fatti sopravvenuti potranno sempre rimettere in discussione quel rapporto di dare ed avere fra coniugi che gli stessi pensavano di aver definito.

Altro discorso riguarda la causa del negozio posto in essere dai coniugi, la cui indagine si rivela necessaria nell'ambito del negozio giuridico atipico.

Entrano quindi in gioco necessariamente gli interessi meritevoli di tutela che legittimano i negozi atipici, in forza del disposto di cui all'art. 1322 cod. civ.(33).

Note:

(26) M Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001.

(27) La possibilità per il giudice di ordinare *ex officio* un trust, argomentando in base all'art. 155 cod. civ., nella sua nuova formulazione che riconosce al giudice di adottare ogni provvedimento ritenga necessario per l'interesse della prole, è stata trattata da A. Tonelli, *Analisi sul possibile impiego del trust nella nuova legge sull'affido condiviso, relazione presentata all'incontro di studi n. 2338 su "La nuova legge sull'affidamento condiviso"*, organizzato dalla Formazione decentrata di Bologna del Consiglio Superiore della Magistratura, svoltosi in Bologna, il 24 marzo 2006.

(28) L'espressione è di M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione"* [*supra*, nota 3].

(29) Cass., 21 dicembre 1987, n. 9500, *Giur. it.*, 1988, 1560; Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, *Gius.*, 2004, 3880.

(30) Cass., 14 marzo 2006, n. 5473, *Mass. Giur. it.*, 2006, 3841 e Cass., 23 marzo 2004, n. 5741, *Guida al diritto*, 2004, 18, 62.

(31) G. Oberto, *L'assetto patrimoniale fra i coniugi nella crisi coniugale, autonomia privata ed intervento giudiziale con particolare riferimento alla natura disponibile degli assegni di separazione e divorzio*, consultabile sul sito Internet di "Geocities" all'indirizzo <http://www.geocities.com>.

(32) Si rinvia all'interessante saggio, sul punto, di T. Arrigo, *L'assegno di separazione e l'assegno di divorzio*, in G. Ferrando (cur.), *Separazione e divorzio*, Torino, 2003, 2, 633.

(33) Sulla interpretazione da darsi alla meritevolezza di tutela come richiamata dall'art. 2645 *ter*, si rinvia non solo a G. Fanticini, *L'art. 2645- (Segue)*

Saggi

Rammenta allora il Tribunale come il concetto di meritevolezza di tutela debba essere ricondotto, dopo l'evoluzione socio-giuridica successiva alla seconda guerra mondiale, al criterio della semplice liceità, e quindi non contrarietà dell'accordo, ai principî di ordine pubblico e alle norme imperative del nostro ordinamento(34).

Sul punto, autorevole dottrina, proprio in ragione del riaffacciarsi nel nostro diritto positivo, dopo decenni di silenzio, del concetto di interessi meritevoli di tutela, ha suggerito quale possibile chiave interpretativa di rifarsi a quegli interessi che trovano menzione nel dettato costituzionale, come è avvenuto, ad esempio, per il danno morale, il cui risarcimento è stato ritenuto lecito anche in assenza di ipotesi di reato.

Nonostante questa tesi sia indubbiamente di grande pregio, e non priva di forte seduzione sul piano pratico, il problema deve essere affrontato sotto un profilo diverso, per lo meno a nostro parere.

Ritenere che si possa andare oltre l'equazione l'interesse meritevole = interesse lecito, e quindi imporre agli operatori un'indagine pregnante sul fatto, e sui motivi, significa riconoscere alle parti prima, ed al giudice dopo, un ruolo e compito superiori a quelli loro attribuiti dai principî generali del nostro ordinamento.

In altri termini, si farebbero entrare in gioco le convinzioni personali, etiche, politiche, religiose, ed anche morali, delle parti attrici, chiamate ad esprimere giudizi ed apprezzamenti, suscettibili di cambiamento, anche radicale, da persona a persona.

Inevitabilmente gravi le ripercussioni sulla certezza del diritto, che deve invece rimanere punto fermo per i cittadini.

Ne consegue che il binomio meritevolezza = liceità non può, sempre ovviamente a nostro parere, essere superato.

Altro discorso deve farsi laddove si voglia riconoscere all'accordo raggiunto dai coniugi una causa tipica, accedendo al secondo orientamento.

In questo contesto, il Tribunale si rifà ad illustre dottrina(35) e dipana il ragionamento secondo una progressione davvero significativa.

La cessione con effetti solutori deve escludersi, sia perché incombe sempre il disposto dell'art. 148 cod. civ., sia perché non è possibile estinguere preventivamente un debito non ancora determinato nel suo ammontare.

È evidente: gli assegni di mantenimento sono ne-

gli anni a venire e quindi oggi sono solo obbligazioni future ed eventuali che nel tempo possono sempre cambiare.

Parimenti deve escludersi una cessione per causa di transazione, sia per l'oggettiva mancanza di reciproche concessioni, sia per l'indisponibilità dei diritti in questione ove, evidentemente, lo strumento transattivo non ha spazio.

Ma escluse queste due fattispecie, prese inizialmente in esame per qualificare gli accordi fra i coniugi, rimane un elemento comune a qualsiasi accordo fra coniugi in lite.

Tale elemento è dato dalla negoziazione globale che si attua al momento della fase di liquidazione del rapporto matrimoniale, e quindi eccoci pervenuti al c. d. "contratto di definizione degli aspetti patrimoniali della crisi coniugale"(36), che implica la definizione di ogni diritto, credito e debito riconducibile alla cessata, o cessanda, vita matrimoniale.

Se si accetta questa interpretazione, ne consegue una tipicità propria della causa, ed in questo senso pare essere la Cassazione del 2006, citata dal Tribunale emiliano(37), che qualifica il negozio non solo come tipico, ma anche come connotato dal requisito dell'onerosità.

Note:

(Continua nota 33)

ter del codice civile [supra, nota 9] e A. Picciotto, Il trust [supra, nota 11] e, in senso opposto, a F. Gazzoni, Osservazioni [supra, nota 7], ma altresì ad un recente saggio di A. Gambaro, Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui, in questa Rivista, 2007, 169, ove si legge: "l'esperienza dell'asset protection trust ci ha insegnato che non basta evitare che il disponente abbia i creditori calcagna, occorre infatti tutelare anche i creditori futuri impedendo in definitiva che la segregazione patrimoniale diventi strumento per porre il disponente in situazione di indifferenza rispetto alle regole di responsabilità patrimoniale. La nullatenenza, infatti, esenta dal rispetto di tutte le regole di convivenza sociale che sono presidiate dalla responsabilità civile. La formula della meritevolezza dell'interesse è abbastanza ampia ed elastica per poter far fronte agli esiti indesiderabili della segregazione patrimoniale, mi sembrerebbe poco accorto privarsi di simile strumento ricollegando ermeneuticamente il requisito della meritevolezza al disposto dell'art. 1322 cod. civ., così come sin qui interpretato dalla giurisprudenza di gran lunga prevalente che lo intende in senso di illiceità puntuale".

(34) Secondo una Cassazione assolutamente costante che addirittura, ricorda A. Picciotto, Il trust [supra, nota 11], si è espressa con pronunce anche piuttosto recenti, quali: Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, Mass. Giur. it., 1994, 381 e Cass., 20 settembre 1995, Corriere giur., 1995, 1278 e, da ultimo, Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, Corriere giur., 2002, 461.

(35) G. Oberto, L'assetto patrimoniale [supra, nota 31].

(36) Ancora G. Oberto, L'assetto patrimoniale [supra, nota 31].

(37) V. supra, nota 30.

Per inciso, ma è doveroso, se si esprime favore per questa tesi: l'accordo fra coniugi contestuale alla loro separazione, o divorzio, è un contratto tipico, al quale potrebbe anche riconoscersi natura onerosa; le ripercussioni sono estreme, si pensi solo alla difficoltà maggiore che incontrerà il creditore, in termini di onere della prova, laddove voglia impugnare l'accordo con l'azione revocatoria prevista dall'art. 2901 cod. civ.

Tornando quindi al discorso generale sulla tipicità dell'accordo, è evidente che in tale caso non occorre nemmeno, e ciò lo rammenta espressamente il Tribunale emiliano, alcuna indagine circa la meritevolezza degli interessi.

Chiariti tutti questi aspetti, la questione portata dai coniugi emiliani all'attenzione del Tribunale non può dirsi ancora giunta a definizione, atteso che resta

da analizzare l'incidenza dell'accordo rispetto ai diritti dei minori, nell'ottica suprema di garantire loro protezione e tutela.

Per quest'ultimo aspetto, ancora con grande diligenza e puntualità, il Tribunale rammenta come i meccanismi della trascrizione, tali per cui il vincolo apposto sui beni immobili verrà conosciuto e reso opponibile ai terzi, assicurano la migliore tutela possibile.

A questo deve aggiungersi l'impignorabilità cui diverranno soggetti i beni *de quibus*, in forza dell'art. 2645 *ter*, che diventa assoluta e molto più pregnante di quella, ad esempio, fornita dal fondo patrimoniale.

Trattasi quindi di pattuizione favorevole per la prole, alla quale vengono assicurati, negli anni a venire, diritti di sorta (una fonte sicura di reddito) con efficacia *erga omnes*.

Vi è quindi di che riflettere.

La collana "Quaderni" di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**
traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**
tra dottrina, prassi e giurisprudenza
a cura di Stefano Buttà
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**
di Andrea Vicari
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**
Dal 1899 al 2006
- **5 - Leggi tradotte - II**
traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
- **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione "Il Trust in Italia"
• Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
• I trust per la famiglia – Firenze 2005
a cura di E. Barla De Guglielmi
di prossima pubblicazione
- **7 - La Legge maltese sui trust**
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
- **8 - La Legge di Jersey**
di M. Lupoi, E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi

Saggi

Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni

di **Giorgio Semino**

Il contributo riguarda la fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce delle recenti novità legislative che hanno interessato il tributo successorio. La L. 24 novembre 2006, n. 286 nel reintrodurre l'imposta sulle successioni e donazioni ne ha allargato l'ambito di applicazione agli "atti di trasferimento a titolo gratuito" e alla "costituzione di vincoli di destinazione di beni". In base ad una lettura sistematica del dato normativo si ritiene che queste fattispecie rientrano nell'ambito applicativo della nuova imposta solo (i) se connotate da una matrice liberale e (ii) se comportano un effettivo arricchimento del beneficiario. Al momento del trasferimento al trustee dei beni segregati in trust non si verifica in capo allo stesso alcuna di queste condizioni. Si ritiene quindi che detto trasferimento non rientri nel perimetro applicativo del novellato tributo successorio. La fiscalità del trust va invece cercata nell'effettivo programma negoziale predisposto dal disponente e varia a seconda della natura liberale o commerciale del trust.

§ 1. Profili introduttivi.

La fiscalità degli atti segregativi di beni in trust è da tempo oggetto di grande attenzione da parte degli interpreti(1).

Il contributo che segue intende verificare i risultati fin qui raggiunti alla luce delle recenti novità legislative che hanno interessato il tributo successorio. Come noto, questo, dopo anni di torpore(2), ha, in tempi più recenti, monopolizzato l'attenzione del legislatore sia per motivi ideologici(3), sia al fine di

Note:

Giorgio Semino è ricercatore e professore incaricato di diritto commer-

ciale dell'Università di Genova e dottore di ricerca in diritto tributario internazionale e comparato.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno di studi "Le imposte indirette nei trust e nei vincoli di destinazione", organizzato da Ipsoa in collaborazione con l'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Milano il 17 gennaio 2007, e gli spunti del successivo dibattito coordinato da Maurizio Lupoi.

(1) La letteratura in materia è ormai molto vasta; per i riferimenti bibliografici, v. G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi, in questa Rivista, 2004, 47, nota 1, e Id., Trust liberali e trust commerciali, in questa Rivista, 2006, 191, a p. 192, nota 6 (da cui si cita); Corriere trib., 2006, 313, cui *adde* G. F. Condò, Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee, in questa Rivista, 2006, 197; M. Bastianelli, Profili tributari dei trust interni discrezionali, *ivi*, 385; P. Rotondo – A. Rotondo, Profili impositivi del trust, *ivi*, 393; G. Lepore, Aspetti fiscali di un trust per immobili di interesse storico-artistico, *ivi*, 642; Immobili e proprietà, 2006, 38; L. Del Federico, Trust interno e regime fiscale degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi del nuovo art. 2645-ter del codice civile, Fisco, 2006, 7645; E. Vial, Sull'atto costitutivo del "trust" grava l'imposta fissa di registro (nota a Comm. Trib. Brescia, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 205), Riv. giur. trib., 2006, 718.

Con riferimento alla fiscalità indiretta del trust successivamente all'introduzione della nuova imposta sulle successioni e donazioni v. A. Busani, Il trust tassa solo il beneficiario, Il Sole 24 Ore, 2 novembre 2006, 19; Id., Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust, Corriere trib., 2007, 359; F. Porpora, Prime osservazioni in tema di tassazione dei trusts (liberali) nella "resuscitata" imposta sulle successioni e donazioni, Fisco, 2007, 3134; A. Mauro – G. Odetto, I profili civilistici e fiscali del trust, in Aa. Vv., Il passaggio generazionale delle aziende, Quaderni di schede di aggiornamento, n. 76, Torino, 2007, p. 130 s.; P. Ferraretti – M. Piazza, Novità in materia di trust. Prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione, *ivi*, 6158; cfr. anche A. Voza, Il regime fiscale degli atti di destinazione (ex art. 2645-ter del codice civile), Fisco, 2007, 4880.

(2) Sull'evoluzione storica del tributo successorio, v., da ultimo, A. Fedele, Il regime fiscale di successioni e liberalità, Riv. dir. trib., 2003, I, 799. Con particolare riferimento all'evoluzione dell'imposta sulle donazioni, v. C. Sacchetto, Le donazioni nel diritto tributario, Riv. dir. trib., 1999, I, 989.

(3) In ossequio alle promesse elettorali, uno dei primi interventi del governo di centrodestra (L. 18 ottobre 2001, n. 383, c. d. "manovra dei cento giorni") fu proprio la soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni. Alle successive elezioni politiche, fra gli interventi indicati come prioritari dal centrosinistra nel suo manifesto programmatico "Per il bene dell'Italia programma di governo 2006-2011" si leggeva (a p. 204) "il ripristino della tassa di successione per i grandi patrimoni".

La dottrina ha peraltro da sempre considerato giustificata la presenza di un tributo successorio ritenendo che l'*arricchimento* senza sacrificio che l'imposta colpisce è senz'altro un idoneo indice di capacità contributiva, conforme ai principi del liberalismo e del liberismo, di uguaglianza dei punti di partenza. Su tali profili da ultimi, v. G. Falsitta, Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia, II ed., Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia, II ed., (Segue)

adeguare il tributo, basato su moduli impositivi ormai datati, ad una ricchezza sempre più mobile e sfuggente e tentare quindi di arginare lo svuotamento della sua base imponibile(4).

In questa prospettiva pare essersi mossa anche la recente legislazione. Il nuovo governo, ottemperando agli impegni assunti in campagna elettorale(5), aveva in prima battuta, tramite l'art. 6 del D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, surrettiziamente introdotto un'imposizione sulle successioni e sulle donazioni, ma nell'ambito dell'imposta di registro, creando così un icocervo, dai profili giuridici non ben delineati, unanimemente criticato, che è stato espunto in sede di conversione(6).

§ 2. Il nuovo perimetro applicativo della novellata imposta di donazione.

La legge di conversione del 24 novembre 2006, n. 286 ha invece reintrodotta l'imposta di successione "nel testo vigente alla data del 24 ottobre 2001"(7), ma con nuove aliquote e franchigie ed alcune altre novità che paiono interessare proprio la materia in esame.

In particolare i commi 47 e 49 dell'art. 2 allargano l'ambito di applicazione della nuova imposta sulle successioni e donazioni agli "atti di trasferimento a titolo gratuito" e alla "costituzione di vincoli di destinazione di beni".

Diventa allora importante chiedersi quale sia l'esatta latitudine applicativa di queste novità.

Con riferimento agli atti a titolo gratuito va ricordato come questi fossero presenti nel disposto dell'art. 1 del D. P. R. 26 ottobre 1972, n. 637, che circoscriveva l'applicabilità dell'imposta ai "trasferimenti a titolo gratuito di beni e diritti per atto tra vivi"(8). Il successivo D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 (di seguito, "D. Lgs. 346/1990"), ora reintro-

Note:

(Continua nota 3)

dova, 2000, p. 349; G. Marongiu, La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme, Consiglio Nazionale del notariato. Collana studi n. 16, Milano, 2001, 4; D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio, Padova, 2000, p. 10 s.; Id., Alla ricerca della capacità economica nella "nuova" imposta sulle successioni e donazioni, in D. Stevanato - R. Lupi (curr.), Imposta sulle successioni e donazioni: dove eravamo rimasti?, Dialoghi di dir. trib., 2006, 1657, a p. 1959; sulle posizioni più risalenti, S. Cardarelli, voce "Tributi successori", Enc. dir., vol. XLV, Milano, 1992, 153, a p. 162.

Nondimeno l'abolizione dell'imposta poteva senza dubbio considerarsi

giustificata rispetto alla applicazione materiale del tributo successorio fino al 2000, che, come si darà conto nel prosieguo, finiva per colpire, di fatto, i meno avveduti e solo certe tipologie di beni, producendo così un gettito irrisorio (v. R. Lupi, Il ripristino del tributo successorio "versione 2006": un'agenda delle questioni da risolvere, in D. Stevanato - R. Lupi (curr.), Imposta sulle successioni e donazioni: dove eravamo rimasti? [supra, in questa nota], 1669, a p. 1669).

(4) Prima del 2000 il tributo successorio finiva per colpire, quasi unicamente, i soli patrimoni immobiliari, salvo che gli stessi non fossero stati opportunamente cartolarizzati tramite il loro conferimento in veicoli societari, italiani o esteri.

Per le altre tipologie di beni le tecniche atte ad aggirare l'imposta si erano sviluppate (ed in parte ancor oggi si sviluppano) principalmente su due filoni.

Da una parte si erano moltiplicate le donazioni all'estero di beni mobili, che potevano sfuggire al tributo a causa del mancato coordinamento fra le regole di territorialità dell'imposta di registro, fondate in linea di principio sul luogo di formazione dell'atto (con la sola eccezione degli immobili e delle aziende site in Italia) e quelle relative all'imposta sulle donazioni, caratterizzate dalla residenza del donante e dalla ubicazione dei beni.

Un secondo filone riguardava le liberalità indirette, che si concretizzavano in comportamenti non formalizzati dai quali deriva un trasferimento di ricchezza (a titolo di liberalità) che sfuggiva alle rigide regole applicative dell'imposta di registro. Si pensi all'intestazione di beni acquistati con denaro altrui, alle ipotesi di fideiussione, delegazione, espromissione e accollo del debito altrui, alle liberalità effettuate tramite la cointestazione di conti correnti o libretti bancari, ai conferimenti atipici (e ora a quelli disproporzionali) in società.

Sullo svuotamento della base imponibile del tributo, v. R. Lupi, Successioni e donazioni: crisi e prospettive di un'imposta con due anime, Boll. trib., 1996, 933; Id., Riforma delle successioni: il nodo delle liberalità indirette, Rass. trib., 2000, 855; Id., Le liberalità non formalizzate nella riforma del tributo successorio, Rass. trib., 2001, 330; Id., I trasferimenti non formali: dalle scelte rinunciarie del legislatore del 1973 all'imbarazzo di quello del 2000, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [supra, nota 3], 289; G. Falsitta, Manuale di diritto tributario [supra, nota 3], p. 350; D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [supra, nota 3], p. 10 s.; Id., Le liberalità tra vivi nella riforma del tributo successorio, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [supra, nota 3], 245; G. Marongiu, La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni [supra, nota 3], a p. 19 s.; con particolare riferimento ai criteri di territorialità dell'imposta sulle donazioni, C. Sacchetto, Le donazioni nel diritto tributario [supra, nota 2], a p. 989.

(5) V. supra, nota 3.

(6) V. E. De Mita, Soluzione irragionevole per le successioni, Il Sole 24 Ore, 1 novembre 2006, 23; D. Stevanato, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche, Corriere trib., 2007, 247, a p. 249; Id., Alla ricerca della capacità economica nella "nuova" imposta sulle successioni e donazioni [supra, nota 3], a p. 1662; A. Fantozzi, La nuova imposta sulle successioni e la compatibilità con le disposizioni del d. lgs. 346/1990, relazione presentata al Convegno "La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni. La tassazione del trust e dei vincoli di destinazione", organizzato da "Paradigma", svoltosi nel Principato di Monaco il 23 febbraio 2007, a p. 1 del dattiloscritto.

(7) Sul punto, il Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168-2006/T, per il quale l'espressione sancisce il rinvio al testo vigente al giorno precedente all'entrata in vigore della L. 18 ottobre 2001, n. 383, recante la soppressione dell'imposta sulle successioni e donazioni e deve essere intesa come volontà di fugare ogni dubbio in ordine al rinvio materiale in toto al D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

(8) In ordine alla tassazione degli atti gratuiti nel previgente regime v. F. Gaffuri, Rilevanza fiscale del trasferimento non oneroso, Dir. e pratica trib., 1974, I, 1225; Id., Profilo fiscale dell'atto di liberalità, Dir. e pratica trib., 1975, I, 57; poi confluiti in Id., L'imposta sulle successioni e donazioni, Torino, 1976, passim.

Saggi

dotto, aveva invece limitato l'applicabilità dell'imposta ai trasferimenti "per donazione o altra liberalità tra vivi".

Ad una prima lettura il presupposto del tributo pare quindi essere stato notevolmente ampliato, in ragione del rapporto di *genus a species* che ricollega gli atti gratuiti a quelli liberali. I primi, infatti, raggruppando tutti gli atti non onerosi, ricomprendono, ma non si esauriscono, negli atti liberali(9).

Una conclusione così *tranchante* non pare però condivisibile(10). Il comma 47 della legge n. 286 del 2006, afferma che "È istituita l'imposta sulle successioni e donazioni [...] 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".

Ed allora, la lettura coordinata delle norme che pare più ragionevole è quella di leggere la nuova imposta di successione e donazione nell'angolo visuale (con la lente prospettica) delle disposizioni del D. Lgs. 346/1990 e quindi nel concreto, per quanto qui interessa, limitare il presupposto impositivo *agli atti gratuiti* stipulati per spirito *liberale*, ma non a quelli *completamente privi di animus donandi* in cui il disponente ha un interesse patrimoniale all'attribuzione (atti gratuiti, ma non liberali), che, nell'opinione prevalente, erano alieni al disposto del D. Lgs. 346/1990(11).

Con ciò non si vuole affermare che la fattispecie ora imponibile di atto gratuito coincida con quella di atto liberale di cui al D. Lgs. 346/1990 e che quindi la nuova ipotesi possa ritenersi come non apposta(12). Le fattispecie imponibili sono state effettivamente allargate, nell'ambito però di quella linea evolutiva, *leitmotif* dell'art 69 della L. 21 novembre 2000, n. 342 ("riforma Marongiu"), di emersione della liberalità che si concretizzano in modo informale. Come si dava conto in apertura il tributo successorio è stato per anni svuotato da trasferimenti attuati tramite atti a causa onerosa (intestazione di beni a nome altrui, negozi misti con donazione, ecc.) o a causa neutra (rinunce, remissioni di debito, ecc.) che sfuggivano alle formalità dell'atto di donazione ed il cui spirito liberale non aveva una chiara manifestazione giuridica(13). In questa prospettiva il legislatore nel 2000 aveva optato per una timida soluzione di compromesso, contenuta nell'art. 56-bis del D. Lgs. 346/1990(14), ora pare compiere un passo più deciso nella stessa direzione.

Da un punto di vista sistematico la nuova ipotesi

di atti di trasferimento a titolo gratuito (così come quella di costituzione di vincoli di destinazione di beni) piuttosto che sostituire ed abrogare il primo comma dell'art. 1 del D. Lgs. 346/1990(15) sembra più ragionevolmente andare ad aggiungersi alle fattispecie previste dal secondo comma dello stesso articolo(16).

Per chiarire quanto si va affermando può essere opportuno partire dalle ipotesi di rinuncia già presenti nell'originario articolato.

La rinuncia viene generalmente considerata un atto neutro(17) estremamente duttile e ad ampio raggio di utilizzo. La rinuncia che avvenga senza un corrispettivo (c. d. rinuncia abdicativa) viene ricondotta dalla prevalente dottrina civilistica ad una dichiarazione di volontà unilaterale, il cui unico effet-

Note:

(9) Riprendendo i risultati raggiunti dalla dottrina civilistica, anche tra i cultori del diritto tributario è unanime il convincimento che la liberalità non sia che una specie degli atti gratuiti e la donazione, la principale delle liberalità; v. F. Gaffuri, *L'imposta sulle successioni e donazioni*, II ed., Padova, 1993, p. 105; A. Uricchio, *Commento all'art. 1. Oggetto dell'imposta*, in N. D'Amati (cur.), *Commento al Testo Unico delle imposte sulle successioni e donazioni*, Padova, 1996, 6, a p. 11.

(10) La tesi è peraltro autorevolmente sostenuta dal Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168-2006/T [*supra*, nota 7].

(11) Per una panoramica delle varie posizioni assunte sul tema, v. D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio* [*supra*, nota 3], p. 88 s.

(12) Sottolinea come occorra estrema cautela prima di far proprie interpretazioni di tipo abrogativo delle nuove norme, A. Busani, *La tassazione delle donazioni indirette, relazione presentata al Convegno "La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni. La tassazione del trust e dei vincoli di destinazione"* [*supra*, nota 6], *passim*.

(13) V. *supra*, nota 4.

(14) Come noto, la norma prevede un'imposizione sulle liberalità indirette che *non si accerta* in quanto può essere riscossa solo su impulso dell'interessato. Sul profilo, v. R. Lupi, *I trasferimenti non formali: dalle scelte rinunciarie del legislatore del 1973 all'imbarazzo di quello del 2000* [*supra*, nota 4], a p. 289; D. Stevanato, *Le liberalità tra vivi nella riforma del tributo successorio* [*supra*, nota 4], a p. 245. Sulla compatibilità della disposizione con la novellata imposta di donazione, cfr. Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168-2006/T [*supra*, nota 7].

(15) Così, invece, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168-2006/T [*supra*, nota 7].

(16) Ai sensi del quale "Si considerano trasferimenti [risultando così attratti nel perimetro applicativo dell'imposta] anche la costituzione di diritti reali di godimento, la rinuncia a diritti reali o di credito e la costituzione di rendite o pensioni".

(17) Sulla circostanza che la rinuncia non abbia né una causa onerosa né gratuita in quanto fattispecie meramente abdicativa, che non determina attribuzioni patrimoniali, v. A. Fedele, *Profilo dell'imposta sugli incrementi di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, s. d., p. 455 s.; S. Cardarelli, voce "Tributi successorii" [*supra*, nota 3], a p. 162.

to diretto e immediato è solo quello estintivo del diritto del rinunziante, senza la presenza di effetti traslativi(18). Nondimeno è fuor di dubbio che al profilo dismissivo se ne possa accompagnare anche uno accrescitivo quando, dalla rinuncia, si avvantaggi il patrimonio di un altro soggetto. È allora chiaro come questa possa diventare una figura di confine con la donazione: il rinunziante ben potrebbe infatti essersi determinato all'atto abdicativo per spirito di liberalità, conscio degli effetti che la sua rinuncia avrebbe prodotto nel patrimonio del beneficiario(19).

Nell'ottica tributaria l'individuazione della liberalità indiretta sottesa alla rinuncia risulterebbe tuttavia alquanto problematica presupponendo il difficile accertamento di un movente psicologico (l'*animus donandi*) nel comportamento del soggetto rinunziante. Si coglie allora la scelta legislativa del secondo comma dell'art. 1 del D. Lgs. 346/1990 di introdurre un profilo "traslativo" della rinuncia (assai controverso fra i civilisti) ai soli fini tributari, e ciò al fine di attrarre la stessa nel perimetro applicativo dell'imposta di donazione ed evitare pratiche elusive(20). Per definire l'esatta latitudine della norma è stato tuttavia correttamente chiarito come non esista una presunzione (assoluta) di liberalità della rinuncia ai fini tributari e come fuoriescano dal perimetro applicativo dell'imposta fattispecie che sottendano un interesse patrimoniale del rinunziante (e quindi la mancanza di un *animus donandi* che guidi l'agire dello stesso)(21).

Proprio nella prospettiva appena delineata pare corretto incasellare anche le nuove fattispecie previste dalla novellata imposta di donazione. L'atto gratuito (così come la costituzione di un vincolo di destinazione) viene, in via di principio, attratto nell'ambito applicativo dell'imposta salvo che non emerga un chiaro interesse del disponente a porlo in essere e che quindi possa fondatamente escludersi la presenza di uno spirito liberale quale referente del suo agire(22).

L'interpretazione proposta ha poi il pregio di ri-

Note:

(18) Come insegna E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, in Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli, vol. XV, 2°, Torino, 1950, p. 292, o la rinuncia è vera e propria e allora non è traslativa oppure è una alienazione vera e propria.

(19) D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [*supra*, nota 3], p. 251.

(20) Sottolineano la matrice antielusiva e antievasiva della norma, A. Fedele, La rinuncia all'usufrutto nelle imposte sui trasferimenti della ricchezza (nota a Cass. 21 giugno 2000-30 ottobre 2000, n. 14279), Riv. dir. trib., 2001, II, 14; S. Cardarelli, voce "Tributi successori" [*supra*, nota 3], a pp. 162-163; C. Sacchetto, La donazione nel diritto tributario [*supra*, nota 2], a p. 1009. In particolare il trasferimento (oneroso o a titolo donativo) della sola nuda proprietà seguita dalla rinuncia al diritto di usufrutto che il disponente si fosse *medio tempore* riservato, comporterebbe, se non tassato, un ingiustificato risparmio di imposta sul valore dell'usufrutto.

(21) S. Cardarelli, voce Tributi successori [*supra*, nota 3], a p. 162 ss.; C. Sacchetto, La donazione nel diritto tributario, [*supra*, nota 2], a p. 1003; D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [*supra*, nota 3], p. 256 s. Sulla applicabilità dell'imposta alle sole rinunce connotate da spirito liberale, v. anche Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 90/2001/T.

(22) Il perimetro applicativo della norma può forse allora essere meglio delineato *a contrariis* non ritenendo ricompresi nell'ambito applicativo della nuova imposta di donazione quegli atti gratuiti che sottendono un chiaro interesse del soggetto che li pone in essere. È il caso ad esempio dei versamenti a fondo perduto o della rinuncia ai crediti compiuta dai soci a favore della società, delle fideiussioni intragruppo, delle assegnazioni di diritti di opzione nell'ambito di piani di *stock options*, dei premi o abbuoni concessi ai clienti (salvo l'esimente del modico valore) o, ancora, della intestazione o della reintestazione di beni da parte delle società fiduciarie ai propri fiduciari. Tutte queste ipotesi sono, infatti, fino ad oggi sfuggite (e si ritiene che anche oggi continuino a sfuggire) ad imposizione per la mancanza di *animus donandi* da parte dell'erogante, che persegue, al contrario, un chiaro interesse proprio (ridurre l'indebitamento della società, fidelizzare dipendenti o clienti, l'adempimento ad obblighi contrattuali assunti e così via). Una lettura di tipo estensivo, che deroghi ai principi di cui al D. Lgs. 346/1990, ritenendoli incompatibili con la sopravvenuta legislazione, sarebbe invece foriera di risultati del tutto inappaganti, che si concretizzerebbero nella tassazione, con una aliquota dell'8 per cento e senza alcuna franchigia, della vasta casistica appena riportata.

La linea interpretativa proposta non pare poi così lontana, perlomeno nella sostanza, dalla prima pronuncia ministeriale in tema di applicazione della novellata imposta di donazione (Risoluzione n. 25/E del 16 febbraio 2007, Corriere trib., 2007, 1078 (nota N. Arquilla)), dove l'Agenzia ha espresso il suo parere sul regime fiscale applicabile alla rinuncia del diritto di usufrutto da parte del padre a favore del figlio nudo proprietario (per una lettura in senso critico della ricordata pronuncia, v. A. Busani, La rinuncia dell'usufrutto è donazione, Il Sole 24 Ore, 21 febbraio 2007, 35; N. Arquilla, Rinuncia del diritto di usufrutto su un bene immobile, Corriere trib., 2007, 1078; sulla inapplicabilità alle rinunce non caratterizzate da intento liberale della novellata imposta di donazione in quanto atti neutri non qualificabili in termini di onerosità e gratuità, e quindi non rientranti nella nuova fattispecie di atti gratuiti, v. invece Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 168-2006/T [*supra*, nota 7]).

Il ragionamento dell'Amministrazione Finanziaria ha, infatti, valorizzato gli effetti traslativi della rinuncia e il collegato arricchimento del beneficiario per concludere che "gli atti a titolo gratuito che comportano trasferimenti di beni e diritti sono attratti nel campo applicativo delle disposizioni dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal fatto che sottendano l'*animus donandi*". Il pensiero ministeriale diventa infatti pienamente condivisibile ove si ritenga che l'atto gratuito sia attratto nel campo applicativo della novellata imposta di donazione indipendentemente dal fatto che esso sottenda *in maniera esplicita* uno spirito di liberalità. Nel caso di specie risulta conforme all'*id quod plerumque accidit* che la rinuncia del padre a favore del figlio possa ritenersi animata da uno spirito di liberalità (la cui esplicita presenza l'Amministrazione Finanziaria non è tuttavia più tenuta a provare).

Si dubita invece che l'Agenzia possa arrivare alle stesse conclusioni ove lo stesso atto di rinuncia avvenga fra soggetti estranei, nell'ambito di uno schema negoziale chiaramente oneroso (si pensi al caso di rinuncia del diritto di usufrutto da parte del socio a favore della società nuda proprietaria del bene).

Saggi

durere le eventuali aree di sovrapposizione tra la novellata imposta di donazione e l'imposta di registro(23). La tesi trova anche un appiglio normativo nell'art. 5 D. Lgs. 346/1990 che individua fra i soggetti passivi del tributo unicamente gli eredi, i donatari o i beneficiari di liberalità tra vivi (ipotesi che non ricomprende quindi i beneficiari di atti gratuiti o vincoli di destinazione non liberali *tout court*)(24).

Sotto un secondo, e forse ancor più rilevante profilo, qualunque sia la latitudine che si voglia assegnare agli atti gratuiti, non pare potersi dubitare che l'ambito applicativo della norma debba essere comunque circoscritto ai soli trasferimenti che comportino un *effettivo arricchimento* da parte del beneficiario dell'atto.

La dottrina che, dopo la riforma degli anni '70, si è maggiormente dedicata all'analisi del tributo successorio ha individuato il *presupposto materiale* dell'imposta, non già nel trasferimento di determinati beni a seguito dell'apertura della successione, ma *nell'incremento patrimoniale* ricevuto dai beneficiari(25). In tempi più recenti si è poi messo in luce che, nella particolare ottica tributaria, laddove non vi sia un arricchimento personale del beneficiario, il prelievo sarebbe comunque precluso per carenza di base imponibile(26).

Si era peraltro evidenziato che nel caso di pluralità di eredi o legatari le affermazioni appena riportate erano esatte per la parte del tributo relativa ai singoli lasciti, ma non per la parte dell'imposta commisurata al valore globale netto dell'asse ereditario, dove il tributo pareva invece assumere il carattere di un prelievo straordinario sull'intero patrimonio del *de cuius* e quindi indipendente dall'effettivo arricchimento dell'erede o legatario(27). L'abrogazione ad opera della "riforma Marongiu"(28) dell'imposta sul morto(29) ha però posto fine all'equivoco, dovendosi ora individuare una definitiva scelta dell'indice di capacità contributiva, cui il tributo si rap-

Note:

(23) In combinazione con il precetto di cui al comma 4-bis dell'art. 1 del D. Lgs. 346/1990, la cui *ratio* pare proprio doversi ricercare nella preoccupazione di non applicare l'imposta di donazione su arricchimenti del beneficiario raggiunti tramite un insieme di atti già sottoposti all'imposta di registro. Su tale profilo, da ultimo, D. Stevanato, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche [*supra*, nota 6], a p. 248 e, sul perimetro applicativo della norma, U. Friedmann, L'imposta di successione e donazione: innovazioni introdotte dalla L. 286/06 e dalla Finanziaria 2007, relazione presentata al Convegno "Successioni e donazioni. Riforma fiscale. Trust, Patto di famiglia. Vin-

coli di destinazione", organizzato da "Synergia Formazione", svoltosi in Milano il 6-7 febbraio 2007, a p. 2 s. del dattiloscritto.

(24) D. Stevanato, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche [*supra*, nota 6], a p. 252; Id., Alla ricerca della capacità economica nella "nuova" imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 3], a p. 1668.

(25) F. Gaffuri, L'imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 8], p. 19 s., e, nella seconda edizione dell'omonima opera aggiornata alla luce del D. Lgs. 346/1990, Id., L'imposta sulle successioni e donazioni, II ed. [*supra*, nota 9], p. 18 s.; Id., voce "Successione, VI) imposta sulle successioni", Enc. giur., vol. XXX, Roma, 1993, p. 1 s.; Id., voce "Successioni e donazioni (imposta sulle)", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., vol. XV, Torino, 1998, 302, per il quale quindi il trasferimento non costituisce il presupposto del tributo sulle successioni e donazioni, ma la circostanza che lo genera.

Cfr. anche E. Nuzzo, Riflessioni sul presupposto del tributo successorio e degli altri tributi sulla circolazione della ricchezza, Riv. dir. fin. sc. fin., 1985, I, 466, il quale, pur critico verso le tesi di Gaffuri, individua il presupposto nella combinazione dell'effetto del trasferimento e del fatto dell'arricchimento; F. Bosello, L'imposta sulle successioni e donazioni, in A. Amatucci (cur.), Trattato di diritto tributario, IV, I tributi in Italia, Padova, 1994, p. 193, e, nell'edizione successiva, Padova, 2001, sempre p. 193, per il quale il presupposto appare una fattispecie a formazione complessa in cui il trasferimento di ricchezza conserva la qualifica di fattispecie imponibile; R. Dini, L'imposta di successione, Boll. trib., 1980, 259.

Anche per una panoramica delle altre posizioni, v. S. Ghinassi, Imposte di registro e di successione. Profili soggettivi ed implicazioni costituzionali, Milano, 1996, p. 83 s.; nei commentari: E. Altana - L. Silvestri, L'imposta sulle successioni e donazioni nel Testo Unico, Milano, 1993, p. 8 s.; A. Uricchio, Commento all'art. 1. Oggetto dell'imposta [*supra*, nota 9], a p. 3 s.; L. Nastri - M. Nastri, Manuale applicativo delle imposte indirette, Milano, 1996, p. 79 s.

(26) D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [*supra*, nota 3], pp. 84-85. Già prima della riforma tributaria del '70, notava F. Serrano, voce "Successioni, donazioni e valore globale dell'asse ereditario (Imposta sulle)", Novissimo Dig. it., vol. XVIII, Torino, 1971, 895, che l'arricchimento, per costituire base imponibile dell'imposta di successione, doveva logicamente essere effettivo.

(27) S. Cardarelli, voce "Tributi successori" [*supra*, nota 3], a p. 158. Sulla stessa linea si era espressa la giurisprudenza della Corte costituzionale (Corte cost., 19 giugno 1975, n. 147, Giust. cost., 1975, I, 1376), la quale aveva respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale del tributo successorio in virtù dell'autonomia dei due tributi e della natura reale dell'imposta sull'asse globale netto, connessa ad un indice di capacità contributiva oggettivamente rilevante e distinto dall'arricchimento dei beneficiari.

(28) Il commento più approfondito della normativa viene unanimemente considerato Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [*supra*, nota 3], *passim*. Sui contenuti della riforma ed in particolare sull'abolizione della tassazione globale del patrimonio del defunto, v., nel volume collettaneo qui ricordato, G. Marongiu, La riforma dell'imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 3], a p. 4 s.; Id., Le novità della legge di riforma dell'imposta di successione, in Aa. Vv., L'imposta [*supra*, in questa nota], a p. 93 s.

(29) Come ricorda A. Fedele, Riforma dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni come esito dell'evoluzione storica del tributo, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [*supra*, nota 3], a p. 41, nota 8; Id., Il regime fiscale di successioni e liberalità [*supra*, nota 2], a p. 801, nota 7, l'espressione imposta sul morto fu utilizzata da Einaudi in un intervento nel Corriere della Sera del settembre del 1914 a commento di un primo progetto di introduzione dell'imposta globale e successivamente da molti ripresa per stigmatizzare l'irrazionalità di un tributo collegato ad un indice di capacità contributiva riferibile soltanto ad un soggetto, il cui venir meno determina il concorso alle pubbliche spese per altri.

porta, nel solo incremento patrimoniale dei beneficiari(30).

Gli stessi corollari che si sono individuati per definire l'ambito applicativo dell'ipotesi di atti gratuiti possono trarsi anche rispetto alla nuova fattispecie relativa alla costituzione di vincoli di destinazione(31).

Ci si è subito chiesti se il trust rientri in tale dizione. Il problema non pare però centrale e va ragionevolmente ridimensionato. Se è vero, infatti, che il trust è qualcosa di diverso rispetto ai vincoli di destinazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ., nondimeno la costituzione di un vincolo di destinazione può ben combinarsi con l'istituzione di un trust e il trustee può essere il soggetto al quale spetta attuare la finalità, in vista della quale il vincolo è stato costituito(32).

Quello che sembra rilevante è che, per le stesse ragioni in precedenza richiamate, il vincolo di destinazione, per rientrare nel perimetro applicativo della novellata imposta di successione e donazione, (i) debba avere una matrice liberale e (ii) comportare un effettivo arricchimento del beneficiario.

§ 3. La fiscalità dei trust.

Nell'ambito dell'imposizione diretta risulta ormai un dato acquisito che il trust rappresenti uno strumento poliedrico e proteiforme il cui regime tributario va analizzato caso per caso(33). Il punto è stato confermato da tutte le più recenti pronunce dell'Amministrazione Finanziaria(34) ed ora dallo stesso legislatore, nella novella di cui all'art. 73 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("t.u.i.r")(35).

Nel campo delle imposte sui trasferimenti, oggetto di questo contributo, non sembra potersi dubitare dell'applicazione del medesimo principio, non solo per le caratteristiche di poliedricità dell'istituto, ma

Note:

(30) A. Fedele, Il regime fiscale di successioni e liberalità [*supra*, nota 2], a p. 812; D. Stevanato, Alla ricerca della capacità economica nella "nuova" imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 3], a p. 1657. V. anche A. Fedele, Riforma dell'imposta sulle successioni e sulle donazioni come esito dell'evoluzione storica del tributo [*supra*, nota 29], 45 s.; Id., Le innovazioni della legge n. 342 del 2000, le definizioni della ratio del tributo. I rapporti con l'imposta di registro, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [*supra*, nota 3], a p. 61 s. In senso parzialmente critico cfr. le considerazioni di S. Ghinassi, Imposta di successione: presupposto di imposta e soggettività passiva alla luce della riforma, in Aa. Vv., L'imposta sulle successioni e donazioni tra crisi e riforme [*supra*, nota 3], a p. 205.

(31) La novella non richiede che alla costituzione del vincolo di destinazione si accompagni un formale atto di trasferimento. Sul profilo, nell'ottica del diritto dei trust, vedi *infra*, § 6.

(32) Così, M. Lupoi, Imposte dirette e trust, in questa Rivista, 2007, 5, a p. 9, Corriere trib., 2007, 253, a p. 258.

(33) Il profilo è peraltro del tutto pacifico nei Paesi che da più tempo conoscono l'istituto. Per alcuni riferimenti comparatistici si permetta di rinviare a G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2007, 169, a p. 173, Fisco, 2005, 5524, a p. 5530 s.

(34) Nella prassi dell'Amministrazione Finanziaria, vedi Risposta a Interpello 911-7/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 settembre 2002, Prot. n. 2002/150208, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>, divenuta poi Risoluzione n. 8/E del 17 gennaio 2003, in questa Rivista, 2003, 319; Fisco, 2003, 620; Corriere trib., 2003, 664 (nota G. Stancati); Riv. dir. trib., 2003 (nota A. Salvati); Risposta a Interpello 954-249/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 1 ottobre 2002, Prot. n. 178580/2002, in questa Rivista, 2003, 473; Risposta a Interpello 576/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 4 marzo 2003, Prot. n. 2003/30900, in questa Rivista, 2003, 658; Fisco, 2003, 11683 (nota M. Lupoi); Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-86/2003 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 luglio 2003, Prot. n. 19972/2003, Fisco, 2005, 5535 (nota G. Semino); in questa Rivista, 2005, 298; Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-104/2004 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004, Fisco, 2005, 5538 (nota G. Semino); in questa Rivista, 2005, 480; Dialoghi di dir. trib., 2004, 1398 (nota D. Stevanato – R. Lupi); un cenno anche nella Circolare n. 99/E del 4 dicembre 2001, al punto 2.3, Fisco, 2001, 14776; Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna con la partecipazione di componenti dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna, del Collegio dei Ragionieri di Bologna, del Consiglio Notarile di Bologna e dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Bologna dal titolo "Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e tributari", Fiducia e Trust, 2-2002 (allegato al Fisco), 12711; Il giornale dei dottori commercialisti, 1-2003, 24 e 2-2003, 30 e consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>.

(35) Il legislatore prevede infatti differenti moduli impositivi in ragione di come il trust risulta strutturato. Per un primo commento alla nuova normativa relativa alle imposte dirette del trust v. M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 32], a p. 5, 253. V. anche G. Maisto, La tassazione dei flussi reddituali verso il trust e verso i beneficiari, relazione presentata al Convegno "La nuova imposta sulle successioni e sulle donazioni. La tassazione del trust e dei vincoli di destinazione" [*supra*, nota 6]; L. Belluzzo – U. Belluzzo, I trust e il Fisco in Italia alla luce della Finanziaria 2007, Fiscalità internaz., 2007, 7; N. Arquilla, Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust, Corriere trib., 2007, 535; V. Cavallario – A. Tomassini, Trust e imposizione diretta alla luce della legge Finanziaria 2007, Fisco, 2007, 2898; N. de Renzis Sonino, Il trust ed i redditi dei beneficiari, *infra*, 361; R. Parisotto – A. Cervone, Trattamento fiscale del trust alla luce della legge Finanziaria per il 2007, Fisco, 2007, 2538; G. Odetto, La disciplina fiscale del trust, in Aa. Vv., La finanziaria 2007, Quaderni di schede di aggiornamento, n. 76, Torino, 2007, 281; A. Mauro – G. Odetto, I profili civilistici e fiscali del trust [*supra*, nota 1], a p. 122 s.; E. Pistone, Per il trust arrivano obblighi contabili a doppia corsia, Il Sole 24 Ore, mercoledì 3 gennaio 2007, 23; A. Busani, Il reddito di trust e beneficiario non sfugge all'Ires, Il Sole 24 Ore, 2 dicembre 2006, 29; F. Paparella, Trust a rischio di doppio prelievo, Il Sole 24 Ore, 5 marzo 2007, 39; G. Sepio – E. Covino, La regolamentazione del trust ai fini delle imposte sui redditi: luci e ombre, Dialoghi di dir. trib., 2007, 77; F. Squeo, La fiscalità diretta dei trust, Italia Oggi Sette, 26 marzo 2007; Id., L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire, *infra*, 369; F. Guffanti, Problemi aperti sul trust ai fini delle imposte sui redditi, Corriere trib., 2007, 1190; P. Ferraretti – M. Piazza, Novità in materia di trust. Prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione [*supra*, nota 1], a p. 6158.

Saggi

anche in ossequio ad una precisa norma interna, rappresentata dall'art. 20 del Testo Unico dell'imposta di registro, che la nostra Cassazione pacificamente interpreta affermando il rilievo preminente che deve essere attribuito, nell'imposizione di un negozio, alla sua causa reale e alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti(36).

Il non poter ricondurre tutti i trust ad un unico modulo impositivo non impedisce tuttavia all'interprete di tracciare i tratti distintivi delle varie tipologie, al fine di ricavarne regole di tassazione comuni.

Sotto il profilo dell'imposizione indiretta la prassi ha principalmente tracciato la distinzione tra trust "liberali" o "di famiglia", caratterizzati da uno spirito di liberalità del disponente verso i beneficiari e "trust commerciali", privi di *animus donandi*(37).

Il trust nasce nell'ambito della famiglia quale strumento per trasmetterne e preservarne la ricchezza in modo efficiente, ma in tempi più recenti ha incontrato un utilizzo sempre maggiore e proteiforme nel campo del commercio(38). Le diverse tipologie di trust, pur mantenendo una comune matrice nell'effetto segregativo dei beni, stanno quindi assumendo finalità e tratti strutturali del tutto differenti, che paiono giustificare regimi fiscali diversi(39). Queste considerazioni di principio debbono tuttavia trovare puntuale conferma nel presupposto applicativo dei singoli tributi, come novellati dalle recenti riforme.

§ 4. La fiscalità degli atti segregativi.

Pare opportuno che l'analisi parta dal caso, più discusso nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, di segregazione di un bene in trust che si concretizza in un atto di trasferimento *inter vivos* soggetto a registrazione(40), compiuto dal disponente a favore del trustee di un trust già istituito o di contestuale istituzione(41).

Note:

(36) Cass., sez. trib., 23 novembre 2001, n. 14900, Rep. Foro it., 2001, voce "Registro (imposta)", n. 52; Cass., sez. trib., 7 luglio 2003, n. 10660, Rep. Foro it., 2003, voce "Registro (imposta)", n. 75; Cass., sez. trib., 19 febbraio 2004, n. 3318, Rep. Foro it., 2004, voce "Registro (imposta)", n. 9.

(37) La bipartizione tra trust "liberali" e trust "commerciali" si deve a M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 620 s., al quale si rinvia per una ricca casistica. Nel campo delle imposte sui trasferimenti, v. G. Semino, *Trust liberali e trust commerciali* [supra, nota 1], a p. 191.

(38) I trust creati dai cavalieri per preservare il patrimonio durante la loro missione alle crociate sono sempre più un ricordo lontano. L'utilizzo

dello strumento spazia ormai dai fondi di investimento a quelli pensione, quale negozio per blindare la *governance* delle società o per gestire la crisi dell'impresa, quale mezzo di garanzia per i creditori o per deconsolidare risultati di gruppo. Su come i moderni trust stiano sempre più perdendo la loro originaria finalità per abbracciare tutti i campi dell'economia, v. R. Edwards – N. Stockwell, *Trusts and Equity*, VI ed., Londra, 2004, p. 56 s., ove una vasta casistica dei moderni utilizzi del trust nel campo commerciale; nella letteratura nordamericana, J. H. Langbein, *Secret life of Trusts: The Trust as an Instrument of Commerce*, 107 *Yale Law Journal* (1997), 165.

(39) Anche da un punto di vista concettuale è intuitivo considerare differente l'ipotesi di un trust creato per gestire la propria successione da quello istituito per la segregazione di attività finanziarie a copertura di uno strumento derivato. La fiscalità del primo pare rientrare in quella dei tributi successori, quella del secondo nell'ambito della fiscalità delle transazioni commerciali. L'utilizzo esponenziale dell'istituto anche nel nostro Paese deve quindi spingere ad un salto culturale che valorizzi la poliedricità del negozio e rifugga facili generalizzazioni.

(40) L'attenzione degli operatori si è da subito focalizzata sui beni immobili, risultando quelli mobili (e prima di tutto il denaro) trasferibili in modo informale e quindi secondo modalità più difficilmente inquadrabili all'interno di una tipica imposta d'atto, come quella di registro (per tutti, v. ancora D. Stevanato, *Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio* [supra, nota 3], *passim*).

Questo aspetto, ormai acquisito alla luce della prassi applicativa in materia di trust, pare mantenere intatto il suo spessore anche alla luce della recente riforma. Il rinvio operato dalla L. 24 novembre 2006, n. 286 al D. Lgs. 346/1990 fa sì che anche la novellata imposta sulle successioni e donazioni, pur avendo caratteristiche proprie, mantenga tuttora un modulo applicativo che si appiattisce sull'imposta di registro. Il profilo è confermato dall'art. 55 del D. Lgs. 346/1990 ai sensi del quale "Gli atti di donazione sono soggetti a registrazione secondo le disposizioni del testo unico sull'imposta di registro". *Contra*, non si avvede del coordinamento normativo richiamando l'inconferente abrogazione dell'art. 13 della L. 18 ottobre 2001, n. 383, F. Porpora, *Prime osservazioni in tema di tassazione dei trusts (liberali) nella "resuscitata" imposta sulle successioni e donazioni* [supra, nota 1], a p. 3136. Sulla necessaria presenza di un presupposto obbiettivo ai fini della tassazione, rappresentato dall'esistenza di un atto da sottoporre obbligatoriamente alla registrazione, v., invece, M. Lupoi, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario*, testo in corso di elaborazione, versione n. 4 (gennaio 2007), p. 50.

Se il trasferimento riguarda azioni di società ed è effettuato tramite girata non sorge alcun obbligo di registrazione (ai sensi dell'art. 8, primo comma della Tabella allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, "D.P.R. 131/1986"), pertanto il trasferimento pare esente da imposta, salvo che non si voglia procedere a registrazione volontaria. Questa peculiarità ha in passato suggerito ad alcuni la via di conferire eventuali immobili siti in Italia in società estere aventi sede legale nell'Unione europea e successivamente porre in trust le relative azioni. Il primo passaggio sconta infatti il solo prelievo in misura fissa (di 168 euro) giusta il disposto della nota IV all'art. 4 della parte prima della Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986. Resta invece ferma l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali. Il secondo passaggio può così sfruttare le evidenziate peculiarità della girata segregativa di azioni.

È tuttavia chiaro che, se lo strumento istitutivo è un tutt'uno con l'atto di dotazione o comunque entrambi vengono volontariamente assoggettati a registrazione, la fiscalità dell'atto segregativo di beni immobili non si differenzia da quella relativa all'atto di segregazione di beni mobili.

(41) Ci si riferisce alla distinzione concettuale (e spesso fattuale) tra strumento istitutivo del trust e atto di dotazione dei beni che ne costituiranno il *trust fund*. Il negozio di trasferimento può infatti coincidere con lo strumento istitutivo del trust, precederlo o seguirlo (v. M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 37], p. 589 s.).

L'atto istitutivo (nel caso più tipico di atto redatto per atto pubblico o scrittura privata autenticata), staccato dagli atti di dotazione, risulta un atto meramente programmatico che sconta quindi l'imposta di registro unicamente in misura fissa in quanto atto "non avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" (ai sensi dell'art. 11, parte prima del-
(Segue)

§ 4.1. (Segue). Sulla inapplicabilità del tributo successorio agli atti segregativi di beni in trust.

Il trasferimento dei beni al trustee risulta caratterizzato, *prima facie*, dalla gratuità o comunque dalla mancanza di un qualsivoglia corrispettivo. Ci si è quindi chiesti se l'atto segregativo del bene in trust possa rientrare nell'alveo dei tributi successori.

In un primo momento l'Amministrazione Finanziaria, attraverso il Secit(42), seguita anche da una parte della dottrina(43), aveva prospettato una generale applicabilità dell'imposta sulle donazioni a qualsiasi tipologia di trust, e ciò in quanto si era ritenuto che il passaggio dei beni dal disponente al trustee comportasse una decurtazione del patrimonio del disponente e fosse connotato dal carattere di liberalità.

In tempi più recenti, sulla spinta della unanime dottrina successiva(44), della giurisprudenza(45) e del notariato(46), l'Amministrazione Finanziaria ha abbandonato questa posizione. Prima della recente riforma era ormai opinione del tutto pacifica, anche nella prassi amministrativa, che il trasferimento dei beni al trustee non rientrasse nell'ambito dell'imposta di donazione, mancando (i) sia lo spirito di liberalità (*animus donandi*) - in quanto è certo che il disponente non ha alcuna volontà di arricchire il trustee - (ii) sia alcun arricchimento da parte di quest'ultimo, stante la segregazione dei beni in trust, che devono essere utilizzati dal trustee unicamente per perseguire le volontà espresse nell'atto di trust(47).

La segregazione è infatti la necessaria conseguenza dell'affidamento. Un diritto viene affidato al trustee perché questi realizzi certi interessi o scopi e in assenza della segregazione, se tale diritto si potesse confondere con il patrimonio del trustee o potesse venire pregiudicato da atti o fatti che non riguardino il suo esercizio, la stessa ragione del trust ne risulterebbe irrimediabilmente frustrata. Dal cuore di qualsiasi tipologia di trust, dall'affidamento e dalla segregazione, deriva quindi l'impossibilità giuridica di alcun arricchimento del trustee(48).

Riprendendo ora quanto evidenziato in tema di perimetro applicativo della nuova imposta di successione e donazione, pare che le conclusioni a cui era giunta l'Amministrazione Finanziaria nel previgente regime restino condivisibili anche alla luce delle modifiche apportate dalla recente normativa(49), in ragione del carattere di liberalità che pare dover accompagnare anche gli atti a titolo gratuito o la costituzione di vincoli di destinazione e comunque della

Note:

(Continua nota 41)

la Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986). La riforma non ha quindi inciso sulla correttezza del profilo, di cui nessuno ha mai dubitato (v. Delibera del Comitato di coordinamento del Servizio centrale degli Ispettori tributari (Secit) 11 maggio 1998, n. 37/98 avente ad oggetto "La circolazione dei trusts esteri in Italia", Fisco, 1998, 11148; Direzione Regionale Liguria, Risposta a Interpello 24 luglio 2003 [*supra*, nota 34]; Risposta a Interpello 342122003, ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 26 novembre 2003, Prot. n. 2003/192508, in questa Rivista, 2006, 481; Risposta a Interpello ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 28 settembre 2004, in questa Rivista, 2005, 294).

Nell'ottica tributaria la vera partita si gioca quindi sui soli atti di dotazione.

(42) Delibera del Secit n. 37/98 del 1998 [*supra*, nota 41], a p. 11149.

(43) Per i riferimenti bibliografici relativi alle varie posizioni assunte dalla dottrina in tema di trust liberali v. *supra*, nota 1.

(44) *Ex pluribus*, A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna, I. Beneventi (cur.), I Trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 269, a p. 284.

(45) Comm. Trib. Prov. Lodi, 3 ottobre - 5 novembre 2001, n. 135/01/01, in questa Rivista, 2002, 418; Comm. Trib. Venezia, 23 gennaio 2003, n. 104/19/02, in questa Rivista, 2003, 253.

(46) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 21 novembre 2003, n. 80/2003/T.

(47) Risposta a Interpello del 26 novembre 2003 [*supra*, nota 41]; Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 41]; Risposta a Interpello 909-401/2005 ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 2 novembre 2005, Prot. n. 909-49466/2005, in questa Rivista, 2006, 324.

(48) Sui concetti di affidamento e segregazione, v., ancora, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 37], pp. 286-310.

(49) Come è noto nel corso della sedicesima edizione di Telefisco tenutasi il 30 gennaio 2007, l'Agenzia delle entrate sembrava essersi riatte- stata sulle posizioni della Delibera del Secit n. 37/98 del 1998 [*supra*, nota 41], affermando l'assoggettabilità all'imposta sulle donazioni sia del passaggio dei beni dal disponente al trustee sia di quello dal trustee ai beneficiari, con la sola esclusione del trust auto-dichiarato, che avrebbe dovuto essere assoggettato ad imposta di registro e ipotecaria e catastale in misura fissa: "La locuzione "... costituzione di vincoli di destinazione ..." potrebbe essere genericamente riferita ad ogni negozio giuridico di destinazione di beni alla realizzazione di un fine, con effetti segregativi e limitativi della disponibilità dei beni medesimi.

Tuttavia, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, tale locuzione è da intendersi riferita all'ipotesi di costituzione negoziale del vincolo che comporti il contestuale trasferimento di beni - anche temporaneo - in capo ad un soggetto diverso dal disponente.

Pertanto, tale imposta non è applicabile alla costituzione di vincoli di destinazione che trovi fondamento in previsioni di legge (beneficio d'inventario) o provvedimenti amministrativi (vincoli urbanistici).

L'imposta sulle successioni e donazioni non è applicabile nemmeno alla costituzione di vincoli di destinazione su beni che permangono nella titolarità del disponente (ad esempio, costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare da parte di una società di capitali, di cui all'articolo 2447-bis c.c.).

Per quest'ultimo tipo di costituzione di vincoli di destinazione è dovuta l'imposta di registro in misura fissa, ordinariamente prevista per gli atti privi di contenuto patrimoniale (articolo 11 della Tariffa, Parte prima, allegata al Testo Unico dell'imposta di registro) ed, eventualmente, l'imposta ipotecaria in misura fissa, nell'ipotesi di trascrizione facoltativa di vincolo di destinazione costituito su beni immobili (articolo 2645-ter c.c.).

Con riferimento al trust di scopo, si osserva che la mancanza di beneficiari finali dei beni costituiti in trust, non rileva ai fini dell'applicazione del-

(Segue)

Saggi

manca di un qualsiasi arricchimento del trustee in caso di trasferimenti a carattere segregativo(50).

Sotto quest'ultimo profilo si potrebbe anche valorizzare la circostanza che la nuova normativa richiama espressamente il contenuto dell'art. 58, primo comma del D. Lgs. 346/1990 relativo alla donazione modale. Se è vero che il trustee riceve dei beni da parte del disponente egli è anche simultaneamente onerato di un *modus*, derivante dai suoi doveri fiduciari verso i beneficiari, di pari valore, ma di segno contrario, tale da azzerare la relativa base imponibile.

§ 4.2. (Segue). Sulla inapplicabilità dell'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al D.P.R. 16 aprile 1986, n. 131 agli atti segregativi di beni in trust.

Sgombrato il campo dall'applicabilità del tributo successorio all'atto di trasferimento dei beni dal disponente al trustee, è allora giocoforza ritenere che lo stesso ricada nell'ambito delle altre imposte sui trasferimenti e quindi principalmente nell'imposta di registro.

In questa prospettiva l'Amministrazione Finanziaria ha definitivamente escluso che l'atto di donazione possa considerarsi a titolo oneroso (e sia quindi applicabile l'art. 1 della Tariffa allegata al D.P.R. 16 aprile 1986, n. 131 (di seguito, "D.P.R. 131/1986") e le relative aliquote) in quanto il disponente, a fronte del trasferimento del bene, non riceve alcuna contropartita(51).

La prassi ministeriale ha invece ritenuto applicabile l'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986, secondo cui - in via residuale - per gli "Atti diversi da quelli altrove indicati aventi per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" si applica l'imposta di registro nella misura proporzionale del 3 per cento(52).

Questa affermazione è stata oggetto di una critica serata da parte della dottrina, che ha convincentemente escluso la concreta applicabilità del ricordato art. 9.

Sotto un primo profilo si è rilevata la mancanza di "prestazioni" rilevanti ai fini dell'applicabilità della norma, non implicando la segregazione né comportamenti idonei a soddisfare interessi di altri soggetti, né tanto meno, reali effetti incrementativi del patrimonio di altri(53).

Note:

(Continua nota 49)

l'imposta sulle successioni e donazioni, conseguentemente tale imposta è

dovuta per la sola costituzione del vincolo disposta con modalità traslative, vale a dire mediante attribuzione di beni dal disponente al trustee.

Qualora il trust sia istituito in favore di beneficiari finali determinati o determinabili, si osserva che - ferma restando l'applicazione dell'imposta alla costituzione del vincolo effettuata con modalità traslative - il successivo trasferimento di beni in favore dei beneficiari finali è soggetta anch'essa ad autonoma imposizione, da individuare con riferimento al caso concreto e in base agli effetti giuridici prodotti.

Infatti, al momento dello scioglimento del trust, il trustee effettua, di regola, un'attribuzione a titolo gratuito in favore dei beneficiari finali, soggetta all'imposta sulle successioni e donazioni(54).

La soluzione proposta dall'Agenzia, subito oggetto di un coro di critiche (v. A. Busani, Doppio prelievo a sorpresa per il trust, *Il Sole 24 Ore*, 31 gennaio 2007, 5; Id., Sul trust "stretta" senza motivazioni, *Il Sole 24 Ore*, 14 marzo 2007, 33; Circolare Assonime, n. 13 del 12 marzo 2007), avrebbe finito per collidere, in maniera frontale, con i risultati che la stessa Agenzia aveva faticosamente raggiunto (vedi *supra*, nota 47), e ciò sulla base di una interpretazione testuale priva di ogni sistematicità e che pare del tutto estranea all'impianto normativo della nuova imposta di donazione. La successiva Circolare del 16 febbraio 2007, n. 11/E non ha tuttavia ritenuto di recepire la criticata risposta (v. A. Busani, Uno spiraglio sul trust smarrito, *Il Sole 24 Ore*, 8 marzo 2007, 29), probabilmente nella prospettiva di una più meditata analisi di un argomento così delicato e controverso.

(50) Il profilo della mancanza di indici di capacità contributiva in capo al trustee in seguito ad atti segregativi che gli trasferiscono beni, ma non lo arricchiscono, è comune nei primi commenti alla nuova normativa, v. A. Busani, Il trust tassa solo il beneficiario [*supra*, nota 1], a p. 19; Id., Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust [*supra*, nota 1], 359; D. Stevanato, La reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni: prime riflessioni critiche [*supra*, nota 6], a pp. 251-252; Id., Alla ricerca della capacità economica nella "nuova" imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 3], a pp. 1664-1665; Id., Il trust e l'imposizione indiretta, relazione presentata al Convegno di studi "Le imposte indirette nei trust e nei vincoli di destinazione", organizzato da Ipsoa in collaborazione con l'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Milano il 17 gennaio 2007, a p. 34 del dattiloscritto, dove si ipotizza anche una questione di costituzionalità delle nuove norme se applicate a fattispecie (come quelle relative agli atti di donazione a trust) che non manifestano alcuna capacità economica compatibile con un tributo sugli arricchimenti sorretti da uno spirito di liberalità; M. A. Domenichella, Nota a Convegno Trust 17 gennaio 2007, relazione presentata al Convegno di studi "Le imposte indirette nei trust e nei vincoli di destinazioni" [*supra*, in questa nota], a pp. 3-4 del dattiloscritto; G. Corasaniti, Il nuovo regime civilistico e fiscale delle donazioni e delle liberalità indirette, relazione presentata al Convegno "Successioni e donazioni. Riforma fiscale. Trust, Patto di famiglia. Vincoli di destinazione" [*supra*, nota 23], a p. 51 s. del dattiloscritto; A. Moja, Il nuovo regime tributario del Trust: determinazione della base imponibile e nuove aliquote, relazione presentata al Convegno "Successioni e donazioni. Riforma fiscale. Trust, Patto di famiglia. Vincoli di destinazione" [*supra*, nota 23], a p. 29 s. del dattiloscritto; F. Porpora, Prime osservazioni in tema di tassazione dei trusts (liberali) nella "resuscitata" imposta sulle successioni e donazioni [*supra*, nota 1], a p. 3135; Circolare Assonime, n. 13 del 12 marzo 2007 [*supra*, nota 49]; F. Guffanti, Nuove aliquote, franchigie ed esenzioni nell'imposta sulle successioni e donazioni, *Corriere trib.*, 2007, 1401. a p. 1403; con più generale riferimento ai vincoli di destinazione, L. Salvini, L'impatto della nuova tassazione sui vincoli di destinazione, relazione presentata al Convegno "Successioni e donazioni. Riforma fiscale. Trust, Patto di famiglia. Vincoli di destinazione" [*supra*, nota 23], a p. 4 s. del dattiloscritto; P. Ferraretti - M. Piazza, Novità in materia di trust. Prime possibili interpretazioni pratiche. Imposte dirette e imposta di donazione [*supra*, nota 1], 6160.

(51) Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 41]; Risposta a Interpello del 2 novembre 2005 [*supra*, nota 47].

(52) Risposta a Interpello del 26 novembre 2003 [*supra*, nota 41]; Risposta a Interpello 28 settembre 2004 [*supra*, nota 41]; Risposta a Interpello del 2 novembre 2005 [*supra*, nota 47].

(53) A. Fedele, Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario, in Aa. Vv., Destinazione di (Segue)

Se si accede ad una analisi di tipo funzionale dell'imposta di registro è del tutto pacifico come questa abbia ormai da tempo perso il carattere di tassa (fissa) relativa al servizio reso dallo Stato per la registrazione e la conservazione degli atti, per assumere quello di imposta (proporzionale) che colpisce una manifestazione di capacità contributiva "pur conservando quale riflesso dell'originaria natura la distinzione tra l'applicazione dell'imposta in misura proporzionale e quella in misura fissa"(54). In questo angolo visuale è del tutto evidente la mancanza di qualsiasi capacità contributiva in capo al trustee che giustifichi un prelievo diverso da quello fisso(55). Si è già dato conto in precedenza, con una tesi condivisa dalla stessa prassi ministeriale, di come dall'affidamento e dalla segregazione, sottesi a qualsiasi tipologia di trust, derivi l'impossibilità giuridica di alcun arricchimento del trustee.

In una diversa prospettiva si è poi recentemente negata la concreta operatività della norma dimostrando la legittimità di indicare nell'atto di trasferimento di un bene (immobile) una somma ai soli fini dell'applicazione del richiamato art. 9, senza alcun riferimento al valore reale dei beni (immobili) attribuiti al trustee(56).

La critica più incisiva, comune a quasi tutti gli autori, è stata tuttavia quella di mettere correttamente in luce la mera strumentalità della posizione del trustee (confermata anche dalla sua tendenziale fungibilità)(57) al raggiungimento degli scopi del trust e dovendosi perciò volgere lo sguardo al complessivo programma negoziale che il disponente intende raggiungere tramite la sua istituzione. Si è quindi ritenuto che l'atto segregativo di beni in trust non sia un atto equiparabile ad un comune trasferimento di proprietà, ma sia neutro da un punto di vista fiscale e, come tale, soggetto ad imposizione indiretta in misura fissa, mentre il successivo trasferimento ai beneficiari sia soggetto alla tassazione propria del negozio a cui corrisponde(58).

§ 5. La fiscalità dei trust liberali.

Il profilo da ultimo rilevato ha trovato un particolare sviluppo e approfondimento con riferimento ai trust liberali o di famiglia. Come si ricordava in precedenza, questi sono caratterizzati da uno spirito di liberalità del disponente nei confronti dei beneficiari. Motivi meritevoli di tutela spingono tuttavia quest'ultimo a non trasferire immediatamente i beni,

ma a preferire un programma negoziale di più ampio respiro(59).

Note:

(Continua nota 53)

beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003, p. 296, nota 6, il quale, indipendentemente dalla sussistenza del profilo della "patrimonialità", ritiene di poter escludere la ricorrenza del concetto di "prestazione", termine che evoca un atto diretto alla realizzazione di un interesse "finale", qui mancante, in quanto interessi di tale natura saranno eventualmente soddisfatti solo dalle successive vicende negoziali.

(54) Così A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, p. 983. Il punto è del tutto pacifico nella più recente manualistica, F. Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2005, p. 264; N. Dolfin, *L'imposta di registro*, in G. Falsitta (cur.), *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2005, p. 615; R. Lupi, *Diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2005, p. 316.

Sui rapporti tra il presupposto dell'imposta di registro e la capacità contributiva, v., in particolare, F. Gaffuri, *Il presupposto del tributo di registro e la capacità contributiva* (nota a Cass., I Sez., 26 maggio 1967, n. 1149, *Amm. Finanze Stato e Comune di Milano c. Soc. Ligure Lombarda Aedes*), *Giur. it.*, 1968, I, 1, 987; F. Tesaro, *Novità e problemi nella disciplina dell'imposta di registro*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1975, I, 90. Per una panoramica delle varie posizioni espresse sulla natura dell'imposta di registro e per ampi riferimenti bibliografici, vedi A. Uckmar - V. Uckmar, voce "Registro (imposta di)", *Novissimo Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 39; V. Uckmar - R. Dominici, voce "Registro (imposta di)", *Novissimo Dig. it.*, Appendice, vol. VI, Torino, 1986, 540; B. Santamaria, voce "Registro (imposta di)", *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano 1988, 533; V. Uckmar - R. Dominici, voce "Registro (Imposta di)", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., vol. XII, Torino, 1996, 258.

(55) Con maggiore ampiezza di argomentazioni, v. G. Semino, *Trust liberali e trust commerciali* [*supra*, nota 1], a p. 191.

(56) G. F. Condò, *Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee* [*supra*, nota 1], a p. 197; cfr. anche M. Bastianelli, *Profili tributari dei trust interni discrezionali* [*supra*, nota 1], a p. 387.

(57) Nei trust, specie di lunga durata è del tutto fisiologico che possa variare il trustee (per morte, revoca, o dimissioni) e di conseguenza la titolarità dei cespiti. La successione da un trustee all'altro del complesso dei diritti segregati è infatti un vero e proprio trasferimento, ma privo di indici di emersione di qualsivoglia capacità contributiva e quindi soggetto ad imposta di registro in misura fissa, come da costante prassi applicativa degli stessi uffici finanziari (v. lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle entrate dell'Emilia Romagna [*supra*, nota 34], al punto 1.1.4.).

(58) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 80/2003/T del 2003 [*supra*, nota 46], ove ampi ulteriori riferimenti bibliografici. Sul carattere neutro dell'atto segregativo di beni in trust, v. poi da ultima Comm. Trib. Brescia, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 205, in questa Rivista, 2006, 424 (nota P. Rotondo - A. Rotondo); *Corriere trib.*, 2006, 1745 (nota P. Rotondo - A. Rotondo); *GT - Riv. giur trib.*, 2006, 718 (nota E. Vial).

(59) Lo spirito liberale di un soggetto potrebbe, infatti, esplicitarsi in una donazione contrattuale, magari frazionata nel tempo, disponendo, come primo passaggio, della sola nuda proprietà dei cespiti. Non sempre tuttavia gli effetti giuridici conseguenti ad una donazione con riserva di usufrutto sono considerati soddisfacenti dalle parti. Il genitore potrebbe ad esempio non volere l'assetto di interessi che si verrebbe così a creare: perché i figli potrebbero essere minori di età ovvero maggiorenni, ma del tutto incapaci di gestire il patrimonio; potrebbero nascere nuovi figli che resterebbero giocoforza esclusi, almeno in prima battuta; in caso di premorienza senza discendenza, il genitore potrebbe preferire che i beni fossero

(Segue)

Saggi

Ove si volga lo sguardo al fenomeno del trust nel suo complesso diviene allora agevole comporre in modo persuasivo i rapporti fra imposta di registro e imposta sulle donazioni.

Nel trust di famiglia c'è effettivamente uno spirito liberale che anima il disponente, ma questo non è rivolto al trustee, bensì verso i beneficiari. A ben vedere il trustee è solo un tramite per mezzo del quale i beneficiari ricevono una liberalità indiretta dal disponente(60).

Trova così conferma l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa al primo passaggio (meramente strumentale) dei beni dal disponente al trustee e dell'imposta sulle donazioni al conclusivo passaggio dei beni, dal trustee ai beneficiari. Prima delle recenti riforme la dottrina assolutamente prevalente(61), il notariato(62), la giurisprudenza tributaria(63) e la prassi di molti uffici finanziari periferici(64) convergono su tale interpretazione e non pare che le recenti novità legislative abbiano cambiato questa prospettiva.

In tale ambito sembra ragionevole assumere (salvo quanto si preciserà sulla latitudine degli interessi beneficiari) che la tassazione si perfezioni al momento dell'atto formale di assegnazione dei beni (immobili) ai beneficiari, anche giusta il disposto del comma 1-bis dell'art. 1 del D. Lgs. 346/1990, ai sensi del quale resta ferma l'applicazione dell'imposta anche alle liberalità indirette risultanti da atti soggetti a registrazione. L'atto portato a registrazione sarà proprio quello di assegnazione del bene (immobile) al beneficiario.

Pare poi corretto affermare che l'aliquota e l'eventuale franchigia applicabile sia quella che deriva dai rapporti di parentela fra disponente e beneficiario, risultando del tutto irragionevole considerare rilevanti i rapporti con il trustee, che, per i suoi doveri fiduciari, risulta completamente estraneo alla liberalità e il cui intervento assume carattere meramente strumentale(65).

Note:

(Continua nota 59)

destinati agli altri figli e non al coniuge del figlio morto; il genitore potrebbe poi voler mantenere ancora una qualche influenza, magari anche solo mediata e programmatica, sull'utilizzo di quei beni e maggiori garanzie in caso di sua sopravvenuta indigenza. Come ricorda Francesco Galgano, Gli strumenti offerti dal nuovo diritto societario, Contratto e impresa, 2004, 227, specie con riferimento a pacchetti societari di controllo è già accaduto che l'allungamento delle aspettative di vita renda i figli sempre più delusi e insofferenti, fino ad arrivare a citare i genitori in giudizio accusandoli dell'abuso dell'usufrutto, poiché l'abuso del diritto di usufrutto comporta la sua estinzione, anche se spesso l'unico abuso è una vita troppo longeva. Da queste legittime esigenze e finalità, non sempre

ottenibili con i normali strumenti del diritto italiano, è sempre più diffusa la decisione di segregare i beni in un trust liberale al termine del quale gli stessi saranno attribuiti ai figli, ma che, durante la vita del genitore, terrà conto delle aspettative di cui si è accennato. Nel trust di famiglia il trustee non è altro che lo strumento per raggiungere la finalità liberale tenendo conto e contemperando un insieme di interessi più complesso.

(60) La c.d. teoria unitaria, nata da un'intuizione di D. Stevanato, Donazioni e liberalità indirette nel tributo successorio [*supra*, nota 3], p. 186 s., è stata successivamente sviluppata e ampliata da F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts, Riv. dir. fin. sc. fin., 2001, 117, C. Monaco, Trust: fattispecie ed effetti fiscalmente rilevanti, Riv. dir. fin. sc. fin., 2002, 647 e A. Contrino, Trusts liberali e imposizione indiretta sui trasferimenti dopo le modifiche (L. n. 383/2001) al tributo sulle donazioni, Rass. trib., 2004, 434; Id., Il trust "liberale" e l'imposta sulle donazioni (nota a Cons. Naz. del Notariato, Studio n. 80/2003/T). Caratteristiche del trust e tributi indiretti, Dialoghi di Dir. trib., 2004, 457.

(61) V. *supra*, nota 60. Per ulteriori riferimenti bibliografici, anche riguardo alle tesi contrarie rimaste minoritarie, v. G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi [*supra*, nota 1], a p. 47.

(62) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 80/2003/T del 2003 [*supra*, nota 46], nella più generale prospettiva che l'atto di istituzione di beni in trust non è equiparabile ad un trasferimento di proprietà – stante la segregazione dei beni che non entrano comunque nel patrimonio del trustee – ed è quindi neutro da un punto di vista fiscale e come tale sottoposto ad imposizione indiretta (imposta di registro, ipotecaria e catastale) in misura fissa, mentre il successivo atto di trasferimento ai beneficiari viene ritenuto soggetto alla tassazione propria del negozio a cui corrisponde, da individuarsi caso per caso, ma normalmente di carattere donativo.

(63) Comm. Trib. Reg. Venezia, n. 104/19/02 del 2002 [*supra*, nota 45], che, richiamando anche le analogie fra la segregazione dei beni in trust e il fondo patrimoniale, ha riformato il precedente orientamento espresso da Comm. Trib. Prov. Treviso, 29 marzo 2001, n. 27/8/01, in questa Rivista, 2002, 419; Comm. Trib. Brescia, sez. I, 11 gennaio 2006, n. 205 [*supra*, nota 58]. La Comm. Prov. Lodi, 3 ottobre – 5 novembre 2001, n. 135/01/01 [*supra*, nota 45], su istanza dello stesso contribuente ricorrente, ha ritenuto applicabile l'imposta di registro nella misura del 3% ai sensi dell'art. 9, parte prima della Tariffa allegata al D.P.R. n. 131/1986.

(64) In tal senso lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle entrate dell'Emilia Romagna [*supra*, nota 34], per il quale, al punto 1.1.3, "se lo scopo perseguito dal disponente attraverso il trust è quello di devolvere il patrimonio a soggetti terzi, beneficiari finali, il trasferimento dei beni dal trustee ai predetti soggetti rappresenta la realizzazione di finalità di natura liberale che trovano la loro fonte nella volontà del disponente. Si configura una sorta di liberalità indiretta che, quindi, costituisce il presupposto per l'applicazione dell'imposta di donazione nei confronti dei beneficiari finali, ove ne ricorrano le condizioni".

(65) La tesi, pacifica nella vigenza della vecchia normativa tra i sostenitori della "teoria unitaria", dopo le recenti modifiche legislative, trova concorde A. Busani, Imposta di donazione su vincoli di destinazione e trust [*supra*, nota 1], a p. 362.

L'irragionevolezza di ricostruzioni interpretative differenti da quella proposta si evidenzia in maniera chiara con riferimento ai trust istituiti a favore di soggetti portatori di handicap. Dopo le modifiche apportate al tributo successorio dalla finanziaria 2007 (v. l'art. 47, lettera c, dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2006, n. 296), la persona portatrice di handicap, quale che sia il rapporto di parentela con il *de cuius*, gode di una particolare franchigia di Euro 1.500.000). La dottrina e la giurisprudenza civilistiche hanno già da tempo messo in luce non solo la legittimità, ma anche l'estrema utilità della creazione di trust a favore di soggetti deboli (v. da ultimo, Trib. Genova, 14 marzo 2006, in questa Rivista, 2006, 415, in cui il Giudice Tutelare ha autorizzato l'amministratore di sostegno a istituire un trust nell'interesse del beneficiario della procedura e del di lui fi-
(Segue)

Si ritiene che le regole fin qui esposte trovino applicazione *mutatis mutandis* (66) anche rispetto ai trust testamentari (67), che nel previgente regime sfuggivano all'imposizione (68).

Deve essere infine favorevolmente valutata la possibile applicabilità della nuova normativa esentativa dei passaggi generazionali di impresa a favore di trust creati a unico beneficio dei propri discendenti (69).

§ 6. La poliedricità delle posizioni beneficiarie e la sua possibile rilevanza fiscale.

Le conclusioni fin qui raggiunte devono comunque tener conto della poliedricità dell'istituto ed in particolare della poliedricità delle possibili posizioni beneficiarie. È infatti ragionevole chiedersi se sia

Note:

(Continua nota 65)

glio disabile). Ora un'interpretazione miope della normativa (e complementemente contraria alla sua *ratio*) che non tenesse conto della mera strumentalità della posizione del trustee, e lo ritenesse quindi rilevante ai fini della definizione dell'aliquota e dell'eventuale franchigia applicabile, finirebbe per sterilizzare l'agevolazione proprio in presenza di uno strumento creato unicamente per tutelare la posizione del soggetto debole (v. su questo ultimo profilo, N. L. de Renzis Sonnino, *Riflessi fiscali del rapporto trust-beneficiari, relazione presentata al Convegno "Il Trust: profili applicativi e fiscali"*, organizzato dall'Associazione il Trust in Italia, svoltosi in Siena, il 3 maggio 2007).

(66) V. in particolare i beni che non concorrono a formare l'attivo ereditario di cui all'art. 12 del D. Lgs. 346/1990.

(67) Con tale espressione ci si riferisce, secondo una bipartizione ben nota alla pratica, sia ai trust istituiti per testamento (e ivi dotati di beni), sia ai trust istituiti *inter vivos*, ma dotati di beni tramite disposizioni testamentarie.

(68) V. G. Semino, *La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi* [supra, nota 1], a p. 57, ove ulteriori riferimenti.

(69) Sia la lettera, sia la *ratio* della norma paiono infatti ben attagliarsi ai trasferimenti di azienda o di partecipazioni sociali a favore di trust creati per la gestione efficiente del passaggio generazionale dell'impresa e di cui siano beneficiari i discendenti dell'imprenditore (o del socio di riferimento).

Circa il profilo letterale la legge finanziaria 2007 (all'art. 1, comma 78, lettera a), L. 27 dicembre 2006, n. 296) ha aggiunto all'art. 3 del D. Lgs. 346/1990, il comma 4-bis, che ora annovera tra le fattispecie escluse da tassazione anche i "trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni". Come è noto, è stato subito vivo il dibattito tra gli interpreti se il riferimento ai discendenti debba essere legato ai soli patti di famiglia (esentando quindi da tassazione tutti i trasferimenti a prescindere dal rapporto di parentela in linea retta, salve le altre condizioni) o debba ritenersi generalizzato a tutti i trasferimenti (esentando quindi i soli trasferimenti a favore dei discendenti). Per una panoramica delle varie posizioni assunte, v. P. Puri, *Il regime ai fini dell'imposizione indiretta dei trasferimenti di aziende e di partecipazioni con particolare riguardo al patto di famiglia, relazione presentata al Convegno "La nuova imposta sulle successioni e sulle donazio-*

ni. La tassazione del trust e dei vincoli di destinazione" [supra, nota 6], a p. 5 del dattiloscritto; U. Friedmann [G. Petterutti], *L'imposta di successione e donazione: innovazioni introdotte dalla L. 286/06 e dalla finanziaria 2007* [supra, nota 23], a p. 9 del dattiloscritto, ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici; G. Zizzo, *I trasferimenti di azienda e partecipazioni sociali per successione o donazione*, *Corriere trib.*, 2007, 1351. Ora, anche ove si voglia abbracciare la tesi più restrittiva, non pare possa dubitarsi che il trasferimento effettuato ad un trust liberale di cui siano unici beneficiari i discendenti del disponente, sia un trasferimento a favore degli stessi, stante la posizione meramente strumentale assunta dal trustee di cui si è dato più volte conto in precedenza (la novella utilizzando dopo la parola trasferimenti, l'inciso - effettuati anche tramite i patti di famiglia - pare poi presupporre che siano ricompresi nel perimetro normativo anche i trasferimenti effettuati tramite schemi negoziali diversi rispetto al patto di famiglia). Quanto rilevato appare poi certo nel caso in cui i beneficiari-discendenti abbiano una posizione *vested* secondo quanto si specificherà tra breve, stante il loro contestuale arricchimento, ma pare ragionevolmente sostenibile anche davanti a posizioni condizionate, che tuttavia verificano sempre la condizione richiesta dalla normativa (ad esempio, sono beneficiari del trust i discendenti del disponente viventi al termine di durata del trust, ipotesi quest'ultima che sarà probabilmente preferita dal redattore dello strumento istitutivo per i motivi in richiamati *infra*, § 6).

L'interpretazione letterale va peraltro verificata alla luce della *ratio* della normativa. Chi si è dato carico (G. Zizzo, *I trasferimenti* [supra, in questa nota], a p. 1351) della questione le ha individuate nell'evitare che il sopravvenuto carico tributario possa costringere i beneficiari ad indebitarsi, indebolendo così l'impresa proprio nel delicato momento del passaggio di consegne e comunque in un chiaro *favor* mostrato dal legislatore nell'agevolare i passaggi generazionali dell'impresa (un forte invito in tal senso, specie con riferimento alla piccola e media impresa, è, come noto, più volte stato rivolto dalla Commissione Europea, v. la raccomandazione n. 94/1069/CE del 7 dicembre 1994 e la comunicazione 98/C 93/02 del pubblicata il 28 marzo 1998).

La dottrina ha già da tempo messo in luce i problemi legati alla deriva generazionale e la necessità di trovare strumenti atti a governare in modo efficiente la successione nell'impresa (v., in particolare, Aa. Vv., *La trasmissione familiare della ricchezza. Limiti e prospettive di riforma del sistema successorio*, Padova, 1995, *passim*; Aa. Vv., *Trust. Sette voci sulla trasmissione della ricchezza familiare, Contratto e impresa*, 2004, 227). In questa prospettiva, il trust rappresenta forse oggi la frontiera più avanzata. Non è questa la sede per una disamina approfondita dell'argomento, basta solo ricordare come altri strumenti abbiamo mostrato preoccupanti limiti. I c.d. patti tra eredi, adottati per stabilizzare la *governance* societaria e affievolire l'eventuale litigiosità fra gli eredi, mostrano le debolezze proprie dei patti parasociali e quindi gli stretti vincoli di durata, legislativamente previsti, e la difficile coercibilità delle obbligazioni assunte. La creazione di una società *holding* può superare questi aspetti, ma non fa che spostare a monte i problemi che si potevano verificare a valle. Un sapiente utilizzo del trust oltre a permettere di raggiungere le finalità tipiche dei trust liberali (v. *supra*, nota 59), sotto il profilo del diritto societario (risulta invece difficile che il trustee voglia assumere in proprio il rischio di impresa, acquisendo direttamente l'azienda) trova un decisivo punto di forza nella circostanza che il trustee diventi l'unico soggetto legittimato ad esercitare i diritti sociali (v. *infra*, § 7.1.). Vengono quindi superati i limiti temporali e di coercibilità di altri schemi negoziali, ma nondimeno si potrà comunque tener conto delle istanze provenienti dai vari soggetti coinvolti nella struttura (comitati di beneficiari, rappresentanti dei vari rami famigliari, professionisti di fiducia, disponente fondatore dell'impresa). Insomma il trust rappresenta forse lo strumento più sofisticato ed efficiente per la gestione dei passaggi generazionali complessi e il suo utilizzo rientra quindi senza dubbio nella *ratio* della nuova normativa.

L'utilizzo del trust permetterebbe infine di creare quella unitarietà della partecipazione di controllo che è stata ribadita quale condizione necessaria dall'Amministrazione Finanziaria al fine di godere del regime agevolativo in caso di pluralità di discendenti-eredi (cfr. il punto 12.1 della Circolare del 16 febbraio 2007, n. 11/E [supra, nota 49], nel quale si è sostenuto che l'agevolazione spetta sempre per il trasferimento della partecipazione di controllo a favore di più discendenti in comproprietà *ex art.* 2347 cod. civ.).

Saggi

corretto assumere che i beneficiari siano incisi dall'onere tributario solo al termine del trust (al momento dell'assegnazione dei beni) o se tale termine possa (o, in certe ipotesi, debba) essere anticipato. Il profilo risulta peraltro ancora poco trattato in dottrina.

Rinviando a chi ha approfondito tematiche complesse(70), per i limitati fini di questo contributo, basta ricordare che la posizione soggettiva dei beneficiari è detta *vested* quando essa ha un titolare certo e definitivo. In mancanza di ulteriori elementi di variabilità l'interesse beneficiario (*vested*) appartiene al suo titolare ed è da lui pienamente disponibile per atto tra vivi o *mortis causa*(71).

Con riferimento ad un trust di famiglia non par dubbio che in caso di creazione di posizioni *vested* il presupposto impositivo del tributo successorio si perfezioni in capo al beneficiario già al momento dell'atto segregativo del bene in trust. Nel diritto dei trust questi è infatti destinatario di un arricchimento di matrice liberale di cui ha già la piena disponibilità(72).

Nella prassi operativa è peraltro molto difficile che un coscienzioso redattore di un trust(73) liberale assegni ai beneficiari delle posizioni *vested*. I motivi sono molteplici, ma forse quello più rilevante è che in ossequio ad una antica *rule* del diritto inglese, una volta avvenuta l'individuazione dei soggetti a cui spetta il fondo del trust, questi, se maggiorenni e capaci e se il complesso delle loro spettanze esaurisce ogni interesse economico sul fondo, hanno diritto di ottenere dal trustee il trasferimento del fondo stesso, secondo le loro indicazioni(74).

È del tutto evidente come l'applicazione della ricordata *rule* possa rendere inefficiente lo strumento per il raggiungimento delle finalità normalmente perseguite tramite l'istituzione di un trust liberale(75). Ed allora è prassi comune introdurre delle condizioni (*contingency*) che rendono le posizioni beneficiarie instabili (e quindi i relativi diritti non definitivamente acquisiti) fino ad un certo momento, generalmente coincidente con il termine della durata del trust(76).

In conclusione, quindi, i beneficiari dei trust liberali, essendo generalmente titolari di un *contingent interest*, hanno solo una mera (e incerta) aspettativa di ricevere i beni in trust, aspettativa che non pare quindi sufficiente a qualificarli ai fini della soggettività passiva del novellato tributo successorio, e ciò fino al termine della durata del trust e alla conseguente individuazione di posizioni *vested*(77). Tutta-

Note:

(70) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 37], p. 344 s., p. 396 s.; Id., *I trust nel diritto civile*, in *Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 15 s.; Id., *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005, p. 65 s.; Id., *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario* [supra, nota 40], p. 69 s. Sulle posizioni beneficiarie nella più recente manualistica inglese, v. R. Pearce - J. Stevens, *The Law of Trusts and Equitable Obligations*, Oxford - New York, 2006, p. 373 s.; G. Watt, *Trusts and Equity*, II ed., Oxford - New York, 2006, p. 95 s.; D. Hayton - C. Mitchell, *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, XII ed., Londra, 2005, p. 1 s.; G. J. Virgo - E. H. Burn, *Maudsley and Burn's Trust and Trustees. Cases and Materials*, VI ed., Londra, 2002, p. 3 s.; J. E. Penner - N. Padfield, *The Law of Trusts*, Londra, 2002, p. 55 s.; J. G. Riddall, *The Law of Trusts*, VI ed., Londra, 2002, p. 283 s.; P. Todd - S. Wilson, Oxford - New York, 2000, p. 115 s. Nella manualistica nordamericana, W. M. McGovern - Jr. - S. F. Kurtz, *Principles of Wills, Trusts and Estates*, St. Paul, 2005, p. 188 s.; J. C. Dobris - S. E. Sterk - M. B. Leslie, *Estates and Trusts. Cases and Materials*, II ed., New York, 2003, p. 474 s.

(71) Così M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* [supra, nota 70], p. 93. Questo risultato si raggiunge in maniera assai semplice limitandosi, ad esempio, a scrivere, nello strumento istitutivo del trust, che beneficiari dello stesso sono Tizio, Caio e Sempronio, in parti uguali fra loro.

(72) V. M. Lupoi, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario* [supra, nota 40], p. 50, per il quale è sostenibile che l'incremento patrimoniale del beneficiario si verifichi nel momento nel quale egli acquisisce il diritto di ricevere il fondo in trust o parte di esso. V. anche L. F. Rizzo, *Il trust al servizio dell'impresa alla luce di Basilea 2*, relazione presentata al Convegno "Il trust, la fiscalità internazionale e i trust esteri", organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Carrara il 26 gennaio 2007.

(73) Sulle tecniche di redazione degli strumenti istitutivi di trust il riferimento è al prezioso libro di M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* [supra, nota 70], *passim*. Nella prassi inglese il riferimento è a J. Kessler, *Drafting Trust and Will Trust. A modern Approach*, VII ed.; Londra, 2004, *passim*.

(74) *Saunders v Vautier* (1841), in questa Rivista, 2004, 294. La *rule* è considerata inderogabile nel diritto inglese e nella maggior parte degli ordinamenti del modello internazionale. V., da ultimo, M. Lupoi, *Trust interni e negozi di affidamento fiduciario* [supra, nota 40], pp. 30-31.

(75) Il trust perderebbe gran parte del suo valore aggiunto rispetto ad altri negozi di matrice liberale e riuscirebbe difficilmente a raggiungere le finalità indicate, a titolo esemplificativo, supra, nota 59.

(76) Nella prassi negoziale inglese la tecnicità più semplice è quella di individuare quali beneficiari del trust (ad esempio, i ricordati Tizio Caio e Sempronio o più genericamente i discendenti del disponente) viventi al termine finale della durata del trust. Essendo la morte l'unico elemento certo della vita (ma incerto nel *quando*), i beneficiari non possono essere definitivamente individuati (né maturano diritti *vested*) fino al termine di durata del trust. Su tali profili, v. ancora M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* [supra, nota 70], p. 107 s.

(77) Nell'ottica del tributo successorio quanto rilevato porta con sé due ulteriori corollari. Sotto un primo profilo pare ragionevole ritenere che i beneficiari possano chiedere di scontare fin da subito il tributo già dal momento del primo passaggio dei beni al trustee, senza attendere il verificarsi delle condizioni per le loro attribuzioni. Nel caso in cui i beneficiari abbiano già scontato l'imposizione (o perché titolari di posizioni *vested* o per loro libera scelta), è poi giocoforza ritenere che la definitiva intestazione agli stessi dei beni in trust, in quanto atto meramente strumentale dal quale non emerge alcun ulteriore arricchimento dell'*accipiens*, vada inquadrata tra gli atti da tassarsi in misura fissa. Diverso è il caso di premorienza del beneficiario e automatica e definitiva devoluzione della sua posizione all'erede, che dovrebbe invece scontare l'ordinaria imposizione in ragione dei rapporti con il suo *dante causa*.

via, nei limitati casi in cui questi assumano già da subito posizioni *vested*, sarà necessario trarne le conseguenti conclusioni in ordine ad una immediata tassabilità.

In questa prospettiva pare doversi inquadrare anche l'ipotesi di trust auto-dichiarato(78). Finora l'unanime dottrina e la stessa Amministrazione Finanziaria hanno considerato fiscalmente neutra questa fattispecie, ritenendola soggetta ad imposizione unicamente in misura fissa, stante la mancanza di un momento traslativo(79). Pare invece ragionevole ritenere che la peculiare ipotesi (come detto assolutamente infrequente nella pratica) di trust auto-dichiarato(80) comportante la creazione - a titolo liberale - di posizioni beneficiarie *vested*, a favore di soggetti diversi rispetto al disponente, possa dar luogo a un *effetto traslativo*, da subito fiscalmente rilevante, ai fini dell'applicabilità del tributo successorio.

Il che conferma come, nel diritto dei trust, il mero trasferimento (o non trasferimento) dei diritti dominicali sui beni non sia sempre indicativo di effettivi arricchimenti patrimoniali. Lo stesso legislatore, nel novellato tributo successorio, sembra aver colto tale profilo non richiedendo, nei ricordati commi 47 e 49 dell'art. 2 della L. 24 novembre 2006, n. 286, che alla costituzione di un vincolo di destinazione si accompagni un formale atto di trasferimento del bene(81).

Tale prospettiva conferma e fa assumere maggiore spessore alla ricostruzione proposta di considerare le nuove fattispecie (di atti gratuiti e costituzione di vincoli di destinazione) quale incrementativa delle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 1 del D. Lgs. 346/1990, dove il connotato traslativo viene introdotto ai soli fini tributari, per attrarre nel perimetro applicativo dell'imposta di donazione fattispecie che possono ben essere indicative di effettivi arricchimenti a matrice liberale, pur non concretizzandosi in formali atti di trasferimento(82).

§ 7. La fiscalità dei trust commerciali.

Come si dava conto in precedenza l'effetto segregativo ottenibile tramite il trust sta trovando sempre maggiori utilizzi anche nel mondo degli affari. Questi trust hanno tuttavia perso la loro originaria funzione di strumenti per preservare e trasmettere la ricchezza familiare, approdando a utilizzi molteplici e pro-teiformi(83).

Per quanto qui interessa l'istituzione di un trust commerciale trova quale tratto distintivo il risponde-

re ad interessi propri del disponente o comunque delle parti interessate. L'istituto si colora quindi di una forte contrattualità che sovrasta e fa venir meno l'originaria matrice liberale.

Conformemente all'interpretazione proposta(84), il trust commerciale, pur potendo dar luogo, nel corso della sua vita, ad atti gratuiti o alla costituzione di vincoli di destinazione, risulta sempre estraneo al perimetro applicativo del novellato tributo successorio, stante la mancanza di qualsivoglia spirito di liberalità quale referente dell'agire di tutti i soggetti coinvolti nella struttura(85). Troveranno quindi applicazione unicamente le altre imposte sui trasferimenti e principalmente quella di registro(86).

Note:

(78) Nel trust auto-dichiarato un soggetto, titolare di una posizione soggettiva, si dichiara trustee di quella posizione a favore di uno specifico soggetto, il quale diviene beneficiario del trust, v. M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 70], p. 237 s.

(79) Per i relativi riferimenti, v. G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi [*supra*, nota 1], a p. 55.

Nella vigenza della nuova imposta di donazione, v. A. Busani, Il trust tassa solo il beneficiario [*supra*, nota 1], a p. 19; Id., Imposta di donazione sui vincoli di destinazione e trust [*supra*, nota 1], a p. 360; G. Corasaniti, Il nuovo regime civilistico e fiscale delle donazioni e delle liberalità indirette [*supra*, nota 50], a p. 53 del dattiloscritto.

Il punto è stato peraltro confermato dall'Amministrazione Finanziaria anche nella ricordata risposta a Telefisco [*supra*, nota 49].

(80) Generalmente nel trust auto-dichiarato il momento istitutivo dello strumento coincide con il momento segregativo dei beni e, a questa ipotesi, il testo si riferisce.

(81) E ciò contrariamente all'altra nuova fattispecie introdotta della norma, relativa agli atti gratuiti, dove è richiesta espressamente la presenza di "atti di trasferimento".

(82) V. *supra*, § 2.

(83) V. *supra*, § 3.

(84) V. *supra*, § 2.

(85) *Contra*, sembrano invece L. Belluzzo - U. Belluzzo, I trust e il Fisco in Italia alla luce della Finanziaria 2007 [*supra*, nota 35], a p. 15, per i quali solo se il trust non rientra tra quelli liberali o di famiglia gli atti segregativi sembrerebbero scontare un'imposta di donazione del 8%. Si sostiene quindi che se il trust è di famiglia ed è quindi istituito per finalità liberali non si applica l'imposta di donazione, ma se lo stesso è privo di spirito liberale, si applica l'imposta di donazione, tesi, che, per chi scrive, pare una contraddizione in termini.

(86) Questo, come ricordato in precedenza (v. *supra*, nota 47) era, prima della riforma, anche l'orientamento ministeriale. L'ambito di applicazione dell'Iva risulta invece residuale stante lo scarso utilizzo (in Italia, a quanto consta, assente) di trust impresa, in ragione delle responsabilità civilistiche di cui i trustee difficilmente si vogliono far carico. Ancora residuali ma, in prospettiva, più frequenti, le ipotesi di imprenditori che segregano beni d'impresa in trust, per finalità attinenti all'impresa stessa. Le implicazioni ai fini Iva di queste fattispecie risultano ancora scarsamente indagate ed esulano dal presente contributo.

Saggi

Un secondo tratto caratterizzante dei trust commerciali è che questi creano generalmente (anche se non esclusivamente) posizioni beneficiarie *vested*, tramite l'individuazione iniziale e definitiva dei beneficiari(87). I diritti condizionati mal si conciliano infatti con la certezza che il mondo degli affari esige e con la emergente contrattualità di queste tipologie di trust.

Alla poliedricità dello strumento - che proprio nel campo commerciale trova la sua massima espressione - pare ragionevole accompagnare una molteplicità di moduli impositivi applicabili, che già in altra sede si sono in parte indagati(88).

Procedendo solo per brevi cenni rispetto ad alcune usuali fattispecie, nei trust c.d. "solutori" l'adempimento della prestazione di un contraente viene perfezionato tramite l'istituzione di un trust di cui è beneficiario l'altro contraente e nel quale viene segregata la somma di denaro o (come generalmente accade) un bene oggetto dell'obbligazione. In questa tipologia di trust non par dubbio che nel momento in cui viene creata una posizione beneficiaria *vested* a favore dell'altro contraente, questi debba essere inciso dall'ordinaria imposizione di registro sugli atti traslativi a titolo oneroso(89).

Risulta invece alquanto discussa la fiscalità dei trust di garanzia(90). In una recente risposta ad interpello l'Amministrazione Finanziaria ha affermato l'applicabilità di una tassazione proporzionale ai sensi del ricordato art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al D.P.R. 131/1986, sia all'atto segregativo del bene trasferito al trustee, sia a quello di reintestazione del bene al soggetto (disponente) costituente la garanzia, ove la stessa non venga azionata(91).

Sull'inapplicabilità dell'art. 9 all'atto segregativo del bene in trust si è già argomentato e quelle stesse conclusioni non possono che essere qui richiamate(92).

Ove tuttavia si voglia volgere lo sguardo al complessivo programma negoziale che anima l'istituzione di queste tipologie di trust, come si è già evidenziato in passato(93), l'intento del disponente pare chiaramente riconducibile a quello sotteso ad un mandato, pur se "rafforzato".

In queste fattispecie lo strumento del mandato fiduciario si potrebbe infatti anche utilizzare(94), ma lo stesso non fornirebbe le medesime garanzie di flessibilità, di realtà e di segregazione - a vantaggio della eventuale banca mutuante - ottenibili tramite il trust.

Il trust quindi è in grado di portare un valore aggiunto, ma non cambia la causa reale e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti, che restano quelli propri di un mandato, il cui regime fiscale, comportante l'applicazione di una tassazione in misura fissa, sia alla intestazione del bene al mandatario, sia alla reintestazione dello stesso al mandante, può trovare applicazione in ossequio all'art. 20 del D.P.R. 131/1986, richiamato in apertura.

§ 7.1. (Segue). La fiscalità dei trust azionari.

Nell'ambito dei trust commerciali sta suscitando grande interesse, anche del nostro Paese, l'utilizzo di trust per la gestione di partecipazioni societarie di riferimento. Le finalità sono le più varie, da quelle tipiche di un patto di sindacato (garantire la stabilità della gestione e la continuità nelle politiche dell'impresa), a quelle più sofisticate di salvaguardia delle banche finanziatrici durante un piano di ristrutturazione e di risanamento di un gruppo societario in difficoltà o per deconsolidare delle partecipazioni in ossequio a vincoli antitrust(95).

Note:

(87) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 70], p. 88.

(88) G. Semino, Trust liberali e trust commerciali [*supra*, nota 1], a p. 191.

(89) In questa fattispecie sembra invece ragionevole applicare un'imposizione in misura fissa alla successiva e definitiva intestazione del bene al beneficiario (titolare della posizione *vested*) da parte del trustee.

(90) Nei trust di garanzia un bene viene segregato in trust a garanzia di un debito contratto dal disponente. Il trustee ha un compito tanto semplice quanto efficace: se il debito viene onorato il bene viene reintestato al disponente; in caso contrario il trustee vende il bene, paga il creditore e versa la eventuale differenza al disponente. V. M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 37], p. 677 s., p. 714 s.

(91) Risposta a Interpello del 2 novembre 2005 [*supra*, nota 47].

(92) V. *supra*, § 4.2.

(93) Con maggiore ampiezza di argomentazioni, v. G. Semino, Trust liberali e trust commerciali [*supra*, nota 1], a p. 191.

(94) Sulla intestazione fiduciaria di immobili a società fiduciarie, v. M. Piazza, L'intestazione fiduciaria di immobili, in questa Rivista, 2007, 39.

(95) Ha avuto una certa eco sulla stampa economica (v. A. Grassani, Telecom al riassetto in Brasile, *Il Sole 24 Ore*, 8 ottobre 2006, 31; Id., Un "blind trust" per Brasil Telecom, *Il Sole 24 Ore*, 10 ottobre 2006, 37; Id., Via libera dall'Authority al trust su Brasil Telecom, *Il Sole 24 Ore*, 19 ottobre 2006, 5) l'operazione conclusa da Telecom Italia S.p.a. per deconsolidare le sue partecipazioni in Brasil Telecom detenute tramite Telecom Italia International N.V. L'Authority per le telecomunicazioni brasiliana ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) ha nell'ottobre scorso

(Segue)

Lo schema negoziale che viene adottato riecheggia quello dei *voting trust* del diritto Nord Americano(96). Nell'impostazione classica la finalità del *voting trust* è di separare il *legal title* delle azioni, e segnatamente il potere di votare e quindi di nominare gli amministratori, dalla *beneficial ownership* sulle azioni e in particolare il diritto di ricevere i dividendi e le altre utilità che possono derivare dalla partecipazione(97). Questa scissione peraltro va bene intesa, non si tratta di dividere e assegnare i diritti sociali tra più soggetti, cosa che sarebbe vietata nel diritto statunitense, come in quello italiano, stante la inscindibilità dell'azione(98).

In realtà sia il diritto di voto sia il diritto al dividendo spettano al *voting trustee*. La partecipazione sociale segregata in trust è infatti iscritta nel libro soci a nome del trustee, che è quindi l'unico soggetto intitolato ad esercitare i diritti sociali(99). In particolare il trustee esercita il diritto di voto secondo le regole contenute nello strumento istitutivo del trust (il c.d. *voting trust agreement*). Vengono così superate di slancio le problematiche che si sono presentate tanto in America(100), quanto in Italia(101) in tema di coercibilità dei patti parasociali stipulati da un parasocio infedele che non rispetta in assemblea gli impegni assunti o revoca all'ultimo momento la delega attribuita per un voto comune al rappresentante del sindacato.

Nondimeno, per quanto qui interessa, è del tutto pacifico che i soci aderenti al *voting trust* non intendono rinunciare alle utilità che derivano dalla partecipazione sociale, né realizzare alcun tipo di liberalità. Questo risultato si raggiunge tramite un preciso dovere del trustee di riversare al vecchio socio le somme (dividendi, riserve o quote di liquidazione) eventualmente distribuite dalla società e il dovere, al termine del trust, di reintestare allo stesso le partecipazioni segregate (o, nei *trust for sale*, di versare i proventi della vendita delle partecipazioni)(102).

Nella prospettiva delle imposte sui trasferimenti, tratto caratterizzante di questi trust è quindi quello di creare sempre delle posizioni beneficiarie *vested* nei confronti degli stessi disponenti del trust(103). L'u-

stato a sua volta segregato in un trust di diritto inglese. Il trustee, Credit Suisse (Europe) Limited, ha quindi il potere, da esercitarsi in piena autonomia, di partecipare alla nomina dei componenti del Consiglio di amministrazione di Solpart e quindi a cascata di Brasil Telecom, fermo tuttavia il diritto di Telecom Italia International, nella qualità di unico beneficiario del trust, di ricevere il flusso degli eventuali dividendi e il prezzo della cessione di Solpart. È stato così risolto il problema di antitrust dovuto alla sovrapposizione delle licenze mobili e *long distance* tra la controllata Tim Brasil e la partecipata Brasil Telecom, senza tuttavia rinunciare alle utilità economiche derivanti dall'investimento.

(96) La letteratura in tema di *voting trust* è ampia, fra i contributi a cui si deve l'impostazione teorica della materia vedi I. M. Wormser, *The legality of voting trusts and pooling agreements*, 18 *Columbia Law Review* (1918), 123; M. M. Bergerman, *Voting Trust and non-voting stock*, 37 *Yale Law Journal* (1927-1928), 445; M. Smith, *Limitations on the validity of voting trusts*, 22 *Columbia Law Review* (1922), 627; J. W. Giles, *Is the voting trust agreement a "dangerous instrumentality"?*, 3 *The Catholic University of America Law Review* (1952-1953), 81. Nella manualistica più recente, vedi F. A. Gevurtz, *Corporation Law*, St. Paul Minn. (West Group), 2000, p. 492 s.; R. W. Hamilton, *Cases and Materials on Corporations Including Partnerships and limited Liability Companies*, VII ed., St. Paul Minn. (West Group), 2001, p. 492 s.; M. A. Eismberg, *Corporations and Other Business Organisations*, VIII ed., New York, 2000, p. 366 s.

(97) Nel *leading case Abercrombie v Davies* (1957, Sup) 36 Del Ch 371, 130 A2d 338, l'essenza del *voting trust* viene individuata nella presenza di tre elementi: (i) la separazione dei *voting rights of the stock* dalla *beneficial ownership*; (ii) i *voting rights* sono irrevocabilmente trasferiti a trustee per un determinato periodo di tempo; (iii) l'accordo ha la finalità principale di assumere il *voting control* della società. Vedi anche *Manson v Curtis* (1918) 223 NY 313, 119 NE 559; in *Re Morse* (1928) 247 NY 290, 160 NE 374; *Bankers' F. & M. Ins. Co. v Sloss* (1934) 229 Ala 26, 155 So 371; *Alderman v Alderman* (1935) 178 SC 9, 181 SE 897, 105 ALR 102.

(98) B. Visentini, voce "Azioni di società", Enc. dir., IV, Milano, 1959, 970, a p. 974 s.; con particolare riferimento al diritto di voto, Id., I sindacati di voto: realtà e prospettive, Riv. soc., 1988, I, a p. 15; G. Spatazza, Le azioni di s.p.a., in Aa. Vv., *Le società per azioni*, I, Torino, 1984, 151, a p. 293; C. Angelici, Sulla «inscindibilità» della partecipazione azionaria, Riv. dir. comm., 1985, I, 123; M. Bione, Le azioni, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. 2*, Torino, 1991, 3, a p. 30 s.; nonché G. Semino, Le azioni, in G. Schiano di Pepe (cur.), *Trattato teorico pratico delle società*, vol. 2, Le società di capitali, Milano, 1996, 103, a p. 111.

(99) Nella letteratura Nord Americana vedi, per tutti, W. M. Fletcher, *Fletcher Cyclopedic of the law of Private Corporation*, 1996, revised volume by J. D. B. Buday and J. D. J. Solheim, vol. V, Deerfield, IL - New York - Rochester, 1996, p. 382 s.

(100) Per una recente analisi dei problemi di *enforcement* dei patti parasociali e delle deleghe di voto rapportate alla realtà ottenuta tramite i *voting trusts*, vedi L. C. Backer, *Voting Trusts*, in Zolman Cavitch, *Business Organizations with tax planning*, vol. IX, San Francisco, prima pubblicazione 1964, aggiornamento 2001, chapter 111, p. 7 s.

(101) G. Semino, Il problema della validità dei sindacati di voto, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, n. 251, Milano, 2003, *passim*, ove ulteriori riferimenti.

(102) Sui profili relativi all'imposizione diretta di queste tipologie di trust, prima delle recenti novità riguardanti l'art. 73 del t.u.i.r., v. G. Semino - D. Stevanato - R. Lupil, *Trusts trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari*, *Dialoghi di dir. trib.*, 2005, 1611.

(103) La *rule Saunders v Vautier* [*supra*, nota 74], che, liberando i partecipanti renderebbe del tutto inutile l'istituzione del trust, non si ritiene generalmente applicabile, stante la componente fortemente contrattuale che caratterizza questi schemi negoziali.

Note:

(Continua nota 95)

so approvato il piano di riassetto dell'ex attività brasiliane dell'operatore telefonico che ha fatto confluire la partecipazione (pari al 38%) nella *holding* di controllo di Brasil Telecom, Solpart Participações S.A., in una newco di diritto italiano, Brasilco S.r.l. L'intero capitale di Brasilco S.r.l. è

Saggi

nico soggetto che vede un impoverimento e un contestuale arricchimento, di pari importo, del proprio patrimonio è lo stesso disponente (nella pratica vengono perciò anche chiamati “trust di ritorno”).

Quanto in precedenza richiamato in tema di fiscalità degli atti segregativi di beni in trust e la circostanza che anche queste fattispecie siano chiaramente suscettibili ad uno schema negoziale di “mandato rafforzato” sembrano di per sé già sufficienti per affermare l’assoggettabilità ad imposta di registro in misura fissa, sia dell’atto segregativo delle partecipazioni, sia di quello di reintestazione delle stesse al vecchio socio.

Va peraltro notato, e il profilo pare dirimente di ogni altra questione, che nel caso di specie, quella proposta è l’unica interpretazione coerente con gli impegni assunti dal nostro Paese a livello comunitario.

La Direttiva del Consiglio 69/335/CEE concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come emendata dalle successive Direttive 73/79/CEE, 74/553/CEE e 85/303/CEE, dopo aver specificato nei considerando che “l’imposta sulla raccolta dei capitali non possa aver luogo che una sola volta nel mercato comune”, chiaramente afferma all’art. 11 che “Gli stati membri non sottopongono ad alcuna imposizione, sotto qualsiasi forma [...] la negoziazione di azioni, quote sociali o titoli della stessa natura, nonché di certificati di tali titoli”(104).

Una volta appurata la chiara assenza di qualsivoglia spirito liberale in queste tipologie di trust(105) appare difficile negare la qualifica di *atto negoziale* all’atto segregativo delle partecipazioni in trust o a quello di reintestazione delle stesse e quindi ritenere applicabile un’imposizione di registro in misura diversa da quella fissa(106).

Note:

(104) M. Bastianelli, Profili tributari dei trust interni discrezionali [*supra*, nota 1], a p. 388. Sulla implementazione in Italia della Direttiva 69/335/CEE del 17 luglio 1969, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, v., da ultimo, A. Di Pietro (cur.), Atti societari ed imposizione indiretta. Dalle Direttive comunitarie alla nuova riforma tributaria, Padova, 2005, *passim*; A. Fedele, The implementation of EEC Directive 335/69: the italian experience, 9 EC tax review (2000), 233.

(105) Voler comunque ricondurre queste tipologie di operazioni nell’ambito di un’imposta di donazione parrebbe comunque confliggere con i principi comunitari.

(106) La tesi proposta in G. Semino, La fiscalità indiretta nei trust interni liberali. Profili operativi [*supra*, nota 1], a p. 52 s. di ritenere inapplicabile la tassa sui contratti di borsa di cui al R. D. 30 dicembre 1923, n. 3278 agli atti segregativi di partecipazioni sociali in trust risulta ormai unanimemente accolta.

Sollevano, invece, differenti implicazioni fiscali gli eventuali atti dispositivi delle proprie posizioni beneficiarie (*vested*, che in America è uso incorporare in appositi certificati) da parte del disponente. Pare infatti ragionevole ritenere che in tale ipotesi trovino applicazione gli ordinari regimi impositivi per gli atti onerosi o liberali, a seconda dei casi.

LIBRI**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 Elisa Barla De Guglielmi

Il volume raccoglie gli **atti** del **congresso** triennale dell’Associazione “Il trust in Italia” e le **relazioni** presentate al congresso sui “Trust per la famiglia”. Opinioni di studiosi, magistrati, professionisti, italiani o stranieri, che rendono quest’opera di interesse per chiunque desideri avere un **quadro esauriente e autorevole sulla materia**. Viene approfondita l’analisi della legislazione e della giurisprudenza straniera, del trattamento fiscale del trust e dei suoi profili applicativi, offerto un panorama completo della giurisprudenza italiana analizzata dai magistrati e dalla dottrina e

illustrate le applicazioni pratiche del trust per la famiglia, istituto in continua e costante evoluzione.

I Edizione, pagg. 704
IPSOA 2006 – € 39,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**
www.ipsoa.it/servizioclienti
E-mail: info.commerciali@ipsoa.it
Tel. 02.82476794 – Fax 02.82476403
- **Agente Ipsoa di zona**
www.ipsoa.it/agenzie
- **www.ipsoa.it**

Il trust ed i redditi dei beneficiari

di Nicola L. de Renzis Sonnino

La disposizione che introduce un meccanismo di imputazione per trasparenza dei redditi del trust attribuiti ai beneficiari deve essere inserita in un contesto ben preciso e delimitato, onde evitare discrasie ed incertezze intollerabili nella materia tributaria; la riqualificazione dei suddetti redditi in capo ai beneficiari quali redditi di capitale è peraltro anomala e non perfettamente coerente con i principi del sistema, ma deve e può anch'essa essere interpretata e letta in modo tale da consentirne un'applicazione equilibrata ed in linea con i riferimenti fondamentali del nostro sistema impositivo.

§ 1. Premessa.

Il recente intervento del legislatore tributario con la Finanziaria 2007(1) in tema di trust rappresenta, per un verso, un fondamentale punto di arrivo della lunga evoluzione degli ultimi anni(2), quale riconoscimento formale dell'istituto, e, per l'altro, un punto di partenza, quale tentativo di disciplinare e regolamentare compiutamente l'istituto, quanto meno ai fini delle imposte sui redditi.

La disposizione in commento(3), in particolare, volta a regolamentare le attribuzioni reddituali in capo ai soggetti terzi rispetto al trust, soggetto passivo IRES, si rivela particolarmente interessante, proprio perché per la prima volta nel nostro ordinamento tributario vi è una specifica disciplina normativa che entra nel merito dell'attività del trust, verifica il contenuto di determinati istituti nell'ambito del medesimo, prevedendone il relativo regime fiscale. Insomma, in una parola non solo il trust viene riconosciuto ma se ne disciplinano pure alcune vicende fondamentali, qual è indubbiamente il rapporto tra trust e beneficiari del trust.

Di qui, in via preliminare, l'importanza di un chiarimento del significato da attribuire al presupposto di tale disposizione, che non può che riguardare, appunto, vicende peculiari, che attengono alla vita del trust e implicano la conoscenza dei termini e delle peculiarità del trust.

§ 2. Il presupposto: "i beneficiari del trust individuati".

La disposizione si riferisce letteralmente al "beneficiario del trust". Occorre peraltro chiarire che tale generica espressione può in realtà riferirsi anche ai destinatari del patrimonio/capitale del trust, sia al momento finale in cui questo cesserà, sia in un momento antecedente alla cessazione: si tratta peraltro di situazioni che non hanno alcuna attinenza con la materia reddituale, proprio perché non riguardano redditi.

Di qui la prima necessaria precisazione: al di là della formulazione letterale, la figura cui si riferisce la norma è (e non potrebbe essere che) quella del beneficiario dei redditi del trust. Si tratta del soggetto (o dei soggetti) nei cui confronti viene attribuito (e ha dunque un diritto riconosciuto ad ottenere) il reddito (o parte del reddito) prodotto dal trust nel corso della propria esistenza(4).

Note:

Nicola L. de Renzis Sonnino è avvocato in Firenze.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al seminario organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" su "Il nuovo inquadramento del trust ai fini delle imposte sui redditi - Primi commenti alla Legge n. 296/2006 (Finanziaria 2007)" svoltosi in Firenze il 7 marzo 2007.

(1) L. 27 dicembre 2006, n. 296.

(2) Per il dibattito sull'imposizione diretta nei confronti dei trust si vedano, tra gli altri, G. Puoti, La tassazione dei redditi del trust, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 321; A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi [supra, in questa nota], 269; R. Lupi, La tassazione dei redditi del trust: il trustee, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi [supra, in questa nota], a p. 335; M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, pp. 791-801; M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie, in questa Rivista, 2000, 309; G. Zizzo, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, Il fisco, 2003, 12398; A. Contrino, Riforma IRES e trust: la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività "definitiva" del trust, Dialoghi, 2004, 579; E. Covino, La soggettività tributaria del trust in ambito IRES: punti fermi ed interrogativi nella interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, Dialoghi, 2005, 1209.

(3) Introdotta nell'ambito dell'art. 73, Il comma del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (testo unico in materia di imposte sui redditi).

(4) V. per tutti M. Lupoi, Imposte dirette e trust, in questa Rivista, 2007, 5; Corriere trib., 2007, 253, il quale correttamente precisa che la norma deve intendersi alla stregua di una disposizione in cui "si devono inserire le parole "del reddito" nel nuovo testo dell'art. 73, comma 2 del T.U.I.R.". In tal senso, v. anche V. Cavallaio - A. Tomassini, Trust e imposizione diretta alla luce della legge Finanziaria 2007, Fisco, 2007, 2898.

S a g g i

Ancora, la fattispecie presuppone la “individuazione” del beneficiario del trust. Tale individuazione deve risultare da elementi certi, quali l’atto di istituzione di trust od altri documenti ufficiali successivi, riguardanti ovviamente la regolamentazione della vita del trust. La presunzione delle quote in parti uguali concerne il differente profilo della quantificazione, appunto, del reddito, non quella della individuazione dei beneficiari. Si tratta, dunque, di un presupposto che deve essere certo e facilmente intelligibile; per le stesse ragioni, perché si abbia ai nostri fini l’individuazione del beneficiario deve esservi la indicazione puntuale e nominativa e non generica o per categoria, del soggetto cui attribuire il reddito del trust.

Infine, occorre che tali beneficiari siano individuati con esattezza, senza cioè lasciare discrezionalità al trustee o al guardiano, ed in modo definitivo; a mero titolo esemplificativo, possiamo segnalare l’ipotesi in cui il beneficiario è sì individuato ma in via ricollegata o condizionata al verificarsi di determinati eventi o valutazioni del trustee: in questi casi avremo una posizione di mera aspettativa del beneficiario, probabilmente non idonea ad azionare l’imputazione a favore di tale soggetto dei redditi, salvo poi attribuire rilevanza a simile individuazione nel momento in cui la stessa diviene viceversa certa e definitiva. La stessa determinazione della quota di partecipazione può non essere agevole: il criterio probabilmente più attendibile potrebbe essere rappresentato dalla proporzione tra l’importo attribuito al beneficiario ed il reddito complessivo del trust.

Il beneficiario deve quindi avere un diritto, certo, incondizionato ed attuale a percepire il reddito del trust(5). Le possibili difficoltà di lettura ed interpretazione (ai fini che qui interessano) degli atti del trust comporteranno inevitabilmente una incertezza circa l’ambito applicativo della disposizione il cui presupposto è - come detto - ricollegato agli stessi atti.

L’ulteriore elemento cui si ricollega la portata applicativa della disposizione concerne la sussistenza di un “reddito” del trust, attribuito a (od a cui partecipano) soggetti terzi (c. d. beneficiari). Al riguardo, è bene rammentare che il nostro sistema di imposizione non è aperto o indefinito a qualsiasi ipotesi di reddito-entrata o incremento patrimoniale, ma è un sistema chiuso, ancorato a fonti tipiche di produzione del reddito, regolamentate nell’ambito delle rispettive categorie contenute nel testo unico delle imposte sui redditi. Ciò, oltretutto, anche alla luce del principio costituzionale dell’art. 23 Cost., in tema di “ri-

serva di legge”, che significa, per quanto qui interessa, rispetto della legalità ed insieme della certezza del diritto.

Occorre, dunque, individuare una delle fattispecie tipiche di reddito previste nel testo unico delle imposte sui redditi, onde poter desumere l’applicabilità della fattispecie in commento, e ciò sia in capo al trust che nei confronti dei beneficiari (i quali devono essere, appunto, beneficiari di un reddito)(6).

Per ciò che concerne il primo profilo, le entrate patrimoniali in capo al trust (per esempio derivanti dalla dismissione di un cespite) sono del tutto estranee alla fattispecie qui in commento; la successiva erogazione delle suddette somme a favore di soggetti terzi, che saranno beneficiari non di reddito ma di patrimonio, seppur in via anticipata rispetto alla cessazione del trust. Ancora, il reddito deve essere “conseguito”; con tale espressione, evidentemente, ci si riferisce al diritto / titolarità giuridica alla ricchezza, che pur non si ritiene percepita / nella disponibilità del trust, proprio in ragione della previsione che la stessa sia erogata a favore dei beneficiari.

Quanto al secondo profilo, il trasferimento finale a favore dei beneficiari di un patrimonio-capitale, o di ricchezza elargita *una tantum*, non integra gli estremi della disposizione, giacché si tratta - ripetersi - di trasferimento di patrimonio (e non di reddito) che viene trasferito, redditualmente irrilevante; così come, del resto, è stato sempre ribadito dalla stessa prassi ministeriale(7), oltre che dalla dottrina(8).

Ancora, l’attribuzione di (tutto o parte del) reddito deve operare nella vigenza e non al momento del-

Note:

(5) Di qui la prima necessaria precisazione. La posizione *contingent* del beneficiario, quella cioè, in termini sintetici, che caratterizza il soggetto che gode di una mera aspettativa ad ottenere ricchezza dal trust, al ricorrere di una serie di condizioni, non è ricompresa nella fattispecie in commento, proprio perché non integra un vero e proprio diritto del soggetto terzo; presupposto necessario per poter operare l’imputazione del reddito secondo quanto ivi previsto.

(6) Ciò in quanto la norma in commento presuppone l’individuazione di un beneficiario del reddito del trust, e quindi condiziona il meccanismo previsto alla sussistenza di un reddito del trust medesimo.

(7) Si veda per tutti la nota delibera del SECIT dell’11 maggio 1998, che rappresenta il primo documento ufficiale in merito alla disciplina fiscale del trust, nel cui contesto si chiarisce nitidamente la irrilevanza - ai fini dell’imposizione diretta - dei “trasferimenti di quota del capitale o del patrimonio costituito in trust”.

(8) V. per tutti V. Capolupo, La soggettività passiva del trust ai fini delle imposte sui redditi, Fisco, 2006, 4421; v. anche M. Bastianelli, Profili tributari dei trust interni discrezionali, in questa Rivista, 2006, 385, ed i richiami ivi contenuti.

la cessazione del trust. In quest'ultimo caso (in cui il trust accumula i propri redditi e li trasferirà ai beneficiari solo al momento della cessazione) non vi dovrebbe essere alcuna imputazione dei redditi del trust ai beneficiari: essi (redditi) sono tassati nel momento della loro produzione e, laddove trasferiti a favore del beneficiario, assumeranno rilevanza solo quale patrimonio-capitale, e quindi ai fini delle imposte indirette. Altrimenti, avremmo un meccanismo paradossale per il quale l'Amministrazione Finanziaria chiede oggi le imposte ad un soggetto con riferimento ad una ricchezza (seppur reddito, *id est* manifestazione di capacità contributiva) che si realizzerà solo alla fine del trust, e dunque in un lasso di tempo tale da spezzare il legame che deve invece sussistere, proprio ai sensi del principio di cui all'art. 53 Cost., tra ricchezza e contribuzione impositiva, con l'ulteriore aggravio in punto di incertezza, inevitabilmente determinata dal trascorrere del tempo.

In tutte le situazioni sopra ricordate, non opera dunque il meccanismo di imputazione in capo ai beneficiari, i quali non dovranno corrispondere alcuna imposta(9). Tra l'altro, il fatto che non opera la imputazione in parola non comporta alcun salto di imposizione o discrasia, dal momento che - ripetes - i redditi vengono regolarmente tassati in capo al trust, soggetto passivo IRES.

Insomma, la "individuazione" dei beneficiari di un reddito del trust è consequenziale ad una attenta valutazione dei documenti del trust: l'atto istitutivo e eventuali successivi atti. Ciò non è peraltro sempre agevole, dal momento che - come detto - si tratta non solo di rinvenire i "beneficiari" ma di verificare altresì che essi siano "beneficiari" del reddito e non di altre ipotesi di ricchezza (capitale, patrimonio, ecc.).

§ 3. L'imputazione del reddito.

Venendo alla portata della disposizione, è utile prendere le mosse dal dato letterale.

La norma, com'è noto, stabilisce, in sostanza, che il reddito, in tutto o in parte *ab origine* destinato ad un soggetto terzo (beneficiario), debba essere imputato (e dunque tassato) in capo allo stesso, in proporzione alla quota risultante o presunta.

Il meccanismo è quindi apparentemente semplice: l'imposta gravante su simili redditi deve essere concretamente assolta dal beneficiario. In termini forse più chiari: in tutte le ipotesi in cui vi sono determinati beneficiari del reddito del trust, è in capo

ad essi che si incardina l'obbligazione impositiva ricongiunta al suddetto reddito.

Del resto, anche precedentemente all'introduzione di tale norma, sia l'Agenzia delle Entrate(10), sia la dottrina(11) avevano più volte chiarito che nelle ipotesi di trust c. d. nudi (ossia non discrezionali, in cui i beneficiari sono già individuati, senza alcuna possibilità di intervento da parte del trustee) la ricchezza periodicamente assegnata a terzi dovesse essere assoggettata ad imposizione direttamente in capo a questi ultimi, titolari della relativa obbligazione impositiva, e non al trust, mero titolare formale della ricchezza ad altri soggetti - ripetes - riferibile; in tali occasioni, erano stati fatti espliciti richiami al meccanismo della c. d. trasparenza.

Nei confronti dei soggetti beneficiari, la stessa Agenzia delle Entrate aveva configurato le ipotesi di corresponsione periodica di denaro quali redditi da capitale oppure, alternativamente, quali redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente.

Il profilo problematico riguardava, semmai, la imposizione in capo al trust della ricchezza assegnata ai beneficiari: laddove mantenuta, infatti, avrebbe comportato una evidente doppia imposizione della stessa ricchezza (in capo al trust ed ai beneficiari); l'assenza di un riferimento normativo lasciava insoluto il problema, con tutte le posizioni contrastanti nel frattempo formatesi sul punto, e la eterogeneità delle soluzioni proposte non agevolava la soluzione del problema in termini generali; ad esempio, l'idea di riconoscere al trust la deducibilità dei redditi erogati ai beneficiari(12), a titolo di componenti negative per i

Note:

(9) V. M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 4], a p. 8; a p. 256.

(10) V. la nota della D.R.E. Liguria del 13 settembre 2004, in questa Rivista, 2005, 480; la nota della D.R.E. Liguria del 24 luglio 2003, *ivi*, 298; il documento di studio realizzato nel 2003 dal Gruppo di lavoro della D.R.E. Emilia Romagna avente il titolo "Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e tributari". La stessa delibera del SECIT dell'11 maggio 1998 aveva stabilito che tali somme dovessero essere tassate in capo ai beneficiari, dando atto del problema della doppia imposizione, di cui si dirà tra breve.

(11) V. per tutti R. Lupi - D. Stevanato, Regime di trasparenza per i trusts interni non discrezionali, *Dialoghi*, 2004, 13901; G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2005, 169. Sull'argomento, vedi anche A. Contrino, Riforma IRES e trust [*supra*, nota 2], a p. 579 e G. Luschi - D. Stevanato Il trust tra imposte indirette e sistemi di imputazione dei redditi, *Dialoghi*, 2004, 751, G. Semino - D. Stevanato, Trusts trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari, *Dialoghi*, 2005, 1611.

(12) Soluzione che era stata per la prima volta offerta dalla stessa delibera del SECIT dell'11 maggio 1998.

Saggi

trust commerciali e di oneri deducibili per i trust non commerciali, non teneva tuttavia conto dell'assenza di una qualsiasi previsione normativa in tal senso.

In ogni caso, nelle altre ipotesi di redditi non compresi nella fattispecie (ad esempio, perché non assegnati ad un beneficiario individuato), l'imposizione è applicata direttamente e unicamente in capo al trust, del quale viene riconosciuta la soggettività passiva ai fini IRES.

§ 4. La portata applicativa della disposizione in esame.

L'art. 73 in parola, così come modificato, pare dunque regolamentare in modo differente le due seguenti tipologie di trust: a) da un lato, i trust in cui non sono individuati beneficiari del reddito, che sono soggetti passivi IRES ed assolvono la relativa imposta su tutti i redditi dagli stessi prodotti; b) dall'altro lato, i trust recanti l'individuazione dei beneficiari di reddito, nei cui confronti l'imposizione diretta si incentra sui suddetti beneficiari(13).

Vi è un'altra ipotesi che merita di essere approfondita: si tratta del trust in cui siano individuati i beneficiari con riferimento ad una sola parte del reddito. In questo caso si dovrebbero sovrapporre i due diversi regimi impositivi, ossia: a) imposizione ai fini IRES in capo al trust per i redditi cui non partecipano i beneficiari individuati; b) imposizione nei confronti dei beneficiari, in relazione ai redditi assegnati a beneficiari previamente individuati.

La disposizione in commento si caratterizza quindi per una portata applicativa non solo eventuale ma anche potenzialmente parziale.

Resta da chiarire quale possa essere il significato dell'espressione "in ogni caso", utilizzata dal legislatore in riferimento all'imputazione del reddito. Ci pare che il senso non possa che essere quello di rafforzare il suddetto meccanismo di imputazione dei redditi al beneficiario, che viene applicato (una volta verificata la sussistenza dei presupposti) "in ogni caso", ossia a prescindere dal fatto che tale reddito assegnato sia o meno effettivamente percepito dal beneficiario, al quale si richiede di pagare la relativa imposta; ciò analogamente a quanto avviene nell'ambito della imposizione per trasparenza per le società di persone e proprio in quanto viene attribuita rilevanza alla individuazione "cartolare" del beneficiario ed al conseguente diritto di quest'ultimo, senza interessarsi delle sorti concrete di tale diritto.

Procedendo oltre nella interpretazione della norma, è dunque possibile ipotizzare che la tassazione della ricchezza in parola si esaurisca con l'imputazione ai beneficiari(14). Saremmo in presenza di un vero e proprio meccanismo di tassazione per trasparenza: vi è un soggetto cui è solo formalmente riferibile la ricchezza, che non è tassata in capo allo stesso bensì al soggetto che ne ha la effettiva e certa disponibilità, ossia il beneficiario individuato nell'atto di trust.

In questo senso, oltretutto, potrebbe interpretarsi la particolare collocazione della disposizione nell'ambito della soggettività passiva IRES: si tratterebbe di una deroga (eventuale e/o parziale) alla regola generale della soggettività passiva IRES del trust, introdotta per ovviare alle peculiarità di alcuni trust che mal si conciliano con il suddetto criterio generale (secondo quanto già in precedenza riconosciuto dalla stessa Agenzia delle Entrate), nel cui ambito il soggetto che ha la titolarità e la disponibilità del reddito non è il trust ma il beneficiario; ciò, ovviamente, senza voler, in tal modo, disconoscere la portata del principio generale di soggettività passiva IRES del trust, che sarebbe semplicemente corretto in presenza di situazioni che deviano dallo schema generale del trust avuto di mira.

La diretta imputazione della ricchezza ai beneficiari rappresenterebbe dunque ipotesi limite al principio di soggettività passiva del trust.

Del resto, il trust non può essere ricondotto all'interno di un unico schema, proprio per la sua mutevolezza ed eterogeneità(15). Saremmo in presenza di situazioni che legittimano l'applicazione di un meccanismo di tassazione per trasparenza. Ma a differenza di altre ipotesi, in questo caso il regime impositivo (trasparenza) non sarebbe frutto di concezioni innovative ma rappresenterebbe un mero ade-

Note:

(13) Si soffermano su tali aspetti R. Lupi - D. Stevanato, intervento al Convegno organizzato dalla Fondazione A. Uckmar su "Gli ottanta anni di diritto e pratica tributaria", svoltosi in Genova il 9-10 febbraio 2007, a p. 422.

(14) In tal senso v. M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 4], a p. 254.

(15) V. la recente elencazione di alcune ipotesi applicative di trust operata da M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 4], a p. 9; a p. 255, sul presupposto che la generalizzazione dei singoli trust "non è scevra da difficoltà perché le disposizioni degli atti istitutivi di trust non sono facilmente inquadrabili nella previsione legislativa sulla trasparenza reddituale dei trust".

guamento alla realtà sostanziale, in cui ad un soggetto formalmente titolare del reddito si affianca un soggetto che ne ha la relativa titolarità/diritto/disponibilità, in capo a quest'ultimo incentrandosi dunque la relativa obbligazione impositiva; tant'è che - come già detto - simile imposizione per trasparenza era stata riconosciuta anche antecedentemente all'introduzione della norma.

La, seppur possibile, lettura alternativa della norma consisterebbe nello stabilire che, ferma la soggettività passiva del trust con riferimento a tutti i redditi dallo stesso percepiti, vi sarebbe la previsione di un'ulteriore imposizione nei confronti del beneficiario. L'imputazione dei redditi ai beneficiari non esaurirebbe dunque la tassazione, la quale dovrebbe realizzarsi anche nei confronti del trust. In termini più chiari, vi sarebbe il cumulo delle due tassazioni, l'una derivante dal disposto del primo comma dell'art. 73, l'altra in ragione del secondo comma dell'art. 73(16).

Sono peraltro numerosi e fondati gli argomenti in chiave critica che possono essere sollevati con riferimento a simile interpretazione: a) anzitutto, nei casi in questione difetta, in realtà, la capacità contributiva del trust "a monte", proprio perché la ricchezza è *ab origine* ed irreversibilmente vincolata a favore di un altro soggetto; b) in ogni caso, tale lettura comporterebbe una doppia imposizione, non giustificata da nessuna circostanza o peculiarità (come nel caso delle società) né mitigata od attenuata (come previsto dalla riforma Tremonti in relazione ai redditi prodotti dalle società di capitali e distribuiti ai soci persone fisiche). Il che rende superflua ogni ulteriore considerazione.

Ci pare dunque di poter concludere nel senso che l'unico assetto compatibile con il sistema sia quello sopra ipotizzato, e cioè la previsione di un meccanismo di tassazione per trasparenza in capo ai beneficiari individuati che esaurisce il prelievo impositivo sulla ricchezza in questione.

§ 5. La riqualificazione del reddito imputato al beneficiario.

Assai più problematica sembra l'altra disposizione, introdotta con la Finanziaria 2007, che ha modificato l'art. 44 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917; essa - com'è noto - stabilisce che i redditi imputati ai beneficiari ai sensi dell'art. 73, II comma, del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 costituiscono "automaticamente" redditi di capitale in capo al beneficiario.

Di qui, anzitutto, due riflessioni:

a) la prima è che tale riqualificazione prescinde dalla reale natura di simili redditi; si tratta di una sorta di forzoso inserimento di qualsivoglia tipologia di ricchezza nella categoria dei redditi di capitale, sol per il fatto di essere attribuita al beneficiario; ciò in palese contrasto con i principi vigenti in tema di quantificazione dell'imponibile e a differenza del passato, in cui i riferimenti alla natura di redditi di capitale delle somme elargite dal trust ai beneficiari erano ricollegati alla verifica della sussistenza dei relativi requisiti sostanziali;

b) la seconda è che la tecnica normativa utilizzata nel caso, attraverso l'inserimento della nuova fattispecie tra quelle ricomprese nell'art. 44 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917, apparentemente e da un punto di vista teorico (salvo ciò che si dirà tra breve), comporta l'automatico assoggettamento della suddetta ricchezza a tutte le regole stabilite con riferimento ai redditi di capitale.

Approfondendo un poco tali conseguenze, emergono con tutta evidenza le problematiche riconnesse ai profili, teorici ed applicativi, della disposizione.

Anzitutto, si dispone che la stessa ricchezza, che in capo al trust (potremmo dire "a monte") integra una determinata ipotesi reddituale (ad esempio, redditi fondiari, redditi diversi), modifichi la propria natura in capo al soggetto percettore (ossia "a valle"), ferma rimanendo la sua reale natura ed anche i soggetti coinvolti (il formale proprietario, il trust e l'effettivo beneficiario). In termini concreti, avremmo dunque la possibilità che un reddito fondiario del trust, se e nella misura in cui (in tutto o in parte) sia attribuito ad un terzo beneficiario, divenga fiscalmente reddito di capitale, a prescindere - ripetesi - da quella che è la sua reale natura.

Insomma, la disposizione che riqualifica i redditi quali redditi di capitale ci pare confliggere palesemente con tutti i principi del sistema tributario, soprattutto nella sua portata letterale che è generale ed esaustiva di tutte le possibili ipotesi. Essa contrasta altresì con la struttura del meccanismo di tassazione per trasparenza vigente nel nostro ordinamento e non pare neppure giustificata da alcuna esigenza, neppure quella di tipicità dei redditi imponibili, che

Nota:

(16) Ricorda questa possibile interpretazione, pur evidenziandone le incongruità e le gravi discrasie, F. Paparella, Trust a rischio di doppio prelievo, *Il Sole* - 24 Ore, 5 marzo 2007.

Saggi

necessitano di un inserimento nell'ambito del sistema chiuso delle categorie reddituali⁽¹⁷⁾.

Di qui la possibile dicotomia tra le due differenti categorie reddituali: in relazione ad un reddito che è "a monte" (in capo al trust) reddito fondiario e "a valle" (nei confronti del beneficiario) reddito di capitale: a quale categoria si deve far riferimento per la determinazione della relativa base imponibile? In termini più chiari: il reddito deve essere quantificato secondo i criteri insiti nella categoria di provenienza o di quella di arrivo (reddito di capitale)?

Ci sembra che a favore della prima soluzione depongano tutta una serie di argomenti: a) anzitutto, il riferimento ineliminabile è che si tratta pur sempre di un reddito del trust, che deve dunque essere quantificato in capo a detto soggetto, anche al fine di poterne poi imputare il relativo ammontare nei confronti del beneficiario; b) il soggetto che produce simile ricchezza e dispone degli strumenti per poterla quantificare e conoscere è - di nuovo - il trust: il beneficiario essendo un soggetto terzo che non ha nessuna attinenza e neppure possibilità di conoscere le vicende produttive della ricchezza e poterne determinare l'ammontare imponibile; c) infine, la stessa formulazione del principio generale di soggettività passiva IRES del trust, come detto, serve a indirizzare l'interprete verso un assetto in cui l'entità trust (organizzazione) è criterio tendenziale di imputazione della ricchezza, anche nei casi in cui essa (ricchezza) sia poi assegnata nella sostanziale disponibilità ad un soggetto terzo; d) del resto, e per concludere, altrimenti opinando si arriverebbe al paradosso per cui nei confronti di un trust che esercita attività di impresa, ma il cui reddito è interamente attribuito ad uno o più beneficiari, vi sarebbe una tassazione, effettuata nei confronti direttamente di questi ultimi soggetti, dei ricavi *tout court*, senza alcuna deduzione delle relative componenti negative, in attuazione delle regole in tema di redditi di capitale. È sufficiente questa ipotesi di scuola, a nostro avviso, per convincersi della necessità di fare riferimento alle regole di determinazione della base imponibile in base alla categoria reddituale in capo al trust, anche laddove simile ricchezza venga poi imputata a terzi beneficiari.

Tale interpretazione, alla cui stregua si dovrebbero assumere quali criteri di quantificazione dell'imponibile e dell'imposta dovuta le regole della categoria reddituale cui la ricchezza è ascrivibile, consentirebbe tra l'altro di superare, seppur in via meramente

empirica, i problemi e le difficoltà di natura teorica derivanti dalla riqualificazione dello stesso reddito "a valle", ossia nei confronti del beneficiario, di cui abbiamo detto.

Del resto, a conferma di quanto sopra esposto, occorre ricordare che, anche da un punto di vista civilistico, il trust è caratterizzato dalla peculiarità della proprietà che è piena ma allo stesso tempo vincolata al raggiungimento degli scopi ed alle destinazioni evidenziate nell'atto di trust. Anche in materia tributaria, assistiamo ad un fenomeno particolare, in cui vi è un soggetto, il trust, che produce ed è formalmente proprietario del reddito, ed un altro soggetto (beneficiario) che ne è l'effettivo possessore, al quale imputare simile reddito; il trust resta dunque il primo ed ineliminabile riferimento sostanziale quanto alla determinazione del reddito, secondo le regole proprie della relativa categoria di appartenenza che solo lo stesso (trust) conosce ed applica.

§ 6. Profili problematici.

Vi sono ulteriori profili da affrontare. Anzitutto, la soluzione di cui si è detto sopra, che riteniamo di gran lunga preferibile, nel senso di determinare il reddito imponibile in capo al trust (a prescindere dalla imputazione dello stesso reddito nei confronti dei terzi beneficiari), dovrebbe comportare, in via di prima conseguenza e pur in assenza di una precisa disposizione normativa, l'attribuzione allo stesso trust, soggetto passivo IRES, degli obblighi in tema di quantificazione e dichiarazione del reddito imponibile prodotto dal trust, e dipoi, eventualmente, imputato a (e tassato nei confronti di) un altro soggetto. Insomma, da questo punto di vista il meccanismo di dichiarazione e accertamento cui far riferimento potrebbe essere quello della trasparenza delle società di persone.

Dovrebbe dunque essere il trust a presentare la propria dichiarazione, salvo poi assolvere la relativa obbligazione di imposta solo per quei redditi che non siano imputati ad altri. I beneficiari, per parte loro, dovrebbero inserire la quota proporzionale dei redditi dichiarati dal trust nella propria dichiarazione, nel quadro dei redditi di capitale, senza ovviamente mo-

Nota:

(17) V. R. Lupi - D. Stevanato, Intervento [supra, nota 13], a p. 421.

dificarne l'ammontare (e ciò sarebbe corretto, dal momento che la categoria dei redditi di capitale prevede l'integrale rilevanza delle somme percepite).

In via di ulteriore corollario, occorre chiarire quale sia la sorte del reddito del trust determinato in via forfetaria, o comunque agevolata, con la conseguente (legittima) divergenza del reddito imponibile rispetto alla ricchezza concretamente prodotta. In questi casi il reddito imputato al beneficiario, che dovrà dallo stesso essere dichiarato e tassato, si quantifica in base al reddito risultante dalla dichiarazione del trust o a quanto effettivamente assegnato al beneficiario?

Ora, se da un lato la struttura dei redditi di capitale fa riferimento alle somme concretamente percepite, dall'altro lato, tuttavia, il meccanismo di imputazione ha ad oggetto il "reddito" imponibile del trust, e dunque il parametro dovrebbe sempre rimanere, appunto, il reddito imponibile, indipendentemente dall'ammontare dell'effettiva ricchezza prodotta; ciò, ovviamente, se ed in quanto nell'ambito dell'accertamento siano rispettate le norme all'uopo applicabili. Del resto, se il reddito è stato legittimamente dichiarato in misura inferiore a (o comunque agevolata o diversa rispetto a) quella effettiva, pare non troppo coerente che la sua eventuale imputazione ad un soggetto diverso ne modifichi l'ammontare.

Per le stesse ragioni, laddove il reddito del trust abbia, ancora più a monte, già scontato l'imposizione, tramite l'applicazione di imposte sostitutive o di ritenuta alla fonte a titolo di imposta (si pensi, ad esempio, ai proventi da titoli azionari o da conti correnti bancari), nessuna imposizione dovrebbe essere più applicata, neppure nei confronti dei beneficiari. La questione merita comunque un chiarimento ufficiale.

Lo stesso problema si ripropone sotto un altro profilo. Ecco il dubbio: il reddito imputato al beneficiario assume rilevanza in capo a quest'ultimo nel momento in cui viene prodotto (dal trust), a prescindere dalla effettiva percezione del beneficiario, ovvero nel momento in cui il beneficiario effettivamente percepisce tale reddito? In sostanza, l'imputazione del reddito ai beneficiari segue il principio di competenza o il principio di cassa? Sempre nella consapevolezza che è impossibile oggi fornire risposte esaurienti e definitive, potrebbe essere di aiuto al riguardo l'espressione "imputati in ogni caso", utilizzata dal legislatore proprio nella disposizione in commento: tale

espressione, infatti, potrebbe avere un senso proprio per chiarire la deroga sul punto al principio di cassa, che pur vige in tema di redditi di capitale⁽¹⁸⁾. Una volta verificata l'esistenza di un beneficiario individuato, a questo viene imputata la ricchezza, a nulla rilevando il fatto che lo stesso possa o meno effettivamente percepire la medesima (ricchezza); ciò, del resto, in sintonia con altre ipotesi analogamente già disciplinate nel nostro ordinamento, come il meccanismo della imposizione per trasparenza delle società di persone, ecc.

Infine, è necessario risolvere in via interpretativa un'altra questione, ossia l'eventuale applicabilità della ritenuta alla fonte sui redditi ad opera del trust con riguardo ai redditi imputati al beneficiario, e come tali riqualificati quali redditi di capitale. In merito, l'art. 26, V comma del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, dispone, con norma dalla portata residuale, l'applicazione della suddetta ritenuta (in misura pari al 12,50%) sui "redditi di capitale corrisposti dai soggetti di cui all'art. 87 (ora 73) primo comma *tuir*, diversi da quelli indicati nei commi precedenti". Nel caso di specie, potrebbe argomentarsi che i redditi non vengono "corrisposti" ma sono "imputati" e non possiedono *ex se* la natura di redditi di capitale (simile natura acquisendo solo fittiziamente in capo al beneficiario). Dunque, dovrebbe potersi propendere per la risposta negativa, in attesa, peraltro, di chiarimenti dell'Agenzia delle Entrate.

Da ultimo, è bene soffermarsi un poco sulla espressione inserita nell'art. 44 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917, "anche se non residenti", perché poco chiara. Essa (espressione) non può certo essere attribuita ai redditi (a meno di non voler consentire uno scadimento della produzione normativa davvero inaccettabile: il reddito non è "residente" in uno Stato piuttosto che in un altro). Sorge allora il dubbio se possa riferirsi a "i trust" o al "beneficiario".

Nel primo caso, vi sarebbe peraltro un contrasto con il principio di territorialità: la norma, che richiama il meccanismo di imputazione dei redditi del trust di cui all'art. 73, II comma citato, opererebbe anche nei confronti di trust non residenti e, come tali, estranei alla potestà impositiva dello Stato italiano. Oltretutto, la norma non innoverebbe alcunché nei

Nota:

(18) In tal senso, v. V. Cavallaio - A. Tomassini, Trust e imposizione diretta [*supra*, nota 4].

S a g g i

confronti del beneficiario, il quale: a) se residente, nella misura in cui percepisce redditi dall'estero, è comunque tenuto ad assolvere la relativa imposta in base a quanto disposto nella Convenzione contro le doppie imposizioni; b) se non residente, beneficiario di un trust non residente, non manifesta alcun criterio di collegamento con il territorio italiano, salve eventuali ipotesi ricomprese nelle fattispecie di cui all'art. 23 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917. Nel secondo caso, salva la necessità di correggere il mancato coordinamento singolare/plurale, probabilmente dovuto ad una svista, vi sarebbe, invece, una corretta applicazione del principio di territorialità: il reddito attribuito a soggetti non residenti da un trust residente in Italia sarebbe ivi tassato, quale reddito di capitale prodotto da un trust residente in Italia ai sensi dell'art. 23 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917. Ciò, ovviamente, con tutte le cautele del caso,

necessarie allorquando si modifica letteralmente una espressione contenuta in una norma.

In conclusione, deve essere apprezzato l'intervento normativo, che ha comunque l'intento di riconoscere l'istituto del trust e compiutamente regolamentarlo, pur nella consapevolezza degli errori commessi dal legislatore, delle inesattezze, delle contraddizioni, delle combinazioni e formulazioni di norme quanto meno infelici, delle quali deve auspicarsi il superamento e risoluzione, anche in via interpretativa, oltre che con successivi interventi normativi; ciò nell'ottica di applicare i principî generali in materia tributaria alle peculiarità del trust, consentendo una imposizione equa e conforme ai suddetti principî anche nei confronti di questo nuovo istituto che, finalmente e per la prima volta, trova ingresso ufficiale nella legislazione impositiva, pur se tra tante incertezze, incoerenze e lacune.

L'imposizione diretta dei trust in Italia: un orizzonte da definire

di Francesco Squeo

La Legge Finanziaria per il 2007 ha provveduto, tra l'altro, a disciplinare il regime di imposizione diretta dei trust. I redditi conseguiti sono imponibili in capo al trust quale soggetto passivo IRES o, in alternativa, in capo ai beneficiari individuati laddove presenti. Con riferimento alla seconda fattispecie il legislatore ha previsto, con apposita integrazione del TUIR, l'applicazione del regime di trasparenza ai beneficiari individuati e la riqualificazione dei redditi conseguiti dal trust in redditi di capitale. La formulazione delle disposizioni in argomento necessita di chiarimenti ministeriali. È stata inoltre inserita una disposizione antielusiva poggiante su due fattispecie alternative.

§ 1. La sfida lanciata dal trust quale strumento "a geometria variabile".

Una delle novità di maggior rilievo previste dal legislatore nella legge Finanziaria 2007(1) è rappresentata dall'intervento normativo sulla fiscalità diretta dei trust(2). Partendo dall'assunto che le logiche alla base del funzionamento dello "strumento" siano note, si cercherà di entrare nel vivo dei tecnicismi portanti delle novità legislative in commento. I riferimenti normativi sono quelli di cui all'art. 1, commi da LXXIV a LXXVI della legge finanziaria, trasfusi negli articoli 44 e 73 del D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("Tuir") e nell'art. 13 del D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600. Uno degli aspetti più delicati da trattarsi è quello concernente l'applicazione pratica delle nuove norme tributarie con la verifica dell'idoneità delle stesse a "imbrigliare" e confinare uno strumento quale il trust, che si manifesta quale fenomeno di tipo dinamico e non statico: un trust non si compone di un solo fotogramma. Il trust è piuttosto rappresentato da un insieme di fotogrammi che si susseguono nel tempo e possono quindi modificarne sostanzialmente le caratteristiche intrinseche e conseguentemente le modalità impositive. Dinamicità e flessibilità quelle del trust che potrebbero essere assimilate alle infinite strutture realizzabili con l'ausilio

di un caleidoscopio(3): è come se il trust fosse dotato di un'ala a geometria variabile da cui discende un insieme variegato di assetti. È proprio questa molteplicità di assetti la sfida cui è chiamata a rispondere l'Amministrazione Finanziaria italiana. Si pensi, tra l'altro, alla possibilità di variare la legge regolatrice, di individuare beneficiari diversi dai precedenti, di intervenire sulle finalità perseguite dal trust, di spostare nello spazio le attività finanziarie costituenti il patrimonio del trust (mobili per definizione), e via discorrendo. Vale la pena di segnalare che, ad avviso di chi scrive, occorrerà procedere caso per caso e per ciascun periodo d'imposta, in considerazione soprattutto della mutevolezza nel tempo dello strumento. Tener conto di questa dinamicità è uno dei suggerimenti che ci si permette di segnalare all'Amministrazione Finanziaria ai fini della redazione di una circolare esplicativa che, si presume, si renderà necessario produrre, al fine di porre chiarezza in ordine ad alcuni aspetti applicativi controversi, che, come vedremo nel prosieguo, già si profilano all'orizzonte. Definire il trust un potenziale "mutante" si ritiene paragone non azzardato. Sarà verosimilmente l'esperienza acquisibile nel tempo grazie alla pratica quotidiana a consentire all'Amministrazione Finanziaria di stilare una casistica di tipo puntuale. Ci si augura ciò possa realizzarsi con il sano confronto e la collaborazione costruttiva degli addetti ai lavori. Questi

Note:

Francesco Squeo è dottore commercialista e revisore contabile, con un'esperienza consolidata nel campo del *private wealth management*, maturata in piazze quali il Lussemburgo.

(1) Consultabile in G. U. 27 dicembre 2006, n. 296.

(2) Sul punto, v. M. Lupoi, Imposte dirette e trust dopo la legge Finanziaria, *Corriere trib.*, 2007, 253 e in questa Rivista, 2007, 5; G. M. Committeri - G. Scifoni, L'ambivalente natura del trust tra opacità e trasparenza, in Aa. Vv., *Novità fiscali 2007*, Guida normativa "Il Sole 24 Ore", 59; L. Belluzzo - A. U. Belluzzo, I trust e il fisco in Italia alla luce della Finanziaria 2007, *Fiscalità Internazionale*, 2007, 7; R. Parisotto - A. Cervone, *Trattamento fiscale del trust alla luce della legge finanziaria per il 2007*, *Fisco*, 2007, 956.

(3) Come è noto, il caleidoscopio è stato uno dei curiosi quanto basilari punti di partenza degli studi matematici di Coxeter, consistente nello strumento che utilizza specchi e pezzetti di vetro colorati per creare infinite strutture tra loro simmetriche.

Saggi

ultimi potranno essere di valido ausilio nell'apportare il giusto grado di "sensibilità", quale condizione necessaria finalizzata alla "percezione" di quanto si desidera disciplinare. Sarà così possibile modulare la fiscalità sottesa alle poliedriche tipologie di trust, in maniera analoga a quanto già avviene, a titolo di esempio, nel Regno Unito(4). Così procedendo si potrà conferire maggior vigore a uno dei principî cardine di ciascun Paese democratico ed evoluto, riassumibile nel concetto di certezza del diritto. È questo l'elemento che necessita al trust: un ragionevole grado di certezza. L'Amministrazione Finanziaria non dovrebbe assumere, nei confronti di tale sfida, l'atteggiamento di chiusura comune in chi ha il "terrore" di qualcosa di poco conosciuto. Andrebbe probabilmente scongiurato il (concreto) pericolo di osteggiare e disincentivare l'istituzione di trust in Italia, generando quale effetto indesiderato il migrare dei trust verso Paesi e territori che sposano un approccio, verso lo strumento, di maggior apertura in quanto insito nella propria cultura e tradizione (ci si riferisce ai Paesi di *common law*). È una sfida questa che andrebbe colta con il giusto spirito di apertura, contribuendo alla diffusione e allo sviluppo dei trust anche nel nostro Paese: non è erigendo le barricate, o ponendosi la mano innanzi agli occhi, che si gestiscono e neutralizzano, e soprattutto si colgono, le opportunità e le sfide che l'evoluzione del sistema, nella sua interezza inteso, impone.

§ 2. Il trust e l'imposizione diretta nella legislazione italiana: i beneficiari individuati.

Un dato certamente non trascurabile e da guardare con il giusto favore è che finalmente il sistema tributario italiano ha provveduto a codificare il trust, quale soggetto passivo Ires(5). A ben vedere, l'approccio seguito dal legislatore italiano, sia con riferimento all'imposizione diretta che alla norma anti-elusiva, non è scevro da carenze di tipo applicativo ed interpretativo, che finiscono in alcuni casi con il mettere a nudo la scarsa dimestichezza che l'Agenzia delle Entrate parrebbe avere con le peculiarità dello strumento. Ci si riferisce in particolar modo allo schema di imposizione "ibrida", recato dalla Finan-

bile direttamente tramite Internet, si permetta di consigliare e rimandare alla consultazione del sito Internet <http://www.hmrc.gov.uk/trusts>. Per un ulteriore inquadramento della fiscalità dei trust nel Regno Unito, v. A. J. Oakley, Parker and Mellows, *The Modern Law of Trusts*, VIII ed., Londra, 2003, p. 624; C. J. Virgo - E. H. Burn, *Maudsley and Burn's Trusts and Trustees, Cases and Materials*, VI ed., Londra, 2002, p. 613.

(5) La formulazione dell'art. 73 del Tuir è stata dalla Legge Finanziaria così novellata:

"1. Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società:

- le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato;
- gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali;
- le società di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato.

2. Tra gli enti diversi dalle società, di cui alle lettere b) e c) del comma 1, si comprendono, oltre alle persone giuridiche, le associazioni non riconosciute, i consorzi e le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti dei quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo. Tra le società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 sono comprese anche le società e le associazioni indicate nell'articolo 5. Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali.

3. Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi diversi da quelli indicati nel decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, e successive modificazioni, in cui almeno uno dei disponenti e almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno stato diverso da quelli indicati nel citato decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.

4. L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.

5. In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.

5-bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa:

- sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, primo comma del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato;
- sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

5-ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5-bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto estero controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5".

Note:

(4) Per avere un'idea della modalità di gestione delle informazioni sulla fiscalità dei trust nel Regno Unito, e della puntualità divulgativa accessi-

ziaria per il 2007. Uno dei risultati conseguenti è quello di cimentarsi con l'individuazione del soggetto rilevante ai fini dell'imponibilità dei frutti conseguiti dal trust, essendo questi (il soggetto passivo), "sospeso" a mezz'aria, tra:

– il trust quale soggetto passivo d'imposta autonomo e

– i beneficiari del trust se e quando individuati.

Infatti, nel caso in cui i beneficiari siano individuati, definizione che, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, sarà difficile da perimetrare, ne consegue che il reddito fluisce loro pro-quota, peraltro anche in assenza di immediata attribuzione dello stesso, secondo il principio di trasparenza fiscale(6), operando *ipso iure* la ri-qualificazione dei redditi conseguiti dal trust quali redditi di capitale, a fronte dell'inclusione della nuova lettera *g-sexies*, che integra il I comma, dell'art. 44 del Tuir. In assenza di beneficiari individuati, la tassazione si perfeziona in capo al trust, secondo le modalità già note prima del sopraggiungere della Legge Finanziaria 2007, quando soccorreva la via interpretativa, filtrando l'istituto giuridico, prima attraverso la lente di ingrandimento civilistico e poi di quello tributario(7). Un dubbio di rilevanza secondaria viene a sollevarsi a livello più spiccatamente dottrinale: qual è la tassazione "principale" e quale quella "residuale"? Ci si spiega meglio: considerato che la variabile linearmente dipendente desumibile dalla formulazione dell'art. 73, II comma, del Tuir è rinvenibile nella presenza (o nell'assenza) di beneficiari individuati, chi è il soggetto passivo d'imposta "ordinario" dei redditi prodotti dal trust? Qual è la tassazione in via "ordinaria"? E quale quella "residuale"? Si osserva che la tassazione dipende dalla tipologia di trust, non sussistendo pertanto una tassazione "ordinaria". Tuttavia, ci si sente (sempre a fini di dibattito), di propendere per la soluzione in base alla quale il soggetto passivo d'imposta "ordinario" sia da continuare a individuarsi nel trust, con le sole eccezioni del trust nudo e dei trust sia di tipo revocabile che non discrezionale(8), cui si aggiunge di diritto il trust *tanquam non esset*, configurandosi quest'ultimo, come è noto, quale mandato con rappresentanza(9). Livello di difficoltà superiore è quello della catalogazione dei beneficiari individuati da calibrare in base a ciascun specifico trust. Ciò in quanto, come si anticipava, il legislatore ha sposato l'approccio di considerare quale cartina di tornasole, ai fini dell'imponibilità dei frutti conseguiti dal trust, la presenza di beneficiari individuati, in assenza dei

quali la tassazione ha luogo in capo al trust quale soggetto passivo Ires. Si è così innanzi al primo livello di criticità: diviene tanto cruciale, quanto essenziale, tracciare il profilo dei beneficiari individuati, con una sorta di "mappatura" di questi ultimi. È innegabile che le variabili in gioco, con riferimento alla duttilità e mutevolezza del trust, sono tali da necessitare di procedere, caso per caso, alla stregua di colui il quale si accinge e cimenta alla ricomposizione dei tasselli che portano alla definizione di un *puzzle*: molto spesso si incorrerà nel rischio di scambiare un tassello con un altro a causa della forma e sfumatura di colore similari a quelle caratterizzanti il tassello "giusto". Saranno le sfumature a dettare le differenze. L'errore (si spera potenziale ed eventualmente mo-

Note:

(6) Secondo M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 2], a p. 254 e a p. 6: "L'imputazione del reddito ai «beneficiari», quando esistano beneficiari del reddito e del capitale, fa necessariamente riferimento solo ai primi e quindi si devono inserire le parole «del reddito» nel nuovo testo dell'art. 73, comma 2, del T.U.I.R.: essa vale a individuare sia i beneficiari in genere, con spettanze tanto sul reddito che sul capitale, quanto il più frequente caso di beneficiari del reddito e non anche del capitale".

(7) Così G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, in questa Rivista, 2005, 169, a p. 170, riprendendo il pensiero di F. Gallo, Trusts, interposizione ed elusione fiscale, Rass. trib., 1996, 1043, a p. 1046 e in I. Beneficenti (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 289.

(8) La Circolare delle Entrate n. 99/E, del 4 dicembre 1999, avente ad oggetto "Emersione di attività detenute all'estero", a p. 12 ritiene il trust revocabile quale soggetto interposto, il cui titolare delle attività detenute all'estero è da identificarsi nel disponente; analogamente, il trust non discrezionale viene ritenuto quale soggetto interposto, il cui titolare delle attività è da identificarsi nel beneficiario. Con riferimento alla prima ipotesi (trust revocabile) l'effetto è quello che i redditi vanno imputati direttamente ed esclusivamente in capo al disponente, a nulla rilevando, ai fini impositivi, l'esistenza del trust; nella seconda ipotesi (trust non discrezionale), il reddito, riqualificato quale reddito di capitale, fluisce per trasparenza direttamente in capo ai beneficiari individuati, secondo il combinato disposto degli artt. 73, II comma, e 44, I comma, lettera *g-sexies* del Tuir.

(9) La risoluzione ministeriale n. 8/E del 17 gennaio 2003 stabilisce che: "[...] non ravvisandosi nel concreto un effettivo potere di gestione e amministrazione del trustee, tale negozio non è qualificabile come istitutivo di un trust, secondo il modello convenzionale di trust quale delineato dall'articolo 2 della Convenzione [de L'Aja, dell'1 luglio 1985, n.d.a.]. Piuttosto è riconoscibile una delle fattispecie negoziali che secondo il rapporto Ocse del 26 - 27 aprile 2001, *Report on the misuse of corporate vehicles for illicit purposes*, potrebbero prestarsi ad usi non del tutto trasparenti. È il caso ad esempio, secondo tale rapporto, di un trust formalmente regolare in cui il settlor mantiene l'effettivo controllo sui beni attraverso un guardiano che - persona di fiducia o consigliere del settlor - può sostituire il trustee per qualsiasi ragione e in qualsiasi momento (Part. I, B, 47). Se la gestione del trust è riconducibile al settlor o disponente, il trust è *tanquam non esset*, come pacificamente riconosciuto in dottrina e affermato dalla nota sentenza della Royal Court of Jersey nella causa A e B. Se quindi non si verifica un reale possesso del disponente, e i beni in trust sono - come nel caso - beni mobili, il negozio rileva ai fini fiscali come un mandato con rappresentanza, con la conseguente diretta imputabilità dei redditi al disponente".

S a g g i

mentaneo) di collocare un tassello in luogo di un altro potrebbe talvolta vanificare il tentativo di pervenire alla giusta fotografia, con nocumento sia per gli addetti ai lavori (i professionisti coinvolti e l'Agenzia delle Entrate), che per i possessori (reali e presunti) del reddito conseguito dal trust. È questa una delle insidie a cui l'istituto del trust, a fini fiscali, è chiamato a rispondere. Il II comma dell'art. 73 del Tuir come novellato con riferimento ai beneficiari individuati così dispone: "Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali". Soccrono in tal senso l'atto di trust e altri atti successivi (ad esempio le lettere di intenti sottoscritte dal disponente, formulate con l'obiettivo di meglio esplicitare le finalità perseguite per il tramite del trust), che individuino chi sono i beneficiari e inoltre determinino in quale misura questi siano titolati a vedersi attribuita, e tassata per trasparenza, la quota parte di reddito prodotta dal trust. In caso di assenza di specificazione nella documentazione disponibile del trust della quota di beneficio, varrà la presunzione che i beneficiari abbiano diritto a una quota paritetica del reddito prodotto a prescindere, peraltro, dalla immediata distribuzione dello stesso. Non si mette in discussione che l'*animus* del legislatore fosse, da un lato, proteso a conferire certezza al quadro normativo e, dall'altro, finalizzato a recuperare materia imponibile.

§ 2.1. La casistica da incasellare.

Come si anticipava in apertura è subito chiara la necessità di indicazioni ministeriali che aiutino a classificare, a fini impositivi, le fattispecie che, analizzate caso per caso e per periodi di imposta, rientrano nell'ambito della definizione di beneficiari individuati. In questa prospettiva, una serie di casi pratici nel seguito proposti potranno forse aiutare a comprendere, e soprattutto dimensionare, la portata della "sfida", fornendo alcune soluzioni di prima quanto non esaustiva lettura.

§ 2.1.1. Caso 1 - Trust discrezionale ed irrevocabile.

È istituito in Italia o all'estero un trust discrezionale ed irrevocabile, regolamentato dalla legge di Jer-

sey, che prevede l'indicazione di una rosa di beneficiari assolutamente non vincolante per il trustee (ad esempio, gli eredi legittimi del disponente), con la possibilità per il trustee di individuare, a sua totale discrezione, ulteriori e diversi beneficiari rispetto ai precedenti, ivi compresi gli enti caritatevoli. L'atto istitutivo del trust dispone, tra l'altro, un termine di durata di tipo decennale, decorrente dalla data di sottoscrizione dell'atto istitutivo dello strumento, prima del quale il trustee non dovrebbe procedere ad alcuna attribuzione di reddito, se non in casi puntualmente disciplinati dall'atto istitutivo e comunque a sua piena discrezione (ad esempio, in ipotesi di bisogno degli eredi legittimi).

In questo caso, ad avviso di chi scrive, non dovrebbe parlarsi di beneficiari individuati ai fini dell'imponibilità degli stessi in base al principio di trasparenza fiscale dal legislatore nazionale individuato. I beneficiari hanno infatti solo delle mere aspettative all'attribuzione di reddito⁽¹⁰⁾; inoltre la discrezionalità del trustee, ai fini del *quantum* dell'attribuzione, del momento in cui procedere alla stessa e dei soggetti destinatari in qualità di beneficiari, è da intendersi nel senso della più ampia latitudine. Qualsiasi altra interpretazione, ad avviso di chi scrive, costituirebbe una manifesta violazione del principio di capacità contributiva. Si ricorda, infatti, che sarebbe difficilmente ammissibile assoggettare a imposizione un contribuente che non potrebbe mai percepire quel reddito, data l'aleatorietà rinvenibile nella suesposta discrezionalità del trustee. Come è noto, presupposto dell'imposta è il possesso di redditi; conseguentemente diviene decisivo tanto il determinare il soggetto che è possessore dei redditi prodotti dai beni in trust, quanto il definire il momento in cui questa capacità contributiva si manifesta. Espandere il principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione italiana⁽¹¹⁾, tarandolo su una mera aspettativa di reddito, risulta manifestamente contrario allo spirito di tale principio, fatto da potersi agevolmente eccepire innanzi all'organo competente affinché ne sancisca la violazione. Ci si augura che l'Amministrazione Finanziaria voglia invece sposare

Note:

(10) Conforme M. Lupoi, *Imposte dirette e trust* [*supra*, nota 2], a p. 255 e a p. 7.

(11) "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività".

una linea improntata a buon senso e ragionevolezza. In via incidentale, ci si chiede, inoltre, come nel caso di specie si potrebbe determinare la quota di partecipazione ai redditi (da imputare per trasparenza ai beneficiari), posto che si potrebbe essere al cospetto di una classe di beneficiari potenzialmente "aperta" ed indeterminata.

§ 2.1.2. Caso 2 - Trust fissi.

È istituito in Italia o all'estero un trust fisso, in cui i beneficiari hanno un diritto cosiddetto *vested* ("certo e attuale") alla imputazione e distribuzione dei redditi prodotti dal trust. I beneficiari sono:

1. una persona fisica residente fiscalmente in Italia;
2. una persona fisica residente fiscalmente (ma non domiciliata) nel Regno Unito.

Nulla si dice nell'atto istitutivo del trust, o in documenti successivi, in ordine alla quota di partecipazione al reddito dei beneficiari di cui sopra.

Nel caso in parola, ad avviso di chi scrive, i beneficiari si "qualificano" in ordine all'applicazione della trasparenza fiscale. I redditi verranno in via automatica riqualificati quali redditi di capitale conformemente alla previsione di cui all'art. 44, I comma, lettera *g-sexies* del Tuir, che così recita: "i redditi imputati al beneficiario di trust ai sensi dell'articolo 73, comma 2, anche se non residenti". La persona fisica italiana includerà il reddito a questa riferibile (nel silenzio dello strumento istitutivo, in parti uguali al residente del Regno Unito e quindi in misura del 50%), nella propria dichiarazione dei redditi (Modello unico PF 2008), assoggettando lo stesso a imposizione con l'aliquota marginale di appartenenza; la persona fisica residente nel Regno Unito dovrebbe presentare un proprio Modello unico quale soggetto non residente, assoggettando a imposizione la quota di reddito ad esso riferibile. Quanto sopra dovrebbe valere sia con riferimento a trust residenti, che non residenti in Italia, e ciò in considerazione della circostanza che il citato art. 44 del Tuir, parrebbe estendere l'imputazione per trasparenza a tutti i beneficiari individuati, con riferimento, quindi, anche ai redditi conseguiti dai trust non residenti. Uno dei problemi focali sottesi alla trasparenza fiscale operante sui beneficiari individuati risiede nella valenza della previsione di cui all'art. 73, II comma, del Tuir: la norma "insiste" sulla soggettività passiva del beneficiario individuato ovvero la stessa assume valenza di norma di

imputazione del reddito conseguito dal trust? Aderendo alla prima ipotesi ne discenderebbe che, ad esempio, nel caso di trust residente, con beneficiario non residente, quest'ultimo vedrà imputarsi il solo reddito di fonte italiana; invece, con riferimento a un trust estero, con beneficiario residente, varrebbe l'imputazione del reddito, a questi spettante, prodotto su base mondiale. Qualora dovesse invece prevalere la tesi della valenza di norma di imputazione del reddito, il trust residente imputerebbe al beneficiario non residente i redditi prodotti *worldwide*; con riferimento al trust estero, invece, i beneficiari residenti si vedrebbero imputati i soli redditi di fonte italiana. I beneficiari individuati non residenti in Italia, di trust non residenti, vedrebbero imputarsi *pro quota* solo i redditi di fonte italiana, assoggettati ad imposizione in Italia coerentemente all'art. 23, I comma, lettera b) del Tuir(12). Si specifica che, con riferimento ai trust residenti con beneficiari individuati non residenti, questi ultimi vedrebbero comunque assoggettati ad imposta in Italia i soli redditi di fonte italiana. L'effetto è una perdita di gettito sui redditi di fonte estera che, in condizioni di normalità, intendendosi per tale l'imposizione con soggetto passivo il trust residente, non si verrebbe a creare. Per contro, un effetto positivo forse "cercato e voluto" dal legislatore nazionale per il tramite dell'estensione del principio di trasparenza ai trust non residenti, è quello di ricondurre in Italia anche i redditi di fonte estera conseguiti da trust non residenti, che fluirebbero (per trasparenza e, si sottolinea, *pro quota*), in capo al beneficiario residente, quale (lui) soggetto passivo d'imposta (ai sensi dell'art. 3, I comma; dell'art. 73, II comma e dell'art. 44, I comma, lettera *g-sexies* del Tuir). In buona sostanza dovrebbe sostenersi che, a fronte dell'automatica riqualificazione del reddito e dell'applicazione del regime di trasparenza, valga il principio in base al quale il soggetto passivo d'imposta è da individuarsi nel beneficiario (individuato), e non nel trust: diretta conseguenza ne è quindi che, come anticipato, tutti i redditi conseguiti (anche) da un trust non residente (determinati *pro quota* in capo al beneficiario residente, con riqualificazione dei red-

Nota:

(12) Si rimarca che l'applicabilità dell'art. 23, I comma, lett. b) alla fattispecie deriva dall'aver disposto la riqualificazione automatica dei redditi conseguiti dal trust in redditi di capitale: pertanto, non necessita alcuna inclusione *ad hoc*, che potrebbe solo generare dubbi e confusione ai fini della sussistenza del necessario criterio di collegamento.

S a g g i

diti stessi in redditi di capitale), sarebbero da dichiarare e assoggettare a imposizione in Italia, in quanto, come è noto, una persona (fisica o giuridica) residente fiscale in Italia, viene assoggettata a imposizione sui redditi prodotti su base mondiale. Si ribadisce quindi che, secondo questa impostazione, parrebbe che l'art. 44, I comma, del Tuir, come integrato dalla lettera *g-sexies*, con la dicitura finale "anche se non residenti" sia, per le motivazioni testé evidenziate, ragionevolmente da intendersi riferito ai trust e non ai beneficiari. L'intento del legislatore dovrebbe essere stato, inoltre, quello di riattrarre nella sfera impositiva italiana i redditi di fonte interna riferibili ai beneficiari individuati non residenti, che in alcuni casi avrebbero potuto sfuggire a imposizione sul nostro territorio⁽¹³⁾, coerentemente a quanto stabilito dall'art. 23 del Tuir. Operando invece la riqualificazione dei redditi conseguiti dal trust non residente, quali redditi di cui all'art. 44, I comma, lettera *g-sexies* del Tuir, gli stessi fluiscono *pro quota* in capo (anche) ai beneficiari individuati non residenti, che sono pertanto obbligati a dichiarare e assoggettare ad imposizione in Italia i redditi così riqualificati, per periodi d'imposta.

Per queste ragioni, anche nel caso di trust non residente che abbia quali beneficiari individuati:

- residenti fiscali dell'Italia;
- ovvero quivi non residenti;

dovrebbe trovare applicazione l'art. 73, II comma, del Tuir con riferimento, per i secondi, ai soli redditi di fonte italiana.

§ 2.1.3. Caso 3 - Accumulation and maintenance trust.

È istituito all'estero un trust in cui il trustee (anch'esso estero), ha il compito di accumulare i redditi prodotti dal patrimonio del trust, nell'interesse di alcuni beneficiari puntualmente indicati, che avranno diritto all'assegnazione del reddito e del capitale solo al compimento del 25° anno di età. È forse questo uno dei casi più dubbi in ordine all'applicazione della definizione di beneficiario individuato⁽¹⁴⁾. Ciò soprattutto in considerazione del fatto che l'attribuzione del reddito è condizionata al verificarsi dell'evento: nel nostro caso il compimento dei 25 anni. Orbene l'imputazione per trasparenza appare, ad avviso di chi scrive, una forzatura che andrebbe probabilmente a collidere con il principio di capacità contributiva, se realizzata anteriormente al verificarsi

dell'evento rilevante a fini impositivi in capo al beneficiario. Non si dovrebbe prescindere dall'attribuire il giusto peso alla circostanza che il diritto è *contingent* ovvero che è condizionato. Infatti, il trustee non può effettuare attribuzione di reddito anteriormente al compimento del 25° anno di età del beneficiario. Ben potrebbe trovare applicazione invece l'art. 73, I comma, lettera d) del Tuir, essendo il trust non residente, con riferimento ai soli redditi di fonte italiana, in quanto il trust si qualificerebbe quale soggetto passivo d'imposta ai fini Ires.

§ 2.1.4. Caso 4 - Il trust con beneficiario individuato (anche) una società di capitali.

Il trust è stato istituito in Lussemburgo e prevede, tra l'altro, che tra i beneficiari individuati ci sia una società di capitali residente in Italia.

Il caso in esame ben si presta a mettere a nudo alcuni limiti della norma, nell'aver disposto che il reddito imputabile per trasparenza in capo ai beneficiari individuati venga qualificato in via automatica quale reddito di capitale.

Valga l'esempio seguente: tra i redditi del trust sono inclusi dei dividendi che, come è noto, se perce-

Note:

(13) Ci si riferisce al caso di trust non residente, il cui trustee, quale soggetto non residente, si avvalga della non imponibilità prevista per la generalità dei soggetti non residenti in Italia, conformemente a quanto disposto dall'art. 23, I comma, lettere b) e f) del Tuir, per carenza di collegamento con il territorio dello Stato.

In particolare si rendono non imponibili in Italia:

- gli interessi derivanti da depositi e conti correnti;
- le plusvalenze derivanti da partecipazioni non qualificate in società residenti negoziate in mercati regolamentati;
- le plusvalenze derivanti da titoli e certificati di massa negoziati in mercati regolamentati, nonché da cessione di valute estere rivenienti da depositi e conti correnti;
- le plusvalenze derivanti da contratti derivati conclusi in mercati regolamentati.

(14) M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 2], a p. 256 e a p. 8, sul trust con accumulazione del reddito ritiene che: "L'atto istitutivo talora prevede che parte del reddito sia accumulato al capitale per un certo periodo o obbligatoriamente o a scelta del trustee e il resto sia o possa essere distribuito [...]. Il tenore letterale della norma, che fa riferimento a «i redditi conseguiti dal trust» e li imputa nella loro interezza ai beneficiari, esclude si possa utilizzare la trasparenza a meno di pervenire, in sede interpretativa, a suddividere il reddito in due parti: una tassata in capo al trust (quella accantonata) e l'altra imputata ai beneficiari qualora ne ricorrano i presupposti e cioè se i beneficiari abbiano il diritto di percepire il reddito non accumulato al capitale. L'accumulazione al capitale ha, nel diritto del trust, una ineliminabile conseguenza: esso non spetta più ai beneficiari del reddito, ma ai beneficiari del capitale. Non può quindi in alcun modo essere tassato in capo ai primi. Nei trust con accumulazione, obbligatoria o facoltativa, dell'intero reddito la trasparenza non può operare".

piti da società di capitali sono esclusi da imposizione in misura del 95%; nel caso della stessa società di capitali che veda attribuirsi il dividendo (astrattamente riqualificabile quale reddito di capitale), questa lo attrae *ipso iure* nell'alveo del proprio reddito d'impresa, che è soggetto all'aliquota Ires del 33%; ne potrebbe conseguire una discriminazione di trattamento fiscale. La discriminazione potrebbe sostanziarsi nella differente tassazione del dividendo, che nello specifico potrebbe variare dall'1,65% al 33% ordinariamente previsto sul reddito d'impresa di soggetti Ires. La situazione invece cambierebbe per certo, nel caso in cui il dividendo venga attribuito a un beneficiario individuato persona fisica: come è noto (in condizioni di normalità), la persona fisica verrebbe incisa da una ritenuta a titolo d'imposta del 12,50%, ovvero, nel caso di partecipazione qualificata, in misura del 40% del dividendo con la propria aliquota marginale e pertanto fino a un massimo del 17,20% (e cioè il 43% del 40%) del dividendo percepito. Qualora lo stesso reddito in qualità di beneficiario gli venga attribuito per trasparenza, il dividendo viene riqualificato quale reddito di capitale, ai sensi dell'art. 44, I comma, lettera *g-sexies* del Tuir. Il beneficiario dovrà pertanto includerlo nel Modello Unico PF, con la tassazione ad aliquota marginale (fino a un 43% se il reddito personale eccede i 75.000 euro): in questo caso si ritiene che la discriminazione fiscale sia palese.

§ 2.1.5. Caso 5 - Trust nudo.

È istituito un trust interno (laddove tutti gli elementi del trust sono italiani ad eccezione della legge regolatrice) del tipo trust "nudo"⁽¹⁵⁾, in cui è previsto che i beni siano amministrati dal trustee, ma che i frutti generati confluiscono direttamente in capo ai beneficiari, senza entrare a far parte del patrimonio del trust.

In questo caso i beneficiari sono individuati ed è specificata la quota di compartecipazione ai redditi del trust. Sarebbe stato certamente opportuno consentire ai redditi così generati di essere tassati per trasparenza in capo ai beneficiari in base alla propria natura; riqualificandoli quali redditi di capitale si produce, invece, nella maggior parte dei casi, un ingiustificato inasprimento del livello di imposizione. Basti pensare al regime fiscale dei dividendi, a quello della cessione di partecipazioni e degli interessi, per citare alcuni casi in cui la distorsione è evidente

quanto stridente. La "ri-caratterizzazione" dei redditi in reddito di capitale non sembra, ad avviso di chi scrive, particolarmente "ispirata" ed inoltre non trova riscontri nella prassi internazionale, che invece mantiene ferma la tassazione fissandola alla categoria reddituale di appartenenza, cui si ricollega la capacità reddituale del possessore.

§ 2.1.6. Caso 6 - Trust interno.

È istituito un trust interno (cioè in tutto italiano, salvo che per la legge regolatrice, che nel caso in esame è quella di Jersey) *mortis causa*, cioè istituito con un testamento, dove si stabilisce che l'erede istituisca un trust di scopo, di cui sia, oltre che formale disponente, anche trustee. In pratica, viene posto un onere in capo all'erede, che (infatti) accetta con beneficio di inventario.

I profili caratteristici di questo trust dispongono in particolare quanto segue:

1) lo scopo del trust è quello di conservare e valorizzare il patrimonio "artistico", costituito da quadri, provvedendo al contempo a svolgere attività di formazione artistica (corsi di pittura e d'arte) in memoria del *de cuius*, essendo il restante patrimonio (finanziario e immobiliare) funzionale a tale scopo;

2) il trustee è lo stesso erede-disponente. In sede di attuazione dello scopo, il trustee ha ampia discrezionalità in ordine alle modalità individuate ai fini del perseguimento dello scopo. Unico limite è rappresentato dall'impossibilità per lo stesso di "appropriarsi" dei beni da destinarsi al fine del rispetto dello scopo perseguito dal trust. Il trustee ha diritto a ricevere un compenso per il suo ufficio.

Tuttavia, durante la durata del trust "il trustee può consentire ad un beneficiario finale e, stante la particolarità dei beni costituenti il fondo in trust, anche al disponente, di avere il possesso o il godimento di beni in trust alle condizioni che il trustee ritenga opportune";

3) il trust prevede un termine di durata, pari a venti anni, al termine del quale il patrimonio deve essere attribuito ai beneficiari. Si specifica che in pendenza di detto termine i beneficiari non hanno comunque diritto ad alcuna attribuzione. In partico-

Nota:

(15) Si veda, per tutti, M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 260 s.; sui profili fiscali, G. Semino, *Trust "nudo" e trasparenza fiscale* [supra, nota 7], a p. 169.

Saggi

lare, i frutti del patrimonio in trust restano quivi confinati, e saranno devoluti all'esterno, in quanto componenti del patrimonio, solo alla scadenza.

I beneficiari sono, peraltro, individuati solo in via indiretta ed eventuale. Si tratta, infatti, degli eredi in linea diretta (discendenti) del *de cuius*, scelti discrezionalmente dal trustee, che alla scadenza del trust si impegnino a mantenere il patrimonio artistico; se i beneficiari saranno plurimi, l'attribuzione avverrà in parti uguali. In mancanza, il patrimonio sarà devoluto a enti e associazioni artistiche (anch'esse scelte nella discrezionalità del trustee) o, in assenza, al comune di ultima residenza del *de cuius*. In costanza di trust, i (potenziali) beneficiari finali hanno una semplice aspettativa, e non un diritto, peraltro non trasferibile. Al trustee è attribuita la facoltà di poter anticipare la devoluzione del patrimonio in trust, anteriormente alla scadenza;

4) il trustee è, come anticipato, lo stesso disponente e potrebbe essere revocato, in ogni momento, dallo stesso disponente e, ricorrendo gravi motivi, dal guardiano. Tuttavia, anche il guardiano può essere revocato dal disponente, con l'effetto pratico che il disponente accentra (di fatto) in sé la gestione del trust.

Tanto premesso, ai fini della imposizione diretta, occorre innanzitutto, anche se ai fini della presente trattazione con importanza secondaria, verificare se il trust esiste o è da considerare a fini tributari *tantum non esset*. Anche *post* modifiche apportate con la legge finanziaria 2007, potrebbe sussistere il dubbio, sia in generale che nel caso di specie, di come possano dispiegare effetto le indicazioni contenute nella risoluzione ministeriale n. 8/E del 17 gennaio 2003, che, con riferimento al caso di un trust nel quale il disponente manteneva l'effettivo controllo sui beni, riqualificava il trust come rapporto di mandato con rappresentanza, con l'immediata imputabilità dei redditi al disponente medesimo. Nel caso in esame, c'è, da un lato, coincidenza tra disponente e trustee e, dall'altro, il disponente può anche revocare il guardiano: potrebbe pertanto ritenersi che non abbia avuto luogo l'effettivo spossessamento dei beni. Tuttavia, occorre forse considerare che detti beni, prima della dichiarazione del trust, sono appartenuti solo formalmente al disponente, avendo egli rispettato la disposizione testamentaria del *de cuius*, precedente possessore, non solo quanto alla istituzione del trust ma anche in relazione alla assunzione del ruolo di trustee. Tale considerazione potrebbe essere deter-

minante ai fini del riconoscimento del trust anche agli effetti tributari. Non può comunque sottostimarsi che il potere del disponente di revocare il guardiano, quale unico soggetto che può sindacare l'operato del trustee, possa essere interpretato nel senso di assunzione (ancorché indiretta) del possesso dei beni da parte del disponente. Qualora il trust si consideri come "esistente", potrebbe qualificarsi, secondo le nuove disposizioni, sia quale ente "commerciale" che "non commerciale", in funzione dell'attività svolta. In ambedue i casi, occorre stabilire se il reddito generato dal patrimonio in trust sia da imputare al trust o ai beneficiari (se individuati). Infatti, come si è già avuto modo di verificare, secondo quanto ora previsto dall'art. 73, II comma, del Tuir, "Nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali". Ove non operi la "imputazione" ai beneficiari, il reddito è imponibile, con l'Ires, in capo al trust. La tassazione avviene a titolo di reddito d'impresa se il trust è commerciale, secondo le stesse disposizioni applicabili alle società di capitali, ovvero in funzione delle diverse categorie reddituali se il trust non è commerciale; come è noto solo qualora il trust sia "non commerciale" può applicarsi la disciplina del risparmio gestito di cui all'art. 7 del D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461. La successiva attribuzione ai beneficiari originerebbe reddito imponibile se il trust è commerciale; se il trust non è commerciale, l'attribuzione non dovrebbe avere alcuna rilevanza reddituale. Diversamente, per effetto della sua imputazione ai beneficiari, il reddito risulta non imponibile in capo al trust, ma in capo al beneficiario stesso, secondo il regime di "trasparenza" già precedentemente analizzato. In particolare, il reddito così imputato è qualificato come reddito "di capitale" ai sensi della nuova lettera *g-sexies* dell'art. 44, I comma, del Tuir (dovrebbe ritenersi che il reddito sarebbe però riqualificato come di impresa, ai sensi dell'art. 48, I comma, del Tuir, se "beneficiario" da una società o un'impresa commerciali). Data l'assenza di istruzioni ministeriali e la scarsa elaborazione dottrina per le nuove disposizioni, non è chiaro, tuttavia, se la trasparenza sia "piena", secondo quanto si verifica nei rapporti "fiduciari", dove il reddito è immediatamente determinato in capo al fiduciante, ovvero se sia applicabile la medesima disciplina previ-

sta per i redditi conseguiti mediante la partecipazione in società di persone, dove il reddito è determinato e quantificato, nonché accertabile, in capo alla società e successivamente imputato, *pro quota*, al socio. Si ricorda che l'Amministrazione Finanziaria si era in precedenza pronunciata nel senso della imputazione "fiduciaria" in presenza di trust "nudo" (*bare trust*), "che si caratterizza per il diritto immediato ed assoluto dei beneficiari alla distribuzione dei redditi prodotti dai beni in trust. Il trustee non avrebbe alcun potere su detti redditi e non vi sarebbe, in relazione a detti redditi, alcun accrescimento del patrimonio in trust"(16). Nel caso in cui dovesse passare la seconda soluzione, il reddito sarebbe determinato in capo al trust, secondo le disposizioni riferibili alla specifica categoria reddituale cui lo stesso reddito appartiene e, quindi, imputato, affinché sia tassabile, in capo al beneficiario, come reddito di capitale che concorre alla formazione del suo reddito complessivo. Dovrebbe ad ogni modo rimanere fermo il principio generale in base al quale, se il reddito è esente o assoggettato a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta o a imposta sostitutiva, lo stesso reddito non concorre alla formazione della base imponibile (ai sensi degli artt. 3, III comma; 48, II comma; 91, I comma e 143, I comma, del Tuir). Si ritiene che allo stato, come anticipato, solo un chiarimento ministeriale potrà fare chiarezza su tale passaggio rilevante. Nel caso in esame, sussistono incertezze, tra l'altro, in ordine al soggetto cui imputare i redditi rivenienti da una gestione patrimoniale mobiliare intestata al trust, il che si riverbera sugli adempimenti cui è tenuta la Società di gestione del risparmio ("Sgr"), in qualità di sostituto-responsabile d'imposta. Trattasi, nello specifico, di dubbi di carattere applicativo improntati al principio della prudenza, che, in assenza di chiarimenti dell'Amministrazione Finanziaria e, in considerazione della novità delle norme e dell'assenza di precedenti giurisprudenziali, si ritiene di assumere come sussistenti. D'altra parte, non sembra che una tale indagine possa essere demandata al sostituto-responsabile d'imposta, in quanto ciò comporterebbe non trascurabili profili di assunzione di responsabilità e di correlato rischio, non conferenti con tale ruolo. Sembra pertanto maggiormente confacente l'adozione da parte della Sgr di un comportamento ispirato alla idonea diligenza professionale nei rapporti con il cliente. Ne conseguirebbe pertanto l'opportunità per la Sgr di ottenere preventivamente, dal trustee(17), una dichiarazione nella qua-

Note:

(16) Direzione Regionale delle Entrate Liguria, Interpello del 24 luglio 2003, in questa Rivista, 2005, 298.

(17) L'occasione della chiamata in causa del trustee ai fini della dichiarazione da rilasciare alla Sgr appare propizia per ri-proporre gli obblighi che incombono sullo stesso (trustee), ai fini della corretta applicazione della direttiva 2003/48/CE, in materia di risparmio transfrontaliero delle persone fisiche. In particolare, sembra interessante rappresentare l'approccio seguito al riguardo dal Lussemburgo, il Regno Unito e l'Italia. L'approccio lussemburghese.

Si ipotizzi il caso di una banca lussemburghese che effettui il pagamento o l'attribuzione di interessi a un trust non residente. Come è noto, il principio alla base di un trust rimane generalmente sempre il medesimo: una persona definita dispone trasferisce la proprietà giuridica di un bene a un'altra persona (normalmente una persona giuridica) definita trustee, alla quale è richiesto di amministrare e attribuire il reddito, e il bene sotteso, a uno o più beneficiari. In base all'interpretazione di matrice anglosassone, il trust di per sé non è configurabile, ai fini della direttiva, quale entità legale o residuale. Ciononostante, considerato che è il trustee ad amministrare gli attivi rappresentanti il patrimonio del trust, è a questi che la banca, nella sua qualità di trustee, effettua il pagamento di interessi. Al fine di determinare se la banca agisce in qualità di agente pagatore, occorre che la stessa definisca se il trustee è qualificabile quale agente pagatore o beneficiario effettivo ai sensi della legge di trasposizione interna della direttiva. Qualora il trustee fosse una "trust company" avente personalità giuridica, essa verrà considerata quale agente pagatore all'atto del pagamento o dell'attribuzione di interessi ai beneficiari effettivi. Nel caso in cui invece il trustee fosse una persona fisica, occorrerà determinare se questi agisce nell'ambito di un'attività commerciale o professionale: in tal caso, il trustee è da considerarsi quale agente pagatore e sarà onerato degli adempimenti previsti per gli agenti pagatori al momento del pagamento o dell'attribuzione di interessi ai beneficiari effettivi. Per contro, nel caso in cui il trustee non agisca nel quadro di un'attività commerciale o professionale, l'applicazione della direttiva si calibra in funzione della residenza del trustee:

- i) il trustee è stabilito al di fuori dell'Unione europea: la banca non è agente pagatore;
- ii) il trustee è stabilito nell'Unione europea: la banca è agente pagatore e applica la direttiva in funzione delle scelte operate dal trustee, salvo che il trustee dichiari di agire per conto di un beneficiario effettivo. Considerata l'intima natura del trust (il trustee ha quale *mission* la gestione degli attivi del trust e la correlata attribuzione ai beneficiari indicati), in assenza di qualsiasi indizio contrario sarà ragionevole che la banca consideri che il trustee stia agendo per conto altrui: starà a lui comunicare l'identità del beneficiario o dei beneficiari alla banca;
- iii) all'occorrenza, la banca dovrà applicare la direttiva in base al luogo di residenza dei beneficiari determinati sulla scorta delle informazioni fornite dal trustee.

In definitiva, è necessario applicare la ritenuta alla fonte di cui all'art. 11 della direttiva, con riferimento al Lussemburgo (nei casi diversi da quello in cui il trustee persona giuridica sia stabilito fuori dell'Unione europea), a meno che il trustee non renda nota l'identità dei beneficiari, attivandosi nel qual caso la procedura dello scambio di informazioni con le autorità fiscali del Paese di residenza del beneficiario.

L'approccio del Regno Unito.

Il Regno Unito ha provveduto a stilare delle linee guida concernenti l'applicazione della direttiva sul risparmio transfrontaliero. Con particolare riferimento ai trust esteri ha specificato che:

- i) lo *status* di un trust estero è determinato in base alla legge del Paese in cui esso è stabilito e pertanto occorre applicare le regole ordinarie ai fini della determinazione della qualifica assunta dalla persona alla quale è reso il pagamento di interessi: *relevant payee* (intendendosi per tale sia una persona fisica che abbia ricevuto il pagamento di interessi direttamente dall'agente pagatore, che una persona fisica per conto della quale l'agente pagatore riceve il pagamento in base alle istruzioni ricevute dalla persona fisica) o di entità residuale negli altri casi;
- ii) i trust UK non sono da considerarsi quali entità e le persone cui applicare le norme sono i trustee;

(Segue)

Saggi

le egli attestati, agli effetti tributari ed ai fini della validità dell'opzione espressa per l'applicazione del risparmio gestito,

– la regolare istituzione del trust cui il patrimonio mobiliare è intestato;

– la natura non commerciale dell'attività svolta dal trust;

– la assenza di beneficiari individuati cui il reddito sia imputabile ai sensi dell'art. 73, II comma, del Tuir.

§ 2.2. (Segue). La tassazione diretta in capo ai trust.

La disamina di casi "tipici" sottesi all'esperienza dei trust con riferimento ai beneficiari individuati si esaurisce qui, per riprendere il percorso con le situazioni "classiche" in cui non debba considerarsi soddisfatta la presenza di beneficiari individuati e pertanto l'imposizione, in via "ordinaria", si perfeziona direttamente in capo al trust. Su questo versante, tuttavia, si ritiene non insistano grosse novità se non per la circostanza che finalmente il legislatore ha confermato, codificandola, la presenza dei trust nel nostro ordinamento quali soggetti passivi Ires(18).

Note:

(Continua nota 17)

iii) qualora un interesse da risparmio fosse attribuito o pagato a un trustee persona fisica residente in uno dei territori coperti dall'applicazione della direttiva, di un trust istituito secondo la legge dell'Inghilterra e del Galles, della Scozia o dell'Irlanda del Nord, occorrerà identificare il trustee a meno che:

– il trustee stesso sia considerato un agente pagatore (è il caso dei *professional trustee*);

– il trustee ha dichiarato di agire per conto di un'altra persona fisica (beneficiario) e ha fornito i dati identificativi del beneficiario;

– si abbia la ragionevole percezione che il trust sia un *bare trust* o un *c.d. interest in possession trust*: in tal caso occorrerà fare in modo che il trustee indichi chi è il beneficiario.

Per quanto concerne i pagamenti effettuati da trustee di trust del Regno Unito viene chiarito che i trustee che operano nell'ambito di un'attività professionale potrebbero essere considerati agenti pagatori. Merita segnalazione la previsione in base alla quale viene chiarito che le distribuzioni effettuate dal trustee di un *discretionary trust* o di un *accumulation and maintenance trust* non sono da considerare pagamenti di interessi da risparmio coperti dalla direttiva e pertanto non sono oggetto di comunicazione.

L'approccio italiano.

Il legislatore nazionale ha ritenuto di includere tra le entità residuali i trust c.d. interni. Pertanto i trustee dovranno rispettare le regole previste con riferimento alle entità residuali, verificando l'opportunità di richiedere il certificato che consente di essere ammessi allo stesso trattamento riservato agli O.i.c.v.m. autorizzati ai sensi della direttiva 85/611/CEE.

(18) Sulla soggettività tributaria del trust, v. A. Orlandi Contucci, Aspetti civili e fiscali connessi all'introduzione dell'istituto nell'ordinamento italiano, Fisco, 1991, 6894; F. Tundo, Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del "trust", Dir. e pratica trib., 1993,

1285; S. Serbini, Appunti sul trust e sui riflessi fiscali conseguenti al suo riconoscimento, Fisco, 1994, 7869; M. Lupoi, Introduzione ai trust. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja, Diritto italiano, Milano, 1994, p. 173 s.; Id., Trusts [supra, nota 15], p. 753 s.; Id., Osservazioni sui primi interpelli riguardanti trust, Fisco, 2003, 4342; G. Palumbo, profili tributari dei *common law trusts*, Riv. dir. trib., 1995, I, 195; Id., Pianificazione fiscale dei trusts alla luce della giurisprudenza italiana e svizzera, Fisco, 1999, 11655; F. Gallo, Trusts, interposizione ed elusione fiscale [supra, nota 7], a p. 1043; G. Puoti, La tassazione dei redditi del trust, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 321; R. Lupi, La tassazione dei redditi del trust: il trustee, ivi, 327; A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna, ivi, 269; G. Gaffuri – F. Albertini, Costituzione dei trust e trasferimento dei beni, ivi, 301; F. Paparella, Trusts ed interposizione fittizia di persona nella disciplina delle imposte dirette, Fisco, 1996, 4812; Id., Trusts e destinazione dei beni a finalità extraprenditoriali, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi [supra, nota 7], 357; Id., Possesso di redditi e interposizione fittizia, Milano, 2000, p. 342; Id., Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona, Bollettino trib., 2002, 485; Id., Considerazioni in tema di disciplina dei trusts nel sistema delle imposte sui redditi delineato dalla legge delega di riforma dell'ordinamento tributario n. 80 del 7 aprile 2003 e le prospettive di riforma, ivi, 2003, 1683; in G. Marino (cur.), I profili internazionali e comunitari della nuova imposta sui redditi delle società, Milano, 2004, p. 107; M. Nussi, L'imputazione del reddito nel diritto tributario, Padova, 1996, p. 581; L. De Angelis, Trust e fiducia nell'ordinamento italiano, in V. Uckmar (cur.), Corso di diritto tributario internazionale, Padova, 1999, p. 459; Id., Questioni di diritto sostanziale e tributario connesse al riconoscimento del trust nell'ordinamento italiano: lacune normative e prospettive di regolamentazione, in V. Uckmar (cur.), Corso di diritto tributario internazionale, II ed., Padova, 2002, p. 555; e, con alcune modificazioni, in Fiducia e Trust, n. 9, 2002 (allegato al Fisco), 6214 (prima parte); Fiducia e Trust, n. 10, 2002 (allegato al Fisco), 12700 (seconda parte); G. Maisto, The taxation of Trusts in Civil Law Countries. Italy. Aspects of Trust Taxation, 38 European Taxation, 8, 242 (1998); Id., Trust and Income Taxes in Italy, in Aa. Vv., Estates, Taxes and Professional Ethics. Papers of the International Academy of Estate and Trust Law – 2002, Londra – L'Aja – New York, 2003, p. 15; A. Stesuri, Il trust come strumento di pianificazione fiscale, Corriere trib., 1998, 3272; Id., I trusts esteri in Italia: profili di diritto tributario, Corriere trib., 1999, 702; L. Corsini, The Taxation of Trust in Italy, 53 Bulletin for international fiscal documentation, 1, a p. 21 (1999); L. Belluzzo, La tassazione in Italia dei trusts, Fisco, 1999, 7448; G. Marino, Riorganizzazioni personali internazionali, trusts ed elusione fiscale, Riv. dott. commercialisti, 1999, 23, a p. 35 s.; S. Screpanti, Trust e Tax Planning, Fisco, 1999, 9391; Id., Il Trust. La nuova forma giuridica e societaria per il mercato globale, Roma, 1999, p. 103 s.; G. Corasaniti, Brevi note sui profili fiscali del trust di valori mobiliari, in questa Rivista, 2000, 290; M. Miccinesi, Il reddito del trust nelle varie tipologie, ivi, 309; V. Ficari, Il trust nelle imposte dirette (Irpeg ed Irap): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?, Bollettino trib., 2000, 529; R. Lupi – M. Lupoi, Inquadramento tributario, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; A. Giovannini, Problematiche fiscali del trust, Bollettino trib., 2001, 1125; M. Aprile, Gli aspetti fiscali del trust, Fisco, 2001, 5277; S. Marchese, Trusts e imposizione sul reddito: alcune riflessioni, in questa Rivista, 2001, 5; Id., Income Taxation of Trusts from an Italian Perspective, in Aa. Vv., Tax Systems of Uk and Italy: a Comparative Analysis. International Fiscal Association: Bilateral Meeting of the Uk and Italian Branches Florence 2001, Milano, 2002, p. 135; C. Garbarino, La soggettività del trust nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni, Dir. e pratica trib., 2000, III, 377; Id., Trust "trasparenti" ed "opachi" nell'ambito dei *Tax Treaties*, in questa Rivista, 2001, 515; A. Poddighe, I "trust" in Italia anche alla luce di una rilevante manifestazione giurisprudenziale, Dir. e pratica trib., 2001, I, 300; N. Canessa, I Trusts interni, Milano, 2001, p. 118 s.; E. Nuzzo, E luce fu sul regime fiscale del trust, Banca borsa, 2002, II, 244; F. Amatucci, Profili internazionali della tassazione dei trust, in F. Amatucci – N. Cecere – M. D'Errico – A. De Donato – V. De Donato – U. La Porta – G. Palermo – F. Pascucci – P. Schlesinger, Il trust nell'ordinamento giuridico italiano, Notariato, Quaderni, n. 7, Milano, 2002, 131; G. Zuccala, I trusts: problematiche interpretative e fiscali, Il giornale dei dottori commercialisti, luglio 2002, 24;

(Segue)

Infatti, sono queste le modalità impositive (tratteggiate per grandi linee), riferibili alle tre tipologie di trust di cui all'art. 73, I comma, lettere b), c) e d) del Tuir:

– trust residente “commerciale”: l'imposizione sarà quella classica prevista per le società commerciali; in particolare esenzione del 95% sui dividendi (art. 89 del Tuir), e ridotta sulle cessioni di partecipazioni di cui all'art. 87 del Tuir; pienamente imponibile su partecipazioni non esenti (artt. 85 e 86 del Tuir);

– trust residente “non commerciale”: si determina in base alle regole stabilite dall'art. 143 del Tuir; inoltre, ai sensi della lettera q) dell'articolo 4 del D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, quando non verrà attuata l'inclusione, tra i soggetti passivi dell'Ire, degli enti non commerciali di cui all'articolo 73, I comma, lettera c), del Tuir, gli utili percepiti, anche nell'esercizio di impresa, dagli enti stessi non concorrono alla formazione del reddito imponibile, in quanto esclusi, nella misura del 95 per cento del loro ammontare (art. 89 del Tuir). La tassazione delle plusvalenze da partecipazioni, invece, dipende dalla tipologia di partecipazione da cui origina il provento. Infatti, si applica un'imposta sostitutiva del 12,5 per cento sulle plusvalenze da partecipazioni non qualificate, mentre quelle derivanti da partecipazioni qualificate sono tassate al 40 per cento concorrendo, con gli altri redditi, all'imponibile complessivo da assoggettare ai fini Ires;

– trust non residenti: i trust “commerciali” vengono assoggettati a imposizione con aliquota Ires sui redditi di fonte italiana ai sensi degli articoli 151 e 152 del Tuir; i trust “non commerciali”, invece, vengono tassati conformemente agli articoli 153 e 154 del Tuir.

§ 3. Il trust e la nuova normativa antielusiva: i profili generali.

Come è noto, la legge finanziaria 2007 al comma LXXIV, dispone, tra l'altro, l'introduzione di una norma anti-abuso, che va ad integrare l'art. 73, III comma del Tuir, finalizzata a contrastare l'utilizzo illegittimo di trust istituiti in territori che non provvedono allo scambio di informazioni con le autorità fiscali italiane, i quali, salvo prova contraria, sono da considerarsi fiscalmente residenti in Italia. La norma antielusiva poggia su due livelli distinti e alternativi, con effetti a “doppio taglio”:

i) residenza fiscale nel nostro Paese del disponente e di almeno uno dei beneficiari;

ii) trasferimento al trust di beni immobili o di diritti reali immobiliari realizzati da un soggetto residente, successivamente alla istituzione del trust.

Con riferimento al primo livello, per l'applicazione della norma basterà che almeno uno dei disponenti, e almeno uno dei beneficiari di trust e istituti aventi analogo contenuto (ad esempio, le fondazioni estere), istituiti in Paesi non *white list* di cui al decreto finanze 4 settembre 1996(19) e modifiche, siano

Note:

(Continua nota 18)

P. Gaeta, Introduzione ai principali aspetti tributari dei trust interni, in S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi, Trusts, Quaderni, n. 2, Milano, 2002, 158; C. Pessina – L. Pittaluga, Il trust interno nelle imposte dirette, Fisco, 2003, 16306; P. Laroma Jezzi, I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti, fra separazione patrimoniale e trust, Riv. dir. trib., 2003, I, 259, a p. 286 s.; L. Belluzzo – E. Lo Presti Ventura, Trust “interni” “discrezionali” ed imposizione diretta. Note a margine della risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E, Fisco, 2003, 9470; M. T. Chimienti, Trusts interni disposti *inter vivos*: orientamenti in materia di imposte dirette, Dir. e pratica trib., 2003, 303; E. F. Greco – G. Barbagelata, Osservazioni sulla trasparenza fiscale dei trusts di famiglia, Fisco, 2003, 527; G. Stancati, Il regime tributario del “trust simulato”, Corriere trib., 2003, 664; A. Bergesio, La residenza del trust nel diritto tributario, Fisco, 2003, 3736; A. Salvati, Il trust nel diritto tributario internazionale, Riv. dir. trib., 2003, I, 29; Id., Sull'illegittimità del trust interno e le connesse implicazioni sul versante fiscale, Riv. dir. trib., 2003, II, 605; A. C. Colombo, Aspetti fiscali del trust in Italia: alcuni punti fermi, Tax planning, 2004, n. 26, 4; G. Zizzo, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, Fisco, 2003, 12398.

(19) Lista dei Paesi che acconsentono allo scambio di informazioni con l'Italia, di cui al D. M. 4 settembre 1996 e successive modificazioni (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 19 settembre 1996 n. 220):

Stati	Riferimenti normativi (si riportano le integrazioni dei Decreti Ministeriali successivi al D. M. 4 settembre 1996)
Albania	Inserito con Decreto Ministeriale del 5 ottobre 2000, pubblicato in G. U. del 24 ottobre 2000 n. 249
Algeria	
Argentina	
Armenia	Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19
Australia	
Austria	
Azerbaijan	Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19
Bangladesh	Inserito con Decreto Ministeriale del 5 ottobre 2000, pubblicato in G. U. del 24 ottobre 2000 n. 249
Belgio	
Bielorussia	
Brasile	
Bulgaria	
Canada	
Cina	
Corea del Sud	
Costa d'Avorio	
Croazia	

Saggi

residenti fiscalmente nel nostro Paese: scatterà così la presunzione relativa di residenza fiscale in Italia del trust esteroinvestito. In merito alla prova contraria da fornire al fisco in sede di accertamento, si attende che la circolare delle Entrate chiarisca come questa possa essere utilmente soddisfatta. Inoltre, emerge chiaramente che non solo i trust sono nel mirino delle Finanze ma anche le fondazioni estere, quali ad esempio le fondazioni panamensi e quelle del Liechtenstein.

Si sottolinea che ai fini dell'applicabilità della norma antielusiva occorre che:

i) sia il disponente;

ii) che almeno uno dei beneficiari sia fiscalmente residente in Italia: pertanto, nel caso in cui i beneficiari non fossero indicati (o qualora lo fossero, risultino essere tutti non residenti in Italia), la norma non sarebbe applicabile.

Sul punto si nutrono tuttavia forti dubbi in ordine alla definizione di beneficiario residente: nello specifico ci si chiede se anche in questo caso valga la qualifica di beneficiario individuato (di cui all'art. 73, II comma del Tuir), o basti soddisfare a quella di beneficiario indicato. La norma antielusiva parrebbe guardare al beneficiario residente fiscale in Italia, "in via generale", potendosi così assumere che (anche) la semplice indicazione di quest'ultimo, in costanza degli altri due requisiti richiesti (istituzione del trust in un Paese non collaborativo e presenza di almeno un disponente residente fiscale sul territorio italiano), possa dare la luce verde ai fini dell'applicazione della presunzione relativa. Pare altrettanto delicata la seconda parte della norma antielusiva di cui all'art. 73, III comma (previsione disgiunta e alternativa alla prima), che dispone che se, successivamente alla istituzione del trust, un soggetto residente nel territorio dello Stato trasferisce al trust la proprietà o diritti reali immobiliari su beni immobili, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi, scatta la residenza del trust, istituito anch'esso in un Paese non cooperativo, in Italia. A titolo di mero esempio anche la costituzione o il trasferimento di usufrutto su beni

Nota:

(Continua nota 19)

Danimarca
Ecuador
Egitto

Emirati Arabi Uniti Inerito con Decreto Ministeriale del 25 marzo 1998, pubblicato in G. U. del 16 aprile 1998 n. 88

Estonia Inerito con Decreto Ministeriale del 5 ottobre 2000, pubblicato in G. U. del 24 ottobre 2000 n. 249

Federazione Russa

Filippine

Finlandia

Francia

Georgia

Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19

Germania

Giappone

Grecia

India

Indonesia

Irlanda

Israele

Inerito con Decreto Ministeriale del 16 dicembre 1998, pubblicato in G. U. del 1° febbraio 1999 n. 25

Yugoslavia

Kazakistan

Kirghistan

Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19

Kuwait

Lituania

Inerito con Decreto Ministeriale del 20 dicembre 1999, pubblicato in G. U. del 16 febbraio 2000 n. 38

Lussemburgo

Macedonia

Malta

Marocco

Mauritius

Messico

Norvegia

Nuova Zelanda

Paesi Bassi

Pakistan

Polonia

Portogallo

Regno Unito

Repubblica Ceca

Repubblica Slovacca

Romania

Singapore

Slovenia

Spagna

Sri Lanka

Stati Uniti

Sud Africa

Inerito con Decreto Ministeriale del 17 giugno 1999, pubblicato in G. U. del 27 luglio 1999 n. 174

Svezia

Tadzhikistan

Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19

Tanzania

Thailandia

Trinidad e Tobago

Tunisia

Turchia

Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19

Ucraina

Ungheria

Uzbekistan

Eliminato con Decreto Ministeriale del 14 dicembre 2000, pubblicato in G. U. del 24 gennaio 2001 n. 19

Venezuela

Vietnam

Inerito con Decreto Ministeriale del 17 giugno 1999, pubblicato in G. U. del 27 luglio 1999 n. 174

Zambia

Fonte: Agenzia delle Entrate

immobili renderà applicabile la norma anti-abuso. Sul punto permane il forte dubbio che il legislatore nazionale abbia inteso conferire alla presunzione sottesa a questa seconda situazione la valenza di presunzione assoluta. Se così fosse, e parrebbe difficile desumere una diversa interpretazione dal tenore letterale della norma, si ritiene possano subentrare problemi in ordine alla possibilità di accesso alla sede contenziosa, al fine di dimostrare che la residenza fiscale del trust non sia da considerarsi in Italia, in quanto (ad esempio) il trust ha sì beneficiato del trasferimento dell'immobile ad opera di un soggetto residente (successivamente alla sua istituzione), ma quello stesso immobile rappresenta solo una parte infinitesima del patrimonio trasferito al trust da(gli) (altri) disponenti (e, anche, successivi donanti), aventi residenza fiscale in un Paese diverso dall'Italia ed essendo inoltre gli (altri) immobili localizzati all'estero. Sono circostanze, queste, tutt'altro che trascurabili, che potrebbero porre il nostro Paese in serie difficoltà nell'argomentare la bontà della presunzione assoluta di residenza in Italia di un trust siffatto: anche qui occorrerebbe sposare un approccio tarato sul trust specifico, ammettendo la possibilità di fornire la prova contraria. Non può tacersi, inoltre, che la disposizione antielusiva nel suo complesso sembra trarre origine dalla circostanza che la norma introdotta con la manovra Prodi nell'estate del 2006, in materia di esteroinvestizione societaria, di cui all'art. 73, commi V-bis e V-ter, del Tuir, rappresenti un'arma spuntata nelle mani del fisco, laddove le partecipazioni della società estera siano detenute da trust discrezionali ed irrevocabili. Diversamente, occorrerà guardare alla posizione ed alla residenza dei beneficiari del trust, caso per caso, ben potendo la norma sull'esteroinvestizione societaria trovare applicazione come nel caso di trust nudo che abbia quali beneficiari persone fisiche (o giuridiche) italiane, che soddisfano alla detenzione del controllo di una società non residente (cumulandosi, nel solo caso delle persone fisiche, le quote a ciascuno dei beneficiari riferibili qualora si rientri nell'ambito applicativo dell'art. 5, V comma del Tuir, conformemente alle previsioni di cui all'art. 73, commi V-bis e V-ter del Tuir).

§ 3.1. (Segue). Notazioni sulla disciplina antielusiva dei trust.

La formulazione della norma antielusiva sui trust di cui all'art. 73, III comma del Tuir, rivela che i trust non residenti, e più in particolare quelli istituiti in

Paesi diversi da quelli di cui alla cosiddetta *white list*, ai fini dello scambio di informazioni di natura fiscale con il nostro Paese rappresentano una sorta di "spina nel fianco" del legislatore. È evidente che alla base della formulazione della norma anti-abuso ricorra la funzione repressiva di (potenziali) fenomeni elusivi e/o evasivi perpetrati ai danni dell'erario italiano. Nella condivisione del fine perseguito per il tramite della disposizione antielusiva, non si concorda invero sul metodo dal legislatore nazionale individuato ai fini del criterio di collegamento, da cui trarrebbe origine la presunzione di residenza fiscale del trust in Italia. Criterio di collegamento che assume tra le direttrici il luogo di istituzione del trust. Non è del tutto chiaro come il luogo di istituzione del trust possa assurgere al rango di linea spartiacque tra ciò che al ricorrere di altri requisiti faccia scattare la presunzione rispetto a quanto, al contrario, discende dal non aver istituito il trust in un Paese diverso da quelli inclusi nella *white list*. Non può tacersi, infatti, che il luogo istitutivo del trust in Paese non cooperativo è a ben vedere facilmente aggirabile: si pensi a un trust istituito in un Paese dell'Unione europea che però non versi alcuna imposta sui redditi prodotti dal trust, essendo quest'ultimo localizzato, a titolo di esempio, all'isola di Vanuatu. Avrebbe avuto forse più senso, ad avviso di chi scrive, insistere sull'abuso del diritto ravvisabile nella localizzazione⁽²⁰⁾, e non più semplicemente nell'istituzione di trust in Paesi che non acconsentono allo scambio di informazioni, con la finalità di sfuggire all'imposizione in Italia.

Nondimeno, la norma antielusiva ben avrebbe potuto prevedere che oltre alla residenza fiscale di almeno un disponente, ricorresse la residenza fiscale in Italia di almeno uno dei beneficiari, ma in maniera nella sostanza diversa da quanto disposto: infatti, se ha senso fare riferimento alla residenza nel nostro Paese di almeno un beneficiario sotto l'aspetto formale, allora questa doveva rilevare anche sotto l'aspetto sostanziale a rafforzare il criterio di collegamento con l'Italia, corroborando così il diritto all'esercizio della potestà impositiva. Si pensi alla seguente situazione quasi paradossale, in base alla quale ci si trovi al cospetto di un atto di trust con un beneficiario residente fiscale dell'Italia, cui competa so-

Nota:

(20) Sul profilo, vedi M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 2], a p. 257 e a p. 9.

S a g g i

lo l'un per cento del reddito del trust, essendo il restante novantanove per cento ad appannaggio di soggetti non residenti fiscali del nostro Paese. Non sarebbe stato destituito di fondamento inserire pertanto una soglia minima (*threshold*) di quota di reddito riferibile al beneficiario residente, che avrebbe fatto scattare, quale criterio di collegamento con il territorio dello Stato, la presunzione della residenza in Italia del trust estero così strutturato. Quota soglia minima che ben avrebbe potuto soddisfarsi con riferimento anche a più di un beneficiario residente fiscale dell'Italia, cumulandosi a tal fine le quote di beneficio a ciascuno di questi riferibile rispetto al reddito dal trust prodotto. Verrebbe così introdotto in Italia un test di collegamento, sulla falsa riga di quanto avviene negli Stati Uniti, sebbene con le debite differenze, ai fini del criterio del *nexus*(21), tornato di attualità negli anni 2000 con il diffondersi del commercio elettronico, soddisfatto il quale scatta il diritto dello Stato federato ad assoggettare a imposizione un ente non residente per quanto prodotto nel proprio territorio. In Italia il test di collegamento potrebbe poggiare sia su requisiti di tipo soggettivo (residenza fiscale del disponente e del beneficiario) che di tipo oggettivo (quota della soglia minima di partecipazione del beneficiario residente al reddito del trust), soddisfatti i quali opererebbe l'attrazione del trust, quale soggetto fiscale residente, nella sfera impositiva italiana, restando comunque salva la possibilità di fornire la prova contraria. Ai fini della dimostrazione della prova contraria richiamata dalla norma antielusiva potrebbe soccorrere la sede di direzione effettiva del trust estero, da accogliersi come soddisfatta con ragionevole certezza nel caso in cui questa risulti essere ravvisabile in un Paese diverso da quelli non inclusi nella *white list*: ciò in quanto, come anticipato, si andrebbe a contrastare l'abuso del diritto rilevabile nell'aver localizzato il trust in un Paese non collaborativo che non assoggetta a imposizione i redditi dal trust prodotti. Redditi che, o perché riferibili al trust direttamente o comunque al beneficiario, assumono rilevanza in Italia ai fini dell'esercizio della connaturata potestà impositiva. Vale appena il caso di ricordare che le persone fisiche residenti fiscali in Italia sono imponibili sui redditi prodotti su base mondiale (art. 3, I comma del Tuir). Nondimeno, sarebbe irragionevole confinare la prova contraria al solo criterio della sede di direzione effettiva, ben potendo essere assunti come rilevanti altri parametri (sulla falsa riga della quota - soglia minima).

Con riferimento invece alla norma antielusiva nella parte concernente i beni immobili, pare ragionevole ritenere che la stessa potrebbe trovare giustificata applicazione solo con riferimento a beni immobili localizzati all'interno del territorio dello Stato, perché, come è noto, i redditi riferibili agli immobili sono ordinariamente imponibili laddove gli stessi sono localizzati, venendo così a crearsi quel necessario criterio di collegamento con lo Stato italiano. Sul punto si osserva che sarebbe forse stato il caso di includere anche le quote di società immobiliari (anche non residenti), con attivi rappresentati prevalentemente da immobili localizzati in Italia. L'esperienza derivante dalla pratica quotidiana insegna che un immobile venga piuttosto dapprima conferito in una società comunitaria(22) e che poi le quote di quest'ultima vengano trasferite al trustee quale proprietà del trust.

Note:

(21) Ci sono alcuni requisiti di "presenza fisica" da soddisfare ai fini del *nexus*, determinati da ciascuno Stato federale sebbene con alcuni limiti dettati sia dalla Costituzione americana che dalla legge federale. I limiti costituzionali consistono nelle cosiddette:

- Due Process Clause
- Commerce Clause.

La Due Process Clause richiede: "some definite link, some *minimum connection*, between a state and the person, property or transaction it seeks to tax" (*Miller Bros v Maryland*, 347 US 340, 1954).

La Commerce Clause invece richiede: "substantial nexus, fair apportionment, non-discrimination towards interstate commerce, fair relation to state services" (*Complete Auto Transit, Inc. v Brady*, 430 US 274, 1977).

Nello Stato del Nevada, ad esempio, si considera che un ente non residente soddisfa al criterio del *nexus* qualora sussistano:

- la presenza di un ufficio
- la disponibilità di una utenza telefonica adibita ad uso ufficio
- la presenza di proprietà materiale
- l'attribuzione di una licenza commerciale
- la presenza di impiegati
- *independent contractors*
- beni immateriali.

(22) Così M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 2], a p. 257 e a p. 9.

I riflessi fiscali dell'intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie nella prassi dell'Agenzia delle Entrate

di Federico Rasi

L'intestazione fiduciaria realizza un fenomeno di dissociazione tra proprietà formale e sostanziale da cui consegue che il fiduciante, pur non risultando titolare del bene, ne subisce le conseguenze patrimoniali e fiscali. Ciò comporta che l'intestazione fiduciaria di beni non preclude l'applicazione di regimi opzionali di tassazione alternativi a quello ordinario. Tale principio deve, tuttavia, essere temperato con l'interesse erariale al corretto adempimento dell'obbligazione tributaria. Verso tale direzione si muove la recente prassi applicativa dell'Amministrazione Finanziaria.

§ 1. La risoluzione n. 136/E del 2006.

L'Agenzia delle Entrate, con la recente risoluzione 7 dicembre 2006, n. 136/E(1), è intervenuta sulla questione delle conseguenze fiscali dell'intestazione fiduciaria di quote di società di persone e, in particolare, di quote di soci accomandanti di società in accomandita semplice.

Prima di analizzare questi aspetti, l'Agenzia delle Entrate, nell'interpello in esame, valuta la legittimità dell'intestazione fiduciaria di quote di società di persone, distinguendo tra:

- 1) soci che intervengono nella gestione della società e conseguentemente tollerano una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali, e
- 2) soci meramente di capitale che non si ingeriscono nella gestione della società e quindi sono limitatamente responsabili.

Tale suddivisione consente all'Amministrazione Finanziaria di riconoscere la legittimità per una società fiduciaria di rendersi intestataria di quote di società di persone solo nell'ipotesi di quote di soci accomandanti di società in accomandita semplice. L'analisi del problema dal punto di vista civilistico(2), in estrema sintesi, riposa sulla considerazione che, mentre nell'ipotesi *sub* 1), oggetto dell'intestazione fiduciaria sarebbe una "attività", nell'ipotesi *sub* 2),

invece, oggetto dell'intestazione fiduciaria è un "bene". Alla luce dei limiti posti dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 disciplinante l'attività fiduciaria, è possibile procedere all'intestazione fiduciaria solo nella seconda ipotesi.

Premessa la distinzione tra "partecipazione personalistica" e "partecipazione capitalistica", l'Amministrazione Finanziaria passa ad analizzare le conseguenze fiscali dell'intestazione fiduciaria di beni confermando la validità, almeno ai fini delle imposte dirette, del principio di trasparenza fiduciaria. Risulta così ormai pressoché pacifico che l'istituto dell'intestazione fiduciaria non modifica il soggetto passivo di imposta identificabile sempre e comunque nel fiduciante, sicché ne consegue l'immediata riferibilità dei redditi prodotti dai beni fiduciarmente intestati in capo ai fiducianti stessi.

§ 2. La natura dell'attività fiduciaria ed i riflessi ai fini dell'imposizione diretta.

Tale conclusione risulta naturale alla luce dell'analisi della struttura del negozio fiduciario. La "trasparenza fiduciaria" trova il proprio fondamento nella legge 23 novembre 1939, n. 1966, che riserva alle società fiduciarie la possibilità di intestarsi fiduciarmente i beni dei propri clienti per amministrarli nel loro esclusivo interesse e per garantire loro un'assoluta riservatezza nei rapporti con i terzi(3).

Lo strumento negoziale tramite cui viene ottenuto

Note:

Federico Rasi svolge attività di ricerca presso l'Università Luiss G. Carli di Roma.

(1) In questa Rivista, 2007, 324.

(2) Per la quale si rinvia al commento di F. Marchetti, L'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone - profili civilistici, in questa Rivista, *infra*, 391.

(3) Alle attività di amministrazione di beni di terzi e di rappresentanza di azionisti ed obbligazionisti, si affianca, normalmente, un'attività di consulenza. *Amplius*, v. M. Nuzzo, voce "Società fiduciaria", Enc. dir., vol. XLII, Milano, 1990, 1094.

S a g g i

tale risultato è il negozio fiduciario. Esso è un negozio giuridico non previsto dalla legge nel quale una parte (fiduciante) trasferisce un bene che gli appartiene ad un altro soggetto (fiduciario), il quale, pur divenuto formalmente proprietario dello stesso, in realtà si è obbligato con il fiduciante ad utilizzare il bene secondo gli accordi presi e a restituirglielo ad una precisa scadenza. Si tratta, quindi, di una fattispecie complessa in cui due negozi sono collegati tra loro: l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno, pure effettivamente voluto, di tipo obbligatorio diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o a un terzo(4). Per effetto del primo negozio, il fiduciario consegue l'esercizio di tutti i diritti connessi alla formale qualifica di proprietario(5), tali facoltà possono essere però esercitate nei limiti del c. d. "rapporto fiduciario" o "mandato per amministrazione fiduciaria". Si tratta del secondo negozio che stabilisce a carico della società fiduciaria l'obbligo di esercitare tali diritti in nome proprio, ma nell'interesse del fiduciante(6), l'obbligo di mantenere segreto il nome del vero proprietario(7) e, a favore del fiduciante - proprietario sostanziale dei beni, il diritto alla loro restituzione in qualsiasi momento(8).

L'intestazione fiduciaria di titoli azionari (o di quote di partecipazione societaria o di beni) integra così gli estremi dell'interposizione reale di persona ove l'interposto acquista (a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata) la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno con l'interponente di natura obbligatoria, tenuto ad osservare un certo comportamento convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno della "causa fiduciae"(9).

Realizzando l'attività professionale prestata dalle società fiduciarie un fenomeno di dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, il fiduciante resta il reale possessore dei beni(10). Tali conclusioni trovano conforto nel dato legislativo dell'art. 1, ultimo comma, Regio decreto legge 29 marzo 1942, n. 239 ove è stabilito che "le società fiduciarie che abbiano intestato al proprio nome titoli azionari appartenenti a terzi sono tenute a dichiarare le generalità degli effettivi proprietari dei titoli stessi". Sulla base di tale disposizione, può escludersi che, nel caso di intestazione fiduciaria di titoli azionari, la società

fiduciaria possa essere considerata proprietaria dei titoli stessi.

§ 2.1. La prassi dell'Agenzia delle Entrate in materia di redditi finanziari.

Deriva, così, dalla particolare struttura del rapporto che i risultati dell'attività svolta dalla società fiduciaria si producano direttamente nel patrimonio del fiduciante(11). Pertanto, anche dal punto di vista tributario si deve ritenere che sia il contribuente - fiduciante a manifestare capacità contributiva realizzando il presupposto di imposta così da essere tenuto ad assolvere all'obbligazione tributaria.

Tali conclusioni sono confermate dall'Amministrazione Finanziaria fin dalla sua più risalente prassi. Così nella circolare 10 maggio 1985, n. 16/9/674, la Direzione generale delle Imposte dirette, Div. IX, ha avuto occasione di precisare che se azioni o quote appartenenti a persone fisiche sono fiduciarmente intestate ad una società fiduciaria, che provvede alla regolare tenuta delle scritture contabili, con l'osservanza delle relative formalità (vidimazione, ecc.) e comunicazioni imposte dalla legge, i trasferimenti a terzi di tali azioni o quote costituiscono cessioni o con-

Note:

(4) Cass., 1° aprile 2003, n. 4886, Corriere giur., 2003, 1041.

(5) In particolare quelli di partecipare alle assemblee, riscuotere utili, sottoscrivere aumenti di capitale: Cass., 23 giugno 1998, n. 6246, Giust. civ., 1998, I, 2778.

(6) Il contratto precisa che la società fiduciaria ha l'obbligo di astenersi dall'esercitare qualsiasi attività relativa ai beni amministrati se non dietro istruzioni specifiche e dettagliate del fiduciante onde, fra l'altro, evitare un eventuale conflitto di interessi tra fiduciaria e fiduciante.

(7) F. Gallo, Gli enti di gestione fiduciaria: problemi di tutela del risparmio e connessi profili fiscali, Giur. comm., 1981, I, 736.

(8) Si precisa, inoltre che, dal momento che i beni non diventano di proprietà della società fiduciaria, gli eventuali creditori della società fiduciaria stessa non hanno diritto di rivalersi su tali titoli. Inoltre, i proprietari sostanziali possono in qualsiasi momento rivendicare i loro titoli contro i terzi aventi causa dalla società.

(9) Cass., 14 ottobre 1997, n. 10031, Foro it., 1998, I, 851; Cass., 27 novembre 1999, n. 13261, Giur. it., 2000, 1430; Cass., 16 novembre 2001, n. 14375, Giur. it., 2002, 780.

(10) Ulteriore conferma di tale assunto viene trovata nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., 21 maggio 1999, n. 4943, Giust. civ., 1999, I, 2635) secondo la quale i fiduciari, dotati di una tutela di carattere reale azionabile in via diretta ed immediata nei confronti di ogni consociato, vanno identificati come gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alla società ed a questa strumentalmente intestati.

(11) Cass., 23 settembre 1997, n. 9355, Foro it., 1999, I, 1323.

ferimenti operate direttamente dal fiduciante stesso, effettivo proprietario dei beni. L'Amministrazione Finanziaria, muovendo dal riconoscimento della dissociazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, giungeva a tali conclusioni argomentando proprio a partire dall'art. 1, R. D. L. 29 marzo 1942, n. 239. Le società fiduciarie sono, secondo tale ricostruzione, da considerarsi soggetti trasparenti, sicché il fiduciante, effettivo proprietario dei beni, non è esonerato dall'applicazione del regime fiscale ordinariamente applicabile alle operazioni effettuate su tali beni, in ossequio alla natura di un sistema tributario ispirato al principio della personalità dell'imposizione.

Si esprime chiaramente in questo senso anche la successiva risoluzione 8 ottobre 1999, n. 153, ove l'Amministrazione è chiamata a fornire chiarimenti in ordine al soggetto tenuto alla applicazione della ritenuta di cui all'art. 27, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, sui dividendi di fonte italiana erogati per il tramite di società fiduciarie.

L'art. 27, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, come sostituito dall'articolo 12, IV comma, D. Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, modificava la disciplina relativa alla tassazione dei dividendi, sopprimendo la ritenuta a titolo d'acconto ed introducendo il regime (ancora attualmente vigente) di ritenuta a titolo d'imposta per gli utili attribuiti alle persone fisiche residenti. In particolare, con riferimento ai dividendi relativi ad azioni o quote di società ed enti commerciali residenti, ossia ai dividendi di fonte italiana, la richiamata norma disponeva (e dispone tuttora) l'applicazione da parte dei soggetti eroganti di una ritenuta, nella misura del 12,50%, al momento della effettiva corresponsione degli utili in caso di erogazione di tali utili a persone fisiche in relazione a partecipazioni c. d. non qualificate ai sensi dell'articolo 67, I comma, lett. c-bis), D. P. R. 22 dicembre 1986, n. 917, Testo Unico delle Imposte sui Redditi (di seguito, "t.u.i.r."), che non siano relative ad imprese commerciali.

Nella risoluzione n. 153 del 1999, l'Amministrazione Finanziaria conferma l'irrilevanza della presenza di una società fiduciaria per porre a carico della società o ente emittente l'obbligo di acquisire, prima di applicare la ritenuta a titolo d'imposta, le attestazioni dalle quali risultino le condizioni fissate (e cioè che la partecipazione non è qualificata e che non è relativa ad una impresa commerciale individuale). La società fiduciaria viene espressamente esclusa quale soggetto obbligato a procedere all'applicazione del regime sostitutivo, bensì le viene addossato l'onere di comuni-

care, dietro richiesta del fiduciante, i dati necessari per l'applicazione del suddetto regime sostitutivo.

Da ultimo l'Agenzia, nella risoluzione 13 marzo 2006, n. 37/E, ha confermato l'applicabilità del regime c. d. Madre - Figlia⁽¹²⁾ in presenza di partecipazioni fiduciarmente intestate dal momento che "la presenza di una società fiduciaria non può precludere l'applicazione di un regime di esenzione, quello previsto dall'articolo 27-bis del D.P.R. n. 600 del 1973, applicabile anche nel caso di partecipazioni intestate a società fiduciarie, purché, ovviamente, ricorrano le condizioni ivi previste".

Oltre a ribadire, richiamando la risoluzione n. 153/E del 1999, che il prelievo sugli utili da partecipazione deve essere effettuato dal soggetto emittente i dividendi, l'Agenzia precisa che la società fiduciaria deve acquisire dall'azionista - fiduciante non residente la richiesta di disapplicazione della ritenuta alla fonte o dell'imposta sostitutiva, unitamente alla documentazione prevista dall'articolo 27-bis, Il comma, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600.

Viene così ulteriormente chiarito che per individuare i meccanismi di tassazione di volta in volta applicabili, occorre avere riguardo alle condizioni del fiduciante che risulta l'effettivo proprietario dei beni.

§ 2.2. (Segue). In caso di imputazione per trasparenza di redditi prodotti da società di capitali e da società di persone.

L'Agenzia delle Entrate, nella circolare 22 novembre 2004, n. 49, e nella recente risoluzione, qui in esame, n. 136/E del 2006, ha ulteriormente precisato la portata del regime di "trasparenza fiduciaria"

Nota:

(12) Si tratta del regime di esenzione di cui all'art. 27-bis D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 applicabile a dividendi distribuiti a soggetti non residenti, che si realizza:

- in via successiva, tramite il rimborso dell'imposta applicata alla fonte;
 - in via preventiva, tramite richiesta ai soggetti di cui all'art. 23, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600, della disapplicazione della ritenuta.

Beneficiano di tale regime le società non residenti ove ricorrano le seguenti condizioni:

- 1) detengano una partecipazione diretta non inferiore al 25 per cento del capitale della società italiana che distribuisce gli utili;
- 2) siano costituite in una delle forme societarie previste nell'allegato alla Direttiva n. 90/435/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990;
- 3) siano residenti, ai fini fiscali, in uno Stato membro dell'Unione Europea;
- 4) siano soggette nello Stato di residenza, senza possibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nell'allegato della predetta direttiva;
- 5) la partecipazione sia detenuta ininterrottamente per almeno un anno.

Saggi

nei casi di “imputazione per trasparenza di redditi societari”. Si tratta dei casi di intestazione fiduciaria di azioni o quote di società di capitali che, ai sensi degli artt. 115 o 116 t.u.i.r., hanno optato per la tassazione per trasparenza, o dei casi di intestazione fiduciaria di quote di società di persone.

Vengono così valutate le interrelazioni tra l'istituto, di natura strettamente tributaria, della “trasparenza nell'imputazione del reddito delle società” ed i riflessi fiscali dell'istituto, di natura strettamente civilistica, della “trasparenza fiduciaria”. Anche in tali ipotesi, è stato chiarito che la trasparenza fiduciaria non osta all'applicazione dei regimi “speciali” di trasparenza di cui agli artt. 115 o 116 t.u.i.r.(13) o al regime ordinario di cui all'art. 5 t.u.i.r.

La trasparenza nell'imputazione del reddito costituisce un particolare metodo di imposizione dei soggetti collettivi, mediante il quale il presupposto di imposta ed il relativo reddito vengono riferiti direttamente in capo agli individui che compongono l'ente. La qualifica di ente trasparente viene così attribuita ad un soggetto collettivo per indicare che le fattispecie giuridiche nelle quali è identificabile il presupposto di imposta sono riferite direttamente agli individui e non all'organizzazione stessa(14). La soggettività di tali enti viene così limitata, almeno ai fini delle imposte dirette, ai soli obblighi formali e all'accertamento (c. d. soggettività in senso formale), mentre coloro che effettivamente sostengono l'onere dell'obbligazione tributaria sono i soci delle società (c. d. soggettività in senso sostanziale)(15).

Per effetto della recente riforma IRES, il meccanismo della trasparenza, prima applicato solo nei confronti delle società di persone, è stato esteso alle società di capitali. Con riferimento a questa fattispecie, la circolare 22 novembre 2004, n. 49, precisa che l'interposizione di una società fiduciaria, tra la partecipata ed i soci, di per sé non rappresenta causa ostativa (né di decadenza) per l'applicazione del regime di trasparenza di cui agli artt. 115 e 116 t.u.i.r., a condizione che i partecipanti possiedano tutti i requisiti di ammissione al regime di trasparenza applicabile(16). Viene così confermata l'immediata riferibilità dei diritti derivanti dalla partecipazione alla sfera giuridica dei soci e non della fiduciaria. Pertanto i redditi della partecipata, comunicati alla fiduciaria, dovranno poi essere imputati ai fiducianti. Ai fini dell'esercizio dell'opzione tutti i fiducianti dovranno manifestare alla società fiduciaria, cui fa capo il legame giuridico con la partecipata, la volontà di avva-

lersi del regime di trasparenza; la comunicazione della volontà di optare per la trasparenza verrà invece effettuata alla partecipata dalla sola società fiduciaria, che garantirà che i fiducianti abbiano tutti i requisiti richiesti dalle norme per l'accesso al regime. Attraverso tali comunicazioni viene garantita la riservatezza sull'identità dei fiducianti, nonché la possibilità per la società partecipata di valutare l'esistenza dei presupposti previsti dall'art. 115 t.u.i.r., ovvero dall'art. 116 t.u.i.r., per accedere al relativo regime di trasparenza. Spetterà poi alla società fiduciaria dichiarare alla partecipata nell'ambito della trasparenza *ex art. 115 t.u.i.r.*, che le società rappresentate hanno le percentuali di voto ed utili previste da tale norma e che, nel caso di società estere, non vi è obbligo di ritenuta sui dividendi; nell'ambito della trasparenza *ex art. 116 t.u.i.r.*, il numero dei soci persone fisiche che la fiduciaria rappresenta e, nel caso di soci non residenti, che non vi è obbligo di ritenuta sui dividendi. La partecipata, invece, dovrà verificare se il numero dei soci persone fisiche non è superiore a quello consentito dalla norma.

Ai sensi, invece, dell'art. 5 t.u.i.r., le società di persone residenti sono, per legge, enti trasparenti, sicché il reddito prodotto dalle stesse, pur essendo unitariamente determinato in capo alla società, è tassato direttamente nei confronti di ciascun socio. La giustificazione, anche costituzionale, del ricorso a tale meccanismo impositivo, viene rinvenuta, tradizio-

Note:

(13) Per la collocazione dell'istituto della trasparenza delle società di capitali nel sistema del Testo unico, cfr. L. Salvini, La tassazione per trasparenza, *Rass. trib.*, 2003, 1504; A. Fantozzi – A. Spoto, Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali, *Riv. dir. trib.*, 2003, 685; V. Ficari, Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione “per trasparenza” delle società di capitali, *Rass. trib.*, 2005, 38.

(14) P. Boria, Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone, Milano, 1996, p. 15.

(15) R. Schiavolin, I soggetti passivi – sezione terza. Redditi prodotti in forma associata, in F. Teasuro (cur.), *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Torino, 1994, 124.

(16) L'art. 115 t.u.i.r. prevede che una società di capitali residente (o una società cooperativa o di mutua assicurazione), qualora i suoi soci siano esclusivamente altre società di capitali (o società cooperative o di mutua assicurazione), ciascuna con una percentuale di diritti di voto e di partecipazione agli utili non inferiore al 10% e non superiore al 50%, possa optare per l'applicazione del regime di trasparenza fiscale.

L'art. 116 estende il campo di applicazione della trasparenza alle società a responsabilità limitata, disciplinate dagli artt. 2462 e s. cod. civ. ed alle società cooperative, di cui agli artt. 2511 e s. cod. civ. a condizione che i soci siano persone fisiche e che il loro numero, durante tutto il periodo d'imposta trasparente, non ecceda il numero di dieci (venti per i soci delle cooperative).

nalmente, nel particolare meccanismo, previsto dall'art. 2262 cod. civ., attraverso il quale gli utili prodotti dalle società di persone sono ripartiti tra i soci. L'articolo da ultimo citato prevede, infatti, l'automatica insorgenza in capo a questi ultimi di un diritto alla percezione della rispettiva quota di utili a seguito della approvazione del rendiconto(17).

Nella recente risoluzione n. 136/E del 2006, l'Agenzia afferma che, mentre l'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone di carattere "capitalistico" (*i.e.* partecipazioni di soci meramente di capitale che non si ingeriscono nella gestione della società e quindi sono limitatamente responsabili) produce gli effetti civilistici e fiscali propri della "trasparenza fiduciaria", non altrettanto sembra potersi affermare nel caso di intestazione di partecipazioni in società di persone di carattere non "capitalistico" (*i.e.* partecipazioni di soci che intervengono nella gestione della società e conseguentemente tollerano una responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali). Mentre nel primo caso, infatti, può affermarsi che l'intestazione fiduciaria riguardi pur sempre un "bene", nel secondo caso (concernente tipicamente le partecipazioni in società in nome collettivo) si tratterebbe di intestazione di un'"attività", la quale non sembra poter operare quella particolare forma di dissociazione fra titolarità e proprietà che caratterizza l'intestazione fiduciaria. In questo senso, va letta l'affermazione dell'Agenzia che "il rapporto fiduciario è generalmente considerato sussistente nei casi in cui la partecipazione si sostanzia in una mera partecipazione al "capitale" delle società di persone ovvero in forme che non comportino una responsabilità illimitata del socio stesso e una ingerenza nell'amministrazione della società".

In questi termini, per stare al piano fiscale, l'intestazione ad una società fiduciaria di una partecipazione in una società in nome collettivo (o, in generale, di una partecipazione in una società di persone di un socio illimitatamente responsabile) non potrebbe produrre l'effetto della "trasparenza fiduciaria"; i redditi prodotti dalla società di persone non potranno considerarsi direttamente imputabili ai fiducianti; tali redditi dovranno considerarsi imputati alla società fiduciaria (socio della società di persone) e da questa, poi, trasferiti al cliente come risultato dell'attività svolta dalla fiduciaria stessa e tassati in capo a quest'ultimo quali redditi diversi (*ex art.* 67, lett. l), t.u.i.r.).

La risoluzione da ultimo menzionata ha così il pregio di fare chiarezza non solo sugli aspetti fiscali

dell'intestazione fiduciaria, ma anche su quelli civili. Con riferimento ai primi, dimostra la definitiva presa d'atto dell'Amministrazione Finanziaria della circostanza che una società fiduciarmente intestataria di beni è da considerarsi un soggetto trasparente sicché, essendo il fiduciante l'effettivo proprietario dei beni, non può essere esonerato dell'applicazione del regime fiscale ordinariamente applicabile alle operazioni effettuate su tali beni.

§ 3. Il superamento dell'intestazione fiduciaria da parte dell'Amministrazione Finanziaria.

§ 3.1. ... nella fase della dichiarazione.

Se più volte l'Amministrazione ha ribadito che dalla prevalenza della titolarità effettiva nei confronti di quella apparente consegue la trasparenza della società fiduciaria tra il socio fiduciante e l'Amministrazione Finanziaria, tuttavia ha parimenti ribadito che in sede di accertamento "ha comunque facoltà di richiedere alla società fiduciaria i dati identificativi dei soci effettivi nei termini previsti dall'art. 32, primo comma, n. 7, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600" (così la risoluzione n. 136/E del 2006). L'Amministrazione Finanziaria fa così salvi i propri poteri nella fase patologica del rapporto tributario, l'accertamento, ma, proprio per prevenire tale fase, ha previsto una serie di cautele attraverso le quali intervenire nella fase fisiologica del rapporto tributario: la dichiarazione.

Il riconoscimento dell'efficacia fiscale della trasparenza fiduciaria, pone, infatti, il problema di predisporre dei meccanismi attraverso i quali consentire di palesare nei confronti del Fisco la reale situazione sì da permettere ai contribuenti - fiducianti il corretto adempimento dell'obbligazione tributaria. È noto, infatti, che se da un lato, l'ordinamento riconosce e tutela il segreto fiduciario, dall'altro ne consente il superamento per il perseguimento di esigenze di interesse pubblico(18). Pur tuttavia, anche nelle ipotesi

Note:

(17) P. Laroma Jezi, Brevi note in tema di trasparenza fiscale e capacità contributiva, Riv. dir. trib., 2006, 924, il quale analizza i profili di criticità della tassazione per trasparenza *ex art.* 5 muovendo dalla distinzione tra "partecipazione personalistica" e "partecipazione capitalistica".

(18) Correttamente, pertanto, le principali leggi che prevedono obblighi di comunicazioni a carico delle società fiduciarie riguardano sostanzialmente sempre soggetti pubblici che agiscono per interesse pubblico (il Fisco, l'ISVAP, la Banca d'Italia, il Garante per l'editoria).

Saggi

in cui il legislatore impone di effettuare comunicazioni a determinate autorità pubbliche, stabilisce precisi limiti entro i quali possono essere effettuate le richieste alle fiduciarie onde sacrificare le posizioni dei privati solo nei limiti del necessario, e con le dovute garanzie.

Le indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate rappresentano esplicitazione di tali principi. Peraltro si pongono in linea di continuità con quanto chiarito dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 18 febbraio 1992, n. 51, secondo cui devono temperarsi i principi che regolano la disciplina delle attività economiche e quelli che regolano la proprietà (artt. 41, II comma, e 42, II comma, Cost.) che giustificano l'esistenza di una legislazione, quale quella in materia di società fiduciarie, che attribuisce rilevanza alla riservatezza, con l'obbligo di concorrere alle spese pubbliche in ragione del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) il quale, invece, consente di superare, a determinate condizioni, eventuali aree di segreto. Ha chiarito, così, la Corte Costituzionale che al diritto alla riservatezza che connota l'attività fiduciaria e più in generale l'attività bancaria, non corrisponde in capo ai singoli clienti una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente protetta, né un diritto della personalità, poiché la sfera di riservatezza che circonda i conti e le operazioni degli utenti dei servizi finanziari è direttamente strumentale all'obiettivo della sicurezza e del buon andamento dei traffici commerciali⁽¹⁹⁾ e può recedere di fronte alle esigenze di natura pubblicistica quali quelle dell'accertamento tributario⁽²⁰⁾.

L'Agenzia delle Entrate, analizzando gli adempimenti che i soggetti di volta in volta coinvolti devono effettuare, ha cercato di tutelare da un lato il diritto di riservatezza dei contribuenti - investitori che hanno scelto di intestare le azioni fiduciarmente e dall'altro il proprio diritto di procedere agli opportuni controlli. La riservatezza dell'identità dei fiducianti e la possibilità di accertamento da parte dell'Amministrazione Finanziaria sono così garantite dalla dichiarazione, da parte della società fiduciaria coinvolta, al soggetto che eroga il reddito (le società che corrispondono i dividendi, le società che provvedono alle comunicazioni necessarie all'imputazione per trasparenza del reddito) esclusivamente dello *status* fiscale del soggetto intestatario delle azioni, non già anche dall'indicazione del relativo nominativo, che dovrà, invece, essere comunicato all'Amministrazio-

ne Finanziaria solo dalla società fiduciaria attraverso i modelli appositi⁽²¹⁾.

I suggerimenti operativi forniti nei menzionati atti dell'Agenzia consentono, quindi, di salvaguardare le peculiarità dell'intestazione fiduciaria in quanto consentono di conservare la riservatezza (l'anonimato) del fiduciante nei confronti di terzi non qualificati, ovvero nei confronti di terzi non portatori di interessi pubblici, bensì privati. Contemporaneamente garantiscono l'effettività dell'accertamento ed impediscono che la riservatezza fiduciaria, come altre forme di segreto, possa spingersi fino al punto di rendere il segreto degli operatori finanziari un mezzo attraverso cui sottrarsi al pagamento delle imposte oppure attraverso cui intralciare l'amministrazione della giustizia e la persecuzione dei reati⁽²²⁾.

“Le descritte modalità, pur consentendo l'applicazione del regime di esenzione, ove spettante, tutelano il diritto di riservatezza degli investitori che hanno scelto di intestare le azioni fiduciarmente e consentono all'Amministrazione Finanziaria di poter effettuare gli opportuni controlli” (così testualmente la stessa Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 37/E del 2006).

§ 3.2. (Segue). Nella fase dell'accertamento.

Quanto alla fase patologica, l'Agenzia, come anticipato, richiama l'applicazione dei penetranti poteri previsti dall'art. 32, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600⁽²³⁾. Brevemente si ricorda che l'attuale formulazione risulta dalle modifiche apportate a tale norma dall'art. 1, comma 402, legge 30 dicembre 2004, n. 311. Come ben noto, il legislatore ha precisato i poteri di cui l'Amministrazione Finanziaria può avvalersi per reperire informazioni presso gli intermediari

Note:

(19) A. Pace, Segreto bancario e asserita maggior tutela dei valori personalistici. Osservazione a C. Cost. 18 febbraio 1992, n. 51, Giur. cost., 1992, 1, 297.

(20) S. La Rosa, L'amministrazione finanziaria, Torino, 1995, p. 96.

(21) Si tratta di norma del modello 770 (quadro SK).

(22) A. Viotto, I poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nel quadro dei diritti inviolabili di libertà sanciti dalla Costituzione, Milano, 2002, p. 37; L. Salvini, La partecipazione del privato nell'accertamento (nelle imposte sui redditi e nell'Iva), Padova, 1990, p. 274.

(23) G. Corasaniti, I poteri istruttori dell'Amministrazione finanziaria nei confronti delle società fiduciarie, Dir. e pratica trib., 2004, 313.

finanziari circa le operazioni poste in essere per conto dei loro clienti, prevedendo che gli Uffici:

a) non possono richiedere alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., per le attività finanziarie e creditizie, agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie la comunicazione, anche in deroga a contrarie disposizioni legislative, statutarie o regolamentari, di dati e notizie relativi a soggetti indicati singolarmente o per categorie (art. 32, I comma, n. 5, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600), mentre

b) possono richiedere⁽²⁴⁾ alle banche, alla società Poste italiane S.p.A., agli intermediari finanziari, alle imprese di investimento, agli organismi di investimento collettivo del risparmio, alle società di gestione del risparmio e alle società fiduciarie, dati, notizie e documenti relativi a qualsiasi rapporto intrattenuto od operazione effettuata, ivi compresi i servizi prestati, con i loro clienti, nonché alle garanzie prestate da terzi (art. 32, I comma, n. 7, primo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600) e

c) possono richiedere⁽²⁵⁾ alle società fiduciarie di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1966, e a quelle iscritte nella sezione speciale dell'albo di cui all'articolo 20 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, le generalità dei soggetti per conto dei quali esse hanno detenuto o amministrato o gestito beni, strumenti finanziari e partecipazioni in imprese, inequivocamente individuati (art. 32, I comma, n. 7, secondo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600).

La portata di tali modifiche è stata chiarita nella circolare 19 ottobre 2006, n. 32/E dove è stata dettagliatamente analizzata la disposizione di cui art. 32, I comma, n. 7, secondo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600. Detta disposizione realizza un'inversione dell'ordinario *iter* d'accertamento giustificata dalla necessità di superare la sfera della riservatezza fiduciaria. Tuttavia, anche in tale ipotesi l'attività di accertamento deve considerarsi possibile a condizione che l'Amministrazione Finanziaria dimostri la sussistenza di effettive (non equivoche) esigenze dell'attività accertativa. Ciò permette all'Agenzia di precisare che i poteri di indagine consentiti all'Amministrazione Finanziaria nei confronti dell'intestazione fiduciaria di beni, strumenti finanziari e partecipazioni possono essere esercitati a condizione che:

1) l'oggetto dell'indagine sia precisamente (ine-

quivocabilmente) individuato con specifica indicazione:

a) del bene fiduciarmente intestato;
 b) del periodo temporale di interesse per l'indagine;

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

Si permette così il superamento del segreto fiduciario, ma entro specifici limiti: a questo scopo serve l'inequivoca individuazione del soggetto sottoposto ad accertamento. Tale requisito significa, secondo la circolare da ultimo menzionata, che l'Amministrazione Finanziaria deve individuare o indicare non solo l'oggetto dell'attività di accertamento, ma anche le esigenze che giustificano il ricorso alla disposizione speciale in luogo di quella generale di cui alla prima parte della norma. L'utilizzo dell'avverbio rafforzativo risponde all'esigenza di consolidamento delle motivazioni alla base dell'accertamento speciale consentito dalla seconda parte della norma.

La natura speciale e complementare della disposizione in tema di intestazione fiduciaria rispetto alla prima parte della norma impone tale relazione fra l'oggetto della specifica indagine (il bene fiduciarmente intestato) e l'oggetto dell'attività di accertamento (il soggetto o i soggetti cui essa è rivolta). Come la prima parte della norma consente, muovendo dall'indicazione della persona sottoposta ad accertamento (elemento noto), di risalire alle operazioni, anche fiduciarie, da questo poste in essere (elemento ignoto), così la seconda parte della norma consente, muovendo dall'indicazione specifica dell'oggetto della intestazione fiduciaria (elemento noto), di risalire al soggetto (elemento ignoto) la cui identità è elemento informativo indispensabile al fine dello sviluppo delle attività istruttorie in corso di svolgimento⁽²⁶⁾. L'Agenzia afferma, così, che il complesso di limiti che si sono delineati ha "il precipuo scopo di evitare l'affiorare di prassi collocabili nell'alveo delle

Note:

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

(25) Vedi *supra*, nota 23.

(26) Le osservazioni che precedono sono state più diffusamente sviluppate in F. Rasi, Intestazione fiduciaria e poteri di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria, *Rass. trib.*, 2006, 485, al quale sia consentito rinviare.

S a g g i

c. d. *fishing expeditions* ossia di richieste che non trovano radice in obiettive esigenze istruttorie connesse ad attività di indagine in corso. Tali richieste, in quanto non rispondenti alla *ratio legis* che ha ispirato la novella introdotta dalla legge, devono considerarsi non adeguatamente motivate e, come tali, devono essere respinte dalle autorità competenti al rilascio dell'autorizzazione".

Il complesso delle disposizioni ed interventi ministeriali qui analizzato dimostra il riconoscimento da parte dell'ordinamento del fenomeno dell'intestazione fiduciaria, il superamento del quale deve essere consentito al fine di prevenire effettivi fenomeni di evasione di imposta, salvaguardando comunque la riservatezza dei contribuenti - fiducianti nei confronti di terzi non qualificati.

§ 4. Considerazioni conclusive.

La prassi applicativa dell'Amministrazione Finanziaria risulta, quindi, orientata nel senso di riconoscere, almeno ai fini delle imposte dirette(27), in caso di intestazione fiduciaria di beni, l'immediata riferibilità degli effetti reddituali di eventuali operazioni poste in essere al fiduciante, non già alla società fiduciaria, bensì al fiduciante stesso. Per effetto del fenomeno di dissociazione tra proprietà formale e sostanziale, il fiduciante, pur non risultando titolare del bene, ne subisce comunque le conseguenze patrimoniali e quindi fiscali(28). Il quadro fiscale di riferimento non muta ed al contribuente - fiduciante è comunque riconosciuta l'applicazione delle regole normalmente applicabili. Nel caso in cui il contribuente - fiduciante voglia richiedere l'applicazione di regimi opzionali alternativi a quelli ordinari, dovranno immediatamente essere messi a disposizione dell'Amministrazione Finanziaria, per il tramite della società fiduciaria, i dati necessari al fine di verificare la sussistenza dei diversi requisiti di volta in volta richiesti. Nei confronti dei terzi viene, invece, salvaguardata la riservatezza in quanto tali dati non dovranno essere comunicati loro; verso soggetti diversi dal Fisco, resta la società fiduciaria il proprietario dal punto di vista formale.

Diversamente, in caso di applicazione dei regimi ordinari, né il contribuente - fiduciante né la società fiduciaria devono provvedere ad alcuna comunicazione. In questa ipotesi, l'obbligo di *disclosure* del nome del fiduciante è subordinato all'avvio di un'attività di accertamento ed alla sussistenza di effettive

esigenze. Le indagini bancarie in genere e quelle nei confronti delle società fiduciarie, in particolare, non potranno essere meramente esplorative, ma si potrà procedere soltanto ove l'Amministrazione abbia già iniziato una procedura di accertamento nei confronti di un contribuente individuato e sia divenuto necessario acquisire informazioni in possesso di società fiduciarie. I poteri di cui all'art. 32, n. 7, secondo periodo, D. P. R. 29 settembre 1973, n. 600 non forniscono così all'Amministrazione Finanziaria il punto di partenza della propria attività, bensì sono una fase di un procedimento già avviato.

Il legislatore e la stessa Amministrazione hanno così cercato di raggiungere quel temperamento di interessi a cui rinviava la Corte Costituzionale, cercando di bilanciare l'interesse del contribuente ad avvantaggiarsi dell'intestazione fiduciaria di un bene (senza rinunciare all'applicazione di eventuali regimi fiscali più favorevoli) e l'interesse dell'erario al corretto adempimento dell'obbligazione tributaria.

Note:

(27) Con riferimento al trattamento IVA delle operazioni poste in essere dalle società fiduciarie nell'ambito della attività di amministrazione fiduciaria di beni, si rinvia alla sentenza della Suprema Corte di Cassazione, 27 agosto 2001, n. 11267, Rass. trib., 2001, 1393 (nota P. Laroma Jezi) (la sentenza è analizzata anche da L. Salvini, Per la certezza dei rapporti privilegiati gli aspetti formali, Guida normativa, 172, 2001, 15), nonché alla successiva Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 11 novembre 2002, n. 35. In particolare, la Cassazione ha precisato che "l'applicazione delle norme in tema di IVA è legata a presupposti di carattere formale, che non consentono di distinguere tra le due posizioni appena delineate, come è evidenziato dall'art. 2, secondo comma, n. 3, e dall'art. 13, secondo comma, lett. b), d.p.r. 633/72, che, ricomprendendo tra le operazioni imponibili anche "i passaggi dei beni dal committente al commissionario o dal commissionario al committente", escludono che le vendite e gli acquisti effettuati in esecuzione di contratti di commissione possano essere imputati direttamente al committente. Tale principio non opera solo nei rapporti tra committente e commissionario, ma si estende ad ogni ipotesi in cui il soggetto passivo agisce in nome proprio ma nell'interesse di altro soggetto, come si desume dagli artt. 3, terzo comma, e dall'art. 13, terzo comma, lett. b), dello stesso decreto che, in linea con quanto stabilito dal legislatore comunitario (art. 6, quarto paragrafo, direttiva CEE 77/388 del 17 maggio 1977) considerano il mandatario senza rappresentanza quale "operatore in proprio". Ed è quindi applicabile anche alle operazioni effettuate dal fiduciario nell'interesse del fiduciante, posto che anche tali atti, pur nella loro peculiarità, debbono essere inquadrati nel più ampio schema della interposizione gestoria (Cass. 23 giugno 1998, n. 6246)". In tale occasione è stato così chiarito che, nel caso di amministrazione fiduciaria di beni, la società fiduciaria deve rilevare le operazioni in titoli effettuate per conto dei propri fiducianti, ancorché esenti IVA, agendo nella sostanza come un commissionario alla vendita (o all'acquisto), fermo restando che non è obbligata all'emissione della fattura (se non richiesta dalla controparte) potendo limitarsi ad annotare tali operazioni nel registro dei corrispettivi e che la fiduciaria stessa non dovrà tener conto di tali operazioni ai fini del calcolo del *pro-rata* (risoluzione 11 novembre 2002, n. 35).

(28) M. Nussi, L'imputazione del reddito nel diritto tributario, Padova, 1996, p. 574.

L'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone - profili civilistici

di Francesca Marchetti

Con la risoluzione 136/E del 2006, l'Agenzia delle Entrate ha reso chiarimenti in merito all'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone. Secondo l'interpretazione dell'Agenzia, l'intestazione fiduciaria può investire le sole partecipazioni che si sostanzino in partecipazioni al capitale; ne consegue che le partecipazioni che comportino responsabilità illimitata del socio non possano formare oggetto di intestazione fiduciaria. L'analisi dei tratti distintivi delle due specie di partecipazione, così come esemplificate nella quota dell'accomandante e del socio in nome collettivo, evidenzia le ragioni che consentono, da un lato, ed ostacolano, dall'altro, l'intestazione fiduciaria.

§ 1. La partecipazione delle società di capitali in società di persone.

Con la risoluzione n. 136/E del 7 dicembre 2006(1), l'Agenzia delle Entrate ha toccato il tema dell'intestazione fiduciaria di partecipazioni in società di persone.

L'argomento è reso attuale dalla riconosciuta capacità delle società di capitali di partecipare in società di persone, attuata con la riforma del diritto societario del 2003. In particolare, il decreto legislativo, 17 gennaio 2003, n. 6 ha arricchito l'art. 2361 del codice civile di un secondo comma, il quale - nel prevedere che l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea - ha risolto positivamente la *vexata quaestio* dell'ammissibilità dell'assunzione di partecipazioni in società di persone da parte di società per azioni.

Ancorché la normativa in tema di società a responsabilità limitata non contenga un espresso richiamo alla norma né un rinvio generale alla disciplina delle società per azioni, la *ratio legis* autorizza l'applicazione analogica del principio, per così dire,

di autorizzazione contenuto nella norma che si commenta.

La disposizione, peraltro, consente la partecipazione di società fiduciarie, in quanto società di capitali(2), in società di persone, ma nulla dice sulla possibilità che tale partecipazione possa realizzarsi con le forme dell'intestazione fiduciaria.

In proposito, la Risoluzione rileva che "il rapporto fiduciario è generalmente considerato sussistente nei casi in cui la partecipazione si sostanzia in una mera partecipazione al «capitale» delle società di persone ovvero in forme che non comportino una responsabilità illimitata del socio stesso e una ingerenza nell'amministrazione della società (è il caso di partecipazioni in società in accomandita detenute da soci accomandanti)".

Peraltro, un'attenta lettura dell'art. 2361, Il comma, cod. civ., suggerisce di limitare l'efficacia della disposizione alle sole ipotesi in cui la responsabilità "sia inerente e connaturata alla partecipazione, di modo che sia l'assunzione della partecipazione in sé considerata a comportare, appunto, l'insorgere del peculiare regime patrimoniale"(3).

In altri termini, rimane esclusa dall'applicazione diretta della norma l'acquisizione, da parte di società di capitali, della partecipazione in qualità di socio accomandante (e di socio con limitazione di responsabilità nella società semplice), dato che essa non comporta l'assunzione di responsabilità illimitata.

La legge di riforma, dunque, ha inteso disciplinare l'acquisto, da parte della società per azioni, della

Note:

Francesca Marchetti è borsista di ricerca presso l'Università Luiss Guido Carli e collabora con lo studio Vicentini Marchetti & Associati, Roma.

(1) In questa Rivista, 2007, 324.

(2) Ancorché la forma società di capitali non sia prescritta dalla legge come tipo obbligatorio, le società fiduciarie si organizzano in forma di società a responsabilità limitata e società per azioni (cfr. L. 23 novembre 1939, n. 1966 e D. M. 16 gennaio 1995, art. 5, III comma).

(3) Associazione Disiano Preite, Il nuovo diritto delle società, Bologna, 2003, p. 93.

S a g g i

partecipazione del socio in nome collettivo, del socio accomandatario o del socio illimitatamente responsabile della società semplice(4).

La previsione normativa è valsa, comunque, ad avvalorare l'opinione di quanti, già *ante* riforma, affermavano l'ammissibilità della partecipazione di società di capitali in qualità di accomandante o di socio limitatamente responsabile nella società semplice(5).

Ne consegue che la "autorizzazione" della partecipazione di società di capitali in società di persone non assume, nella ricostruzione proposta dall'Agenzia delle Entrate, alcun rilievo in tema di intestazione fiduciaria di quote di società di persone, giacché questa è configurabile solo in relazione alle partecipazioni che non comportino l'assunzione di responsabilità illimitata.

§ 2. La risoluzione n. 136/E del 7 dicembre 2006.

La ricostruzione civilistica che soggiace al provvedimento dell'Agenzia delle Entrate fonda sulla distinzione fra partecipazioni "di capitale" e partecipazioni "di responsabilità", ovvero fra partecipazioni che determinano l'assunzione di responsabilità limitata per il socio e partecipazioni che comportano la responsabilità illimitata del socio.

È dunque opportuno, seguendo l'*iter* tracciato dalla risoluzione 136/E, muovere la presente esegesi dai caratteri distintivi della partecipazione del primo genere, esemplificata nella posizione del socio accomandante, e quindi rivolgere l'esame alla posizione del socio nella società in nome collettivo, paradigmatica delle partecipazioni del secondo genere. Infine, si è cercato di riportare le conclusioni tratte dall'analisi svolta alle partecipazioni nella società "civile", la società semplice(6).

§ 3. La società in accomandita.

La società in accomandita si distingue per la presenza di due categorie di soci: gli accomandatari, che - a fronte dell'attribuzione dei poteri di amministrazione e rappresentanza societaria - rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali, e gli accomandanti, che rispondono limitatamente alla quota conferita. Questi ultimi sono *ex lege* privati del potere generale di amministrazione e rappresentanza della società; possono, tuttavia, compiere

gli affari per i quali siano stati autorizzati da una procura speciale. L'atto costitutivo può prevedere la loro partecipazione all'amministrazione interna della società, tramite il rilascio di pareri o autorizzazioni. Infine, hanno un generale diritto-dovere di controllo sulla gestione societaria realizzata dagli accomandatari o dagli amministratori "esterni" eventualmente nominati.

La violazione del divieto di ingerenza nell'amministrazione della società comporta l'assunzione di responsabilità illimitata per tutte le obbligazioni sociali, anche se sorte anteriormente all'ingerenza stessa. La previsione pare avere natura sanzionatoria, in quanto tesa a tutelare il principio di tipicità societaria (non l'affidamento dei creditori sociali, dal momento che la responsabilità consegue anche alle ingerenze non espressamente autorizzate nell'amministrazione *interna* della società)(7). In altri termini, la peculiarità dello *status* dell'accomandante, in quanto eccezione al principio di eguaglianza tra i soci ed espressione propria del tipo legale della società in accomandita, non può essere garantita ove non vi sia la conformità al dettato della legge(8).

La disposizione mira anche a garantire la posizione del socio accomandatario. Come dichiarato dalla relazione al codice di commercio napoleonico(9), la *ratio* della *responsabilizzazione* del socio accomandante-amministratore è scoraggiare l'abuso della *forma*

Note:

(4) Cfr. anche l'art. 111-*duodecies*, disp. att. cod. civ.

(5) V. D. Preite, Mezzi di tutela per i soci di società di capitali accomandante, alternativi alla dichiarazione di nullità della S.a.s., Giur. it., 1989, I, 1, 1367; P. Montalenti, La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante, Giur. comm., 1989, I, 639, a p. 640; S. Scotti Camuzzi, Società per azioni accomandante di società in accomandita semplice, Contr. e impresa, 1998, 97.

(6) Società che non ha come oggetto lo svolgimento collettivo dell'impresa (cfr. G. Visentini, Principi di diritto commerciale, Padova, 2006, p. 177).

(7) F. Di Sabato, La società in accomandita semplice, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Torino, 1985.

La ragione consiste anche "nella natura commerciale dell'attività che, esercitata in forma collettiva, rende commerciale la collettività dei soci e ne imputa le conseguenze a ciascun socio" (G. Visentini, Principi di diritto commerciale [*supra*, nota 6], p. 184).

(8) "Le bénéfice de la commandite ne peut, en effet, être acquis qu'en se conformant aux prescriptions de la loi, parmi lesquelles se trouve en première ligne la nécessité de choisir au plusieurs associés gérans": P. Goujet - M. Merger, Dictionnaire de droit commercial, Paris, 1852, p. 676.

(9) G. Visentini, Principi di diritto commerciale [*supra*, nota 6], p. 184.

societatis, per realizzare gestioni occulte dell'impresa con il ricorso a "soci di paglia" (accomandatari)(10).

§ 4. (Segue). La natura della partecipazione del socio accomandante.

L'articolo 2319 cod. civ., il quale dispone che, per la nomina degli amministratori, è necessario l'accordo di coloro che gestiscono l'impresa (accomandatari) ed è sufficiente l'approvazione di coloro i quali hanno prestato i maggiori investimenti, rivela la natura (secondo legge) della partecipazione dei soci accomandanti. Questi partecipano alla società in qualità di soci di capitali, conferendo beni che gli accomandatari possano gestire in comune, ai fini dell'impresa.

Il "rilievo tipicamente capitalistico"(11) della partecipazione del socio accomandante si desume altresì dall'articolo 2321 cod. civ., che consente di trattenere gli utili percepiti in buona fede, secondo il bilancio regolarmente approvato, e dalla regola della libera trasferibilità della quota *inter vivos*, contenuta nell'articolo 2322 cod. civ.

La società in accomandita semplice presenta la peculiarità di essere una società di persone partecipata da soci capitalisti, nella quale soltanto i soci accomandatari sono imprenditori(12).

Tale tratto distintivo è confermato dal dato storico: la società in accomandita è sorta dall'incontro "fra *mercanti* e *non mercanti*"(13), che nell'alto medioevo si realizzava con il contratto di *commenda*. Nata per il commercio marittimo e poi estesa ai commerci per terra, la *commenda* prevedeva l'affidamento da parte di una o più persone (i *commendatores*) di un capitale in denaro o in beni ad un mercante (*trattator*), affinché questi esercitasse il commercio con l'accordo che utili o perdite si sarebbero ripartiti fra le parti secondo regole predefinite(14). Successivamente, l'accomandita diede, a coloro che non potevano "fare commercio" o prestare ad interesse (per esempio, i nobili ed i cattolici), uno strumento per ricavare un guadagno dall'attività commerciale, senza investire il proprio *nomen* e la propria responsabilità. Il contratto - che per alcuni rappresenta un'evoluzione della *compagnia*, che si caratterizzava, tuttavia, per la solidarietà e la responsabilità illimitata dei suoi membri nei confronti dei terzi - consentiva di superare l'alea tipica del *foenus nauticum* o prestito a cambio marittimo(15).

La limitazione di responsabilità del *commendator*

ai soli beni conferiti e la estraneità dalla gestione, nati come elementi *propri* della *commenda*, si sono trasmessi al nucleo essenziale della struttura negoziale della società in accomandita.

§ 5. (Segue). La natura della partecipazione del socio in nome collettivo e la quota di società di capitali.

Ai sensi dell'art. 2291 cod. civ., la società in nome collettivo è quella in cui tutti i soci rispondono solidalmente ed illimitatamente per le obbligazioni sociali. La dottrina ritiene, peraltro, che la responsabilità solidale ed illimitata dei soci sia uno dei caratteri distintivi della società in nome collettivo, cui si affianca la natura residuale e sussidiaria, per così dire, della *forma societatis*. In sostanza, la s.n.c. sarebbe "un tipo residuale che ricorre in tutte le ipotesi di esercizio collettivo di attività commerciale ai fini di lucro, non altrimenti qualificabile secondo un altro tipo"(16), adottabile, tuttavia, anche nell'ipotesi in cui "non vi sia un'attività commerciale, purché le parti abbiano scelto in modo espresso il tipo di società in questione"(17).

Note:

(10) "La condition de ne faire aucun acte de gestion [...] a pour but d'empêcher des associés commanditaires d'abuser de leur qualité pour entreprendre, au nom d'autrui et sans courir personnellement aucun risque, les spéculations les plus hasardeuses": P. Goujet - M. Merger, Dictionnaire de droit commercial [*supra*, nota 8], p. 706.

Del resto, l'esperienza documentava proprio "casi di accomandita nelle quali l'accomandante era il vero socio, mentre l'accomandatario era un uomo di paglia, senza capitali, incaricato di coprire il vero mercante, che così riusciva a aggirare la responsabilità del commerciante" (G. Visentini, Principi di diritto commerciale [*supra*, nota 6], p. 184).

(11) G. Montalenti, voce "Società in accomandita semplice", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., Torino, 1997, p. 247.

(12) G. Visentini, Principi di diritto commerciale [*supra*, nota 6], p. 177.

(13) F. Di Sabato, La società in accomandita semplice [*supra*, nota 7], p. 169.

(14) R. Lopez, La rivoluzione commerciale del medioevo, Torino, 1971, p. 99; P. Bonfante, Storie del commercio, Roma, 1938, p. 240.

(15) Contratto con cui un investitore prestava somme ad un mercante, finanziando il viaggio ed al contempo assumendo i rischi dell'operazione, giacché v'era l'intesa che potesse recuperare la somma solo "se la nave fosse rientrata in porto" (P. S. Leicht, Storia del diritto italiano, Milano, 1948, p. 149 e F. De Martino, voce "Foenus nauticum", Novissimo Digesto Italiano, Torino, 1957, 111; in letteratura, W. Shakespeare, Il mercante di Venezia, 1596-1597).

(16) F. Di Sabato, Manuale delle società, III ed., Torino, 1998, p. 175.

(17) F. Di Sabato, Manuale delle società [*supra*, nota 16], p. 175.

Saggi

Nella società in nome collettivo, il conferimento del socio è, per così dire, un conferimento di responsabilità. Il socio mette in comune la propria persona per l'esercizio di un'attività diretta al raggiungimento di un obiettivo condiviso; è effettivamente chiamato a partecipare, amministrando, rappresentando e assumendo la responsabilità per i debiti della società.

La società in nome collettivo è quella in cui ogni socio è imprenditore, non formalmente, giacché "gli obblighi che derivano dallo statuto commerciale fanno capo agli amministratori", ma sostanzialmente, per effetto della regola della responsabilità illimitata e dell'estensione del fallimento ai soci(18).

Proprio in quanto si esplica in una effettiva attività, la partecipazione del socio deve essere pubblica. Immanente al tipo legale società in nome collettivo è il principio della trasparenza della compagine sociale(19).

Si desume, quindi, la distanza che separa la partecipazione nella società in nome collettivo da quella in società di capitali. La partecipazione del socio di società di capitali è una quota, un investimento dal quale derivano una serie di diritti e doveri, il cui esercizio continuativo e generalizzato non è, peraltro, indispensabile per l'esistenza della società. Il nucleo essenziale della partecipazione consiste, piuttosto, nel controllo sulla gestione societaria.

Del resto, la società di capitali è nata (pare proprio dallo sviluppo del modello della *commenda*) allo scopo di attingere capitali da un numero elevato di investitori.

Viceversa, madre della società in nome collettivo, è la *fraterna compagnia*, discendente della comunione familiare ereditaria con cui i membri di una stessa famiglia, per non dividere l'asse ereditario e disperdere la ricchezza paterna, si univano per esercitare in comune una attività economica.

Connaturata, dunque, alla società in nome collettivo è la partecipazione attiva trasparente e responsabile, "fraterna" appunto, di un numero limitato di soci(20). Lo stesso *nomen iuris* indica la particolare rilevanza che assume la partecipazione del socio nella società: "detta partecipazione non si concretizza in una mera comunanza di interessi, ma in un diretto e pieno coinvolgimento nell'attività sociale"(21).

§ 6. Il negozio fiduciario.

Per potere trarre le conclusioni del presente stu-

dio, è necessario spendere poche parole sui tratti essenziali del rapporto fiduciario.

Il negozio fiduciario è il contratto (atipico e causale) con cui il fiduciante cede la titolarità(22) ("intesta") di beni ad un fiduciario, allo scopo di realizzare due interessi meritevoli di tutela: affidare l'amministrazione dei beni ad un terzo, professionista, e mantenere la riservatezza sulla propria identità(23).

Attraverso l'intestazione in fiducia, beni di proprietà del fiduciante sono intestati a società che si propongono sotto forma di impresa di assumere l'amministrazione di beni per conto terzi (art. 1, L. 23 novembre 1939, n. 1966). L'intestazione determina una separazione fra profilo formale e sostanziale e realizza un'interposizione reale di persona. Sicché la società fiduciaria appare socio ai terzi non qualificati, benché effettivo titolare della quota sia il fiduciante(24).

Giacché comporta la disgiunzione fra lato esterno (legittimazione o intestazione) e lato interno (proprietà) del rapporto, l'intestazione fiduciaria è sorta in relazione alle azioni di s.p.a., ovvero a strumenti (i titoli di credito) già in sé caratterizzati da tale separazione (la distinzione fra legittimazione e titolarità). Tuttavia, oggi, l'intestazione fiduciaria è pacificamente ammessa, e normalmente effettuata, anche in relazione alle quote di s.r.l., in quanto, pur non essendo rappresentate in documenti destinati alla libe-

Note:

(18) G. Visentini, *Principi di diritto commerciale* [supra, nota 6], p. 178.

(19) Invero, la società in nome collettivo si caratterizza per l'esteriorizzazione del vincolo nei riguardi dei terzi (cfr. G. Visentini, *Principi di diritto commerciale* [supra, nota 6], pp. 141 e s.).

(20) "La considération des personnes est souvent un des éléments principaux du contrat": P. Goujet - M. Merger, *Dictionnaire de droit commercial* [supra, nota 8], p. 724.

(21) G. Bavetta, *La società in nome collettivo*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno* [supra, nota 7], vol. XVI, 129.

(22) Il termine è qui usato in senso a-tecnico, in antitesi al concetto di "proprietà effettiva" o sostanziale ed allo scopo di non utilizzare la locuzione "proprietà formale" (in quanto ad essa corrisponde una fattispecie estranea all'ordinamento italiano). Per un uso tecnico del termine titolarità, si faccia riferimento alla disciplina dei titoli di credito, ove il concetto di titolarità coincide con quello di "proprietà effettiva" ed è tenuto distinto dalla legittimazione.

(23) Il rapporto fiduciario è talvolta ricostruito come collegamento negoziale fra un contratto di trasferimento del bene ed un negozio obbligatorio di amministrazione, secondo le istruzioni ricevute dal fiduciante, con annesso un patto di retrovendita (restituzione del bene, alla scadenza o dietro richiesta del fiduciante).

(24) Viceversa, soggetti qualificati, come il fisco, vengono informati dell'identità dell'effettivo proprietario del bene.

ra circolazione, sono beni suscettibili di amministrazione e intestazione “separata”(25).

§ 7. L'intestazione fiduciaria della “quota” del socio accomandante.

La natura capitalistica mette in luce la vicinanza dell'anima, per così dire, della partecipazione del socio accomandante alla partecipazione del socio di società a responsabilità limitata(26).

Del resto, l'articolo 2322 cod. civ., in maniera del tutto simile a quanto disposto dagli articoli 2469 e 2470 cod. civ., dispone la libera trasferibilità della quota dell'accomandante, precisando che l'atto di cessione avrà effetto nei riguardi della società solo con il consenso dei soci che rappresentino la maggioranza del capitale. La legge, dunque, delinea una disgiunzione fra efficacia *inter partes* e profilo esterno della cessione, che si presta ad essere adattata alla scissione fra intestazione e proprietà effettiva tipica del negozio fiduciario.

Formalmente, dunque, nulla osta a che la società fiduciaria, iscritta a libro soci in qualità di accomandante, detenga ed amministri la quota per conto del socio effettivo (proprietario sostanziale), consentendogli di mantenere la riservatezza del *nomen*.

Sotto il profilo sostanziale, la natura capitalistica della partecipazione consente di classificarla fra le *res* patrimoniali e fungibili *ex lege*. La quota capitalistica della s.a.s. è cioè un bene (una “quota” piuttosto che una “partecipazione”), in quanto tale suscettibile di essere intestata fiduciarmente e di costituire un patrimonio separato del fiduciante idoneo a recepire in via diretta gli effetti dell'attività realizzata dal fiduciario.

§ 8. L'intestazione fiduciaria della partecipazione di responsabilità.

La natura personalistica e qualificata, che la caratterizza, costituisce un impedimento all'intestazione fiduciaria della partecipazione del socio in nome collettivo.

La partecipazione sociale, infatti, non è *res*, e cioè un bene individuabile in una statica e definita materialità, rispetto al quale possa astrattamente concepirsi una scissione fra l'apparire e l'essere, ma attività, e cioè un insieme di operazioni, comportamenti e decisioni, proprie di un individuo e tese alla realizzazione di uno scopo(27).

Sicché, l'intestazione fiduciaria della partecipazione chiamerebbe la società fiduciaria ad agire, apparendo verso i terzi come imprenditore(28). Tuttavia, proprietario effettivo della partecipazione, e cioè socio, resterebbe il fiduciante. Dovrebbe essere questi, quindi, ad esercitare l'attività sociale(29).

Oltretutto, secondo il principio della trasparenza della compagine sociale, i soci della società in nome collettivo rispondono solidalmente ed illimitatamente delle obbligazioni sociali; è questa “una regola fondamentale, che non ammette deroghe e che finisce quindi con il rappresentare uno dei caratteri tipici ed ineliminabili della collettiva”(30).

Eppure, esiste al contempo una regola di ordine pubblico, che fonda, peraltro, le proprie radici nel principio dell'affidamento dei terzi, secondo la quale è responsabile colui che appare socio. Sicché, nel rispetto delle disposizioni inderogabili in materia di società in nome collettivo e per garantire l'affidamento dei terzi, si dovrebbe sostenere che sia fiduciaria sia fiduciante assumano responsabilità illimitata solidale(31).

In sostanza, la posizione del socio in nome collettivo non sembra gestibile attraverso un mandato, a meno che non sia al contempo assicurata la trasparenza sulle posizioni sociali, ciò che appunto il mandato fiduciario tende ad escludere.

Note:

(25) In tema si veda P. Jaeger, Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata, *Giur. comm.*, 1979, I, 170, a p. 180.

(26) Tale vicinanza è stata rimarcata dalla riforma del diritto societario, che, secondo parte della dottrina, avrebbe, al contrario, esaltato la natura personalistica della partecipazione nella s.r.l. (cfr. Associazione Disiana Preite, *Il nuovo diritto delle società* [supra, nota 3], p. 223).

(27) L'attività è altrimenti definita come la qualità di chi è attivo o l'applicazione delle capacità fisiche, intellettuali e pratiche di un uomo.

(28) Del resto, “nella società in nome collettivo, ogni socio è personalmente coinvolto e l'attività è esercitata non soltanto nel nome e nell'interesse della società, ma anche con la spendita del nome di ciascun socio” (G. Bavetta, *La società in nome collettivo* [supra, nota 21], a p. 129).

(29) Non v'è chi non veda la differenza con la gestione di una azione di s.p.a. o di quote di s.r.l. o s.a.s., rispetto alle quali l'amministrazione si riduce all'esercizio del voto assembleare o a singole attività di volta in volta specificate (e dunque facilmente autorizzabili dal fiduciante).

(30) G. Bavetta, *La società in nome collettivo* [supra, nota 21], a p. 145.

(31) La correttezza di tale conseguenza pare confermata dalla disposizione codicistica che grava l'istitutore, che non abbia dichiarato la propria qualità, di responsabilità personale, facendo, comunque, salva la responsabilità del preponente per gli atti compiuti nell'esercizio dell'impresa (art. 2208 cod. civ.).

S a g g i

Dunque, il mandatario cui fosse affidata la gestione dell'impresa dovrebbe chiarire la propria natura e dichiarare l'identità del socio responsabile. Da un lato, infatti, "non è ammissibile che un terzo estraneo assuma responsabilità personale per la sua attività di mandatario con rappresentanza, ciò non esclude che i soci possano conferire mandato ad un terzo per la gestione dell'impresa sociale: ma in tal caso il terzo dovrà considerarsi come un institore e amministratori saranno tutti i soci congiuntamente"(32).

Dall'altro, per il principio dell'affidamento, il creditore è effettivamente tutelato se messo in grado di conoscere l'identità del soggetto responsabile.

L'intestazione fiduciaria fonda sull'irrelevanza della persona del socio e per gli altri soci e per i creditori sociali; al contrario, la persona del socio illimitatamente responsabile è rilevante per i soci e per i creditori della società in nome collettivo. Più specificamente, ai soci interessa conoscere l'identità del socio effettivo (fiduciante), giacché tra essi si costituisce un vincolo personale(33), ai creditori importa individuare il socio responsabile, sia questi colui che appare, come è la regola, o meno, come nel caso dell'institore.

Ulteriori ostacoli pone la legge quanto al profilo formale: il regime di circolazione tipico della partecipazione della società in nome collettivo, ma anche della società semplice, prevede il consenso unanime dell'intero gruppo sociale. Società semplice e società in nome collettivo possono avere struttura aperta, purché la libera trasferibilità della quota sia prevista in statuto. Lo statuto potrebbe anche contenere una clausola di gradimento o di efficacia della cessione simile, ad esempio, a quella dettata per l'accomandita semplice.

Tuttavia, la natura di attività della partecipazione impedisce di realizzare quella separazione patrimoniale finalizzata all'intestazione ed all'amministrazione fiduciaria e caratterizzata per la "ricezione" immediata e diretta degli effetti dell'amministrazione delegata da parte del patrimonio e dunque del fiduciante.

Posta la rilevanza rivestita dalla persona e del socio effettivo e del socio apparente, delegare l'amministrazione sociale ad un interposto è lecito se si realizza con le forme e gli effetti del mandato senza rappresentanza e cioè con un doppio passaggio degli effetti dell'attività dall'interposto al socio effettivo, ovvero nell'assoluta trasparenza anche dei rapporti interni fra soci e mandatario con rappresentanza, nel rispetto dell'affidamento dei terzi.

Poiché la riservatezza concorre a comporre il nucleo essenziale della causa del negozio fiduciario, l'intestazione fiduciaria della partecipazione in s.n.c. sarebbe idonea a produrre gli effetti propri della fiducia c. d. romanistica. In sostanza, il fiduciario diverrebbe socio a tutti gli effetti e l'accordo interno con il fiduciante varrebbe, nei confronti dei terzi, solo a consentire la qualificazione di quest'ultimo come socio occulto, soggetto al fallimento, insieme al socio apparente, ai sensi dell'art. 147 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare).

§ 9. L'intestazione fiduciaria della partecipazione nelle società semplici.

L'analisi sin qui condotta può essere estesa alla partecipazione nella società semplice(34).

Quest'ultima può peraltro organizzarsi, disponendo nel contratto sociale che la responsabilità illimitata spetti solo ad alcuni dei soci. Non può mai escludersi la responsabilità di quei soci che hanno agito, ovvero dei soci amministratori dotati del potere di rappresentanza, dal momento che "la ratio della responsabilità personale inderogabile risiede nell'esigenza di tutela dei terzi che acquistano diritti nei confronti di un gruppo non personificato, privo quindi di una affidabile organizzazione interna"(35).

Sicché, la responsabilità illimitata può escludersi per i soci amministratori e per i soci non amministratori, purché privi del potere di rappresentanza: fino a che l'attività esercitata non assuma rilevanza esterna fondando l'affidamento di un terzo, non v'è ragione di riconoscere la responsabilità illimitata del socio. Per le medesime esigenze di tutela, il patto di limitazione della responsabilità deve essere portato a conoscenza dei terzi, pena la sua inefficacia.

Note:

(32) F. Di Sabato, La società semplice, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno [*supra*, nota 7], vol. XVI, 82.

(33) I rapporti interni alla società in nome collettivo restano "contrattuali" (cfr. G. Visentini, Principi di diritto commerciale [*supra*, nota 6], p. 149).

(34) Per la partecipazione del socio accomandatario valga quanto detto a proposito della "partecipazione di responsabilità" nella società in nome collettivo.

Per completezza, si sottolinea che la responsabilità illimitata connessa alla partecipazione del socio accomandatario dipende dalla disciplina legale dettata per il particolare tipo sociale e dal fatto che questo spende il nome inserendolo nella denominazione sociale.

(35) F. Di Sabato, La società semplice [*supra*, nota 32], a p. 91.

Come visto, il contratto sociale potrebbe altresì prevedere la libera cedibilità della quota sociale, eventualmente condizionando l'efficacia della cessione nei confronti della società al gradimento degli altri soci.

Si verrebbe così a configurare un modello sociale del tutto affine alla società in accomandita (ad eccezione dell'oggetto sociale), caratterizzato dalla pre-

senza di soci investitori privi di responsabilità illimitata e soci amministratori dotati di rappresentanza e illimitatamente responsabili. Pertanto, mentre per l'intestazione fiduciaria della partecipazione di questi vale quanto detto a proposito della società in nome collettivo, in relazione alla quota degli altri vale l'esegesi compiuta in relazione alla quota di accomandante nella s.a.s.

Saggi

Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l. f.

di Luigi Rovelli

L'art. 182 bis del R. D. 16 marzo 1942, n. 267 ha introdotto nell'ordinamento i c. d. accordi per la ristrutturazione dei debiti aziendali con la finalità, da un lato, di ripianare la situazione di crisi in cui versa l'impresa e, dall'altro lato ed eventualmente, di introdurre una procedura di liquidazione alternativa alla procedura concorsuale. La *impar condicio* fra i creditori che sottoscrivono l'accordo di ristrutturazione e quelli che ne restano esclusi, connaturata a questa stessa struttura, pur non potendo essere completamente elisa, può comunque essere attenuata sul piano delle asimmetrie distributive mediante l'istituto del trust.

La composizione negoziale dell'insolvenza - nota alla prassi soprattutto attraverso l'esperienza delle "convenzioni bancarie" - ha trovato il suo punto di emersione e di autonoma disciplina normativa nell'art. 182 bis R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (di seguito: "l. f."), intitolato con la formula, di derivazione aziendalistica, di "accordo di ristrutturazione dei debiti", nel presupposto di una ragionevole prospettiva di "reversibilità" dell'insolvenza, ma, a ben vedere, anche di liquidazione alternativa all'apertura di una procedura concorsuale.

Prima dell'art. 182 bis, le convenzioni bancarie, o, più generalmente gli accordi stragiudiziali, in caso di successivo fallimento, erano sottoposti a gravi rischi: sul piano civile per le azioni revocatorie e per quella di abusiva concessione di credito; sul piano penale per sottoposizione a incriminazione per bancarotta preferenziale (si ricordi, ad esempio, gli sviluppi conseguenti al dissesto del Gruppo Italcasse-Bagaglio).

Si trattava, dunque di accordi "naturaliter" in bilico tra esito di risanamento e rischio di avere concorso ad aggravare il dissesto, con conseguenze sanzionatorie verso i creditori aderenti.

La funzione che il legislatore ha inteso assegnare al nuovo istituto è dunque quella di creare una rete di

protezione che agevoli la praticabilità di quelle esperienze, delle quali è data una valutazione positiva.

Sul piano sistematico, viene aperto un credito all'autonomia privata nella gestione della crisi. Si passa, come è stato rilevato⁽¹⁾ dal piano della "Haftung" (intesa come attuazione della responsabilità patrimoniale attraverso l'esecuzione collettiva concorsuale) al piano della "Shuld", vale a dire alla modifica del rapporto obbligatorio attraverso un atto di autonomia. Anche soggetti terzi (non creditori) possono partecipare all'accordo, o con finanza aggiuntiva o con operazioni di acquisto inserite nell'accordo⁽²⁾.

Se l'impresa insolvente e non tutti i suoi creditori, ma una parte di essi vengono ad essere autorizzati e quasi incoraggiati dall'ordinamento a porre in essere delle attività negoziali con l'imprenditore insolvente, questo pare smentire un dogma che credevamo ricevuto dalla legislazione anteriore: quello dell'indisponibilità dell'insolvenza. In questi termini, in un Convegno genovese di alcuni anni fa, si era espresso l'allora Presidente della Corte di Cassazione, Vittorio Sgroi. E, di recente, un severo custode dell'ortodossia fallimentare, come A. Dimundo, ha rilevato che "nei secoli, l'insolvenza dell'impresa mai è stata considerata come una situazione da abbandonare nell'autonomia [...] dei privati", ammonendo che "l'abbandono della crisi dell'impresa all'iniziativa dei 'creditori forti' è un fenomeno patologico che non va

Note:

Luigi Rovelli è procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Convegno "Il trust e le procedure concorsuali" organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Massa Carrara il 16 febbraio 2007.

La relazione è stata pubblicata anche in *Fallimento*, 2007, 595.

(1) F. D'Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali*, in *Atti del convegno di studi "Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali"*, Milano, 2006, p. 19.

(2) E. Gabrielli, *Autonomia privata accordi di ristrutturazione dei debiti*, consultabile sul sito Internet di "Iudicium" all'indirizzo <http://www.iudicium.it>.

subito con rassegnazione [...] ma deve essere rimosso”(3). E, anche dopo l’emanazione della legge, non sono mancate autorevoli critiche(4) al “fondamentalismo contrattualista” che è fra le linee ispiratrici della riforma. Si sono portati tre ordini di critiche: qualsiasi soluzione negoziale favorisce, fra i creditori, quelli muniti di maggiore forza contrattuale; le posizioni di tutti i contraenti del c. d. *nexus of contracts* sono tra loro difformi e tale difformità origina soluzioni ingiuste; e, soprattutto, il modello “premiabile” che ne scaturisce e allontana il fallimento dall’insolvenza è modello “anefficientista” (perché incoraggia il lassismo; peggiora, per la generalità dei creditori, la qualità del sistema dei pagamenti; esalta il carattere “banconcentrico” del sistema economico; confligge con la natura stessa del sistema capitalistico, alla cui base è la propensione al rischio).

Alcuni dei pericoli segnalati effettivamente sussistono, anche se possono essere circoscritti da una accorta e sorvegliata attuazione dei nuovi istituti; mentre più discutibile, e meritevole di qualche riflessione, è l’attribuzione alle nuove regole del venir meno del dogma dell’indisponibilità dell’insolvenza, considerato come preesistente alla riforma.

Avevo scritto(5) che il “dogma” era già superato, nelle cose, da una realtà che vede il ricorso al credito (vale a dire all’intermediazione bancaria) come momento essenziale nell’esercizio dell’impresa. Se il grado di gravità di una crisi d’impresa è dato, nei suoi termini precisi e reali, dal quadro economico, che è interno all’impresa, e che è percepibile, in via diretta, solo dall’interno dell’impresa (e dunque dall’imprenditore) e, in via sintomatica, dall’esterno, attraverso una attenta e difficile opera di monitoraggio, cui sono attrezzati solo operatori professionali che presiedono alla erogazione del credito, la nozione giuridica di insolvenza, quella stabilita nella definizione dell’art. 5 l. f., prende in considerazione solo il quadro finanziario, e, entro questo, solo quello sbilancio fra flussi finanziari (in uscita e in entrata) che determina il *deficit* di cassa; l’incapacità a far fronte, in modo regolare, ai pagamenti. Situazione che si determina appunto solo quando c’è (e in conseguenza di) ritiro delle linee di credito da parte dell’operatore bancario. Per il quale, dunque, tanto poco ha senso ipotizzare astratti vincoli di indisponibilità di situazioni giuridiche, in presenza della insolvenza, in quanto in concreto, è questo stesso operatore il giudice dell’insolvenza. Questa non esisterà nella sua manifestazione esteriore (quella giuridicamente rile-

vante descritta all’art. 5) fino a che la valutazione di convenienza che l’operatore bancario avrà formulato, non lo convincerà a ritirare le linee di credito. Questo rilievo, con mia soddisfazione, è stato raccolto da E. Roppo(6), il quale vi ha aggiunto una spiegazione raffinata sul piano epistemologico, dalla quale tuttavia dissento. Si è ritenuto che, dunque, l’insolvenza è nozione che sfugge ad una definizione identificabile in termini oggettivi, e l’accostamento è ad una delle massime acquisizioni della fisica teorica, a quel principio di indeterminazione (elaborato da Werner Heisenberg), per cui certi elementi della materia non sono suscettibili di percezione oggettiva, perché la stessa presenza attiva dell’osservatore (che pure è necessaria per acquisire la conoscenza) altera l’oggetto, rendendolo inconoscibile, nella stessa misura in cui l’osservazione, finalizzata alla conoscenza, lo rende altro da sé - l’equivoco può essere fuorviante. Se mi si consente, esso risiede appunto nel considerare come “osservatore” neutrale (il cui fine è solo la conoscenza) l’operato di quel fondamentale attore che è un particolare creditore: quello bancario. La scienza economico-aziendale ci esibisce un ricco e articolato panorama di situazioni di crisi e ricche classificazioni (che evidenziano anche una relativa autonomia tra il quadro economico e quello finanziario, potendo esserci anche un grave sbilancio finanziario “benigno”, se dovuto ad errori incidenti solo nella sfera finanziaria). Il concetto giuridico enunciato dall’art. 5 opera un’estrema semplificazione. Tra tutte le possibili ragioni di crisi, dà rilievo solo a quella finanziaria; prescinde dalle cause; considera solo l’impotenza patrimoniale a far fronte alle obbligazioni. Di qui la sensazione di grande rozzezza del “concetto giuridico”, inadeguato a fungere da criterio ordinatore della composizione del dissesto. Ma è una rozzezza solo apparente. L’impotenza patrimoniale

.....
Note:

(3) A. Dimundo, *Pactum de non petendo e insolvenza*, Fallimento, 1996, 905.

(4) G. Rossi, *Introduzione*, in *Atti del convegno di studi [supra, nota 1]*, p. 11, a p. 15.

(5) L. Rovelli, *L’amministrazione delle grandi imprese insolventi*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, Torino, 2002, vol. VI, § 4.2, p. 26.

(6) E. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d’impresa)*, relazione presentata al Convegno “Contratto e crisi d’impresa”, svoltosi in Verona il 19-20 maggio 2006, di imminente pubblicazione.

Saggi

verso i creditori è assunta come esaurimento della capacità dell'imprenditore di ottenere credito. Come valutazione del "mercato" di sfiducia verso "quella" iniziativa. Con questa semplificazione, il legislatore ha inteso sottrarre al giudice le complesse valutazioni sulla crisi d'impresa, e sulla capacità dell'impresa a permanere nel circuito economico, per affidare questa complessa valutazione agli operatori economici, al mercato, *in primis* all'operatore bancario. Per questo ho parlato della banca come vero "giudice" della crisi: ma non in quanto ad essa sia delegato il momento "cognitivo", ma in quanto, come operatore economico, essa farà quelle valutazioni di convenienza che, ragionevolmente, porteranno a mantenere o revocare il fido (il limite - e la nuova frontiera della responsabilità - potrà essere la concessione abusiva del credito). Resta così scolpita la "relatività" dell'insolvenza, che è concetto relazionale, rispetto al comportamento dei creditori. Questa relatività la sottrae "a un rigoroso statuto di indisponibilità per riconsegnarla, in larga misura alla sfera dell'autonomia privata". A questo punto, ha anche poco senso interrogarsi, come saremmo portati a fare, se condizione di validità o di efficacia dell'accordo di ristrutturazione è l'inesistenza di una situazione di insolvenza e non di semplice crisi. Perché è l'accordo privatistico, quello che è in grado di trasformare una situazione finanziaria che sarebbe da qualificare come insolvenza, in una diversa situazione che sarà da valutare alla stregua dei criteri posti dall'articolo 182 bis.

Allora su questi accordi, prima di arrivare al difficile raccordo con l'istituto del trust, mi pare che sia necessario - pur dando per scontato che la lettera della legge sia da tutti conosciuta - fare una prima approssimativa individuazione dei suoi contenuti economici, per poi passare a quello che può essere preliminare allo scrutinio sul ruolo del trust, cioè un principio di qualificazione giuridica di questi accordi.

Sul piano descrittivo ed economico, benché la legge parli di accordi sulla ristrutturazione del passivo, in realtà (non diversamente che per il piano di risanamento attestato di cui all'articolo 67, terzo comma) il contenuto del piano dovrà, direi quasi necessariamente, pianificare anche varie altre operazioni; l'operazione di trasferimento di *asset*, senza dubbio. I "grandi creditori" valuteranno, senza dubbio, la capacità dell'impresa di permanere nel circuito economico, di riprendere a produrre reddito. Ma non si accontenteranno di ciò per rimettere debiti, concedere

dilazioni, erogare nuova finanza. Altro occorre. E quest'altro si indirizzerà verso l'acquisizione di forme di controllo sulla "gestione" dell'impresa. Inoltre, se il riferimento al regolare pagamento dei creditori estranei - che è l'altro polo dell'istituto - implica la previsione che i non aderenti all'accordo debbano essere soddisfatti integralmente, il piano dovrà preoccuparsi di prevedere uno scenario futuro, ma verificabile *ex ante* come realistico, in cui l'attività dell'impresa, anche attraverso la liquidazione, il trasferimento di *asset*, sia in grado di pagare i creditori estranei all'accordo (avvantaggiandosi anche delle plusvalenze - tali considerate anche sotto il profilo tributario - originate dalle rinunzie o dalle dilazioni effettuate dai sottoscrittori).

La soluzione normativa vuole incentivare i creditori a collaborare con il debitore per la soluzione della crisi e muove dall'idea, in verità realistica, che le soluzioni privatistiche sono stimolate solo se rimuovono quello che è apparso come il principale ostacolo al loro insuccesso: il "rischio giuridico" da revocatoria fallimentare. Quindi lo scopo, la funzione della norma, è il levare di mezzo la revocatoria fallimentare.

Devo dire quindi che il piano di ristrutturazione non necessariamente mira - come invece mira il piano di risanamento attestato - alla prosecuzione dell'impresa, al ripristino della sua capacità di restare sul mercato, potendo anche la soluzione privatistica della crisi risolversi in una completa liquidazione dell'impresa. Si avrà quindi una ristrutturazione del passivo attraverso rinunce da parte dei creditori all'esigibilità immediata, agli interessi o a parte del capitale: ma l'obiettivo, quello che sarà l'oggetto precipuo della relazione dell'esperto, che certamente non è estraneo alla valutazione del tribunale in sede di omologa, è quello di rendere concretamente realizzabile il regolare pagamento dei creditori estranei all'accordo.

Ed ecco, quindi, che la gestione privatistica della crisi, o quasi privatistica - c'è solo questo riscontro omologatorio - scarica sul negoziato fra i creditori, anzi, fra una parte dei creditori e il debitore, la ricerca della miglior composizione del dissesto, affidando così allo strumento civilistico del contratto il buon governo della crisi. La palla torna dunque al diritto civile, le cui risorse culturali ci forniranno il mezzo per razionalizzare i rischi gestori di un'attività contrattuale condotta nei confronti di un'impresa in crisi o addirittura insolvente, come ho detto prima. Di

qui quella contaminazione della materia della crisi d'impresa su cui sempre E. Roppo(7) ha detto che occorre una sana iniezione di cultura civilistica.

Prima di vedere appunto il ruolo del trust, occorre un'analisi civilistica, che condurrei prima sul piano della struttura e poi sul piano della funzione (i civilisti sono sempre attaccati alle classificazioni!).

Sul piano della struttura. Sul presupposto che dell'accordo siano parte una pluralità di creditori e non (come pure è possibile) un solo creditore del sessanta per cento, si è posto il problema della natura bilaterale o plurilaterale del contratto. Nel primo caso, cioè se bilaterale, sarebbe un fascio di atti bilaterali conclusi dal debitore con ciascuno dei creditori. Nel secondo caso, con l'incontro della volontà di ciascuno con la volontà di tutti gli altri; con il possibile inquadramento nella figura normativa del contratto plurilaterale, con comunione di scopo, quello dell'articolo 1420 cod. civ. Con la conseguenza che le vicende - nullità, annullamento, risoluzione - concernenti il vincolo contrattuale di uno dei creditori, toccano o no le posizioni degli altri, a seconda che il vincolo, venuto meno, sia da considerare essenziale o no, per l'economia del contratto.

A me sembra che sia un po' forzato, in verità, l'accostamento ai contratti associativi, simbolizzati dalla società, e caratterizzati dalla funzionalità di ciascuna posizione contrattuale al conseguimento di uno scopo comune. Restando, così, l'alternativa della sua configurabilità o come contratto plurilaterale di scambio, senza comunione di scopo, ovvero come contratto a due sole parti, da un lato il debitore, dall'altro l'insieme dei creditori aderenti, costituenti un unitario centro di interessi e dunque una sola parte, anche se plurisoggettiva. Un po' come avviene nel contratto di compravendita, quando c'è una pluralità di comproprietari, tutti venditori di un'unica *res*.

In realtà quel che più conta è che il contenuto, cioè la sostanza economica dell'accordo, è più complesso che non la ristrutturazione del debito ed è nettamente più complesso di quanto avviene in un ordinario tipico contratto di scambio, potendosi individuare due ordini di contenuti fra loro collegati. Da un lato i contenuti che incidono direttamente sul debito e ne realizzano tipicamente la ristrutturazione. Questi possono essere a livello più semplice, i pagamenti con effetto remissorio, dilazione di termini, rinuncia ad interessi, ma anche emissione di nuovi titoli di debito. Normalmente in materia societaria vi è la conversione di crediti in capitale, passando at-

traverso degli aumenti di capitale, sottoscritti con il meccanismo della compensazione, erogazione di nuova finanza, dietro presentazione di garanzie, eventualità di manovre anche più complesse, che comportino la creazione di *new company*, dovendo transitare attraverso società veicolo (L.B.O.).

Dall'altro lato, in una complessiva situazione di corrispettivo, potrà esservi l'assunzione di vincoli per l'imprenditore, che attuano una sorta di versione privatistica, variamente graduata, di amministrazione controllata; per cui il debitore accetta una amministrazione controllata - che limita l'autonomia organizzativa e operativa dell'imprenditore. Da un minimo di obbligazione d'informazione o di consultazione con alcuni creditori o con un loro comitato, a impegni a dismettere *asset*, a programmi aziendali o di riduzione del personale, fino al massimo dell'inserzione di rappresentanti dei creditori nell'organo amministrativo.

Anche qui si rivela la duttilità, direi quindi l'insostituibilità, dello strumento privatistico e dunque la sua efficienza. E, nello stesso tempo, il grado di rischio che è connesso al suo uso, che è svincolato, sia dall'accordo di tutti i creditori - altrimenti andrebbe tutto quanto bene - così come da un controllo di convenienza operato dal giudice. Qui si valorizza poi la capacità di alcuni creditori, che sono titolari d'interessi esterni a quelli relativi al rapporto debito-credito isolatamente considerato. Per lo più, dicevo, saranno le banche nella realizzazione di crediti *no performing*, di cui possono rendersi cessionarie; in altri casi vedremo l'interesse del creditore industriale o commerciale a continuare, nel quadro di accordi di ristrutturazione con l'impresa-cliente, i rapporti di fornitura. In tutti i casi, si fa leva su interessi che sono diversi da quelli dell'attuazione del rapporto obbligatorio.

Quel che è peggio, è che è proprio questo conflitto d'interessi tra alcuni creditori e l'interesse globale del ceto creditorio a costituire la leva per la creazione di un "plusvalore" nella gestione privatistica della crisi. Ora, è da vedere quali garanzie ci sono o possono esserci per far sì che questo plusvalore, in una situazione successiva di *default* dell'impresa, vada a vantaggio non tanto di una parte soltanto dei creditori, ma di tutti, evitando quindi delle distribuzioni

Nota:

(7) E. Roppo, Profili strutturali [*supra*, nota 6].

Saggi

asimmetriche. Per ora, è già chiaro come l'accordo *ex* articolo 182 *bis* non integri affatto una figura negoziale tipica, ma delinea un'architettura contrattuale multilivello. Al primo livello sta l'accordo di ristrutturazione in stretto senso, che assumerà il ruolo di contratto quadro, rispetto al quale i contratti a valle svolgeranno una funzione attuativa. Quindi tutti quei contratti, come l'erogazione di nuova finanza dietro rilascio di garanzie, la trasformazione di credito in capitale, eccetera, sottostanno all'accordo quadro.

Ora vediamo, fatta questa descrizione strutturale, la "causa". Fra le parti dell'accordo, la causa può dirsi onerosa, integrando quindi una sorta di scambio in cui il debitore offre alcune cose. Prima di tutto le informazioni vere sulla sua situazione aziendale, che sono un valore utile per chi le riceve, poi la disposizione ad esporsi ad una certa misura d'ingerenza nella gestione delle imprese in crisi. In cambio riceve molto: riceve proprio un assetto più vantaggioso della sua esposizione debitoria. La ragione economico-sociale, che nella valutazione del legislatore del 2005 rende particolarmente meritevole di tutela questo *trade off* - e dico "particolarmente", perché c'è un effetto ulteriore a quello che è l'effetto contrattuale - è quella accennata: cioè quella per cui la gestione della crisi d'impresa privatamente concordata fra l'imprenditore e, direi, la parte più significativa dei suoi creditori, promette di generare una quantità di risorse disponibili, superiore a quella che si creerebbe con l'apertura di una procedura concorsuale.

La domanda successiva resta questa: ma la distribuzione delle risorse prodotte sarà quella giusta? La ripartizione è una ripartizione giusta? La risposta in astratto è: certamente sì. Per i creditori partecipanti all'accordo, può valere l'aureo detto: "Qui dit contractuel, dit juste". Qui, per la patologia del contratto, soccorreranno i rimedi classici del diritto civile: annullamento o risoluzione. Per gli altri creditori, sulla base della previsione di legge, la risposta è pure apparentemente affermativa. Per essi la prospettiva è quella di ricevere o perlomeno di essere messi in condizione di ricevere l'integrale pagamento del credito alle scadenze previste: quindi il massimo di soddisfazione del loro diritto di credito. In realtà, la stessa ragione d'essere della norma, la fattispecie per cui è dettata - la revocatoria, la fallimentare - quella per cui l'accordo cessa di essere *res inter alios acta*, presuppone che la situazione sperata e prevista non si verifichi; se si verifica la norma è *inutiliter data*; mentre es-

sa è *utiliter data* solo quando non si verifica. Quindi il rimedio privatistico non ha successo, segue il fallimento.

In tal caso, non solo i creditori non aderenti, lungi dall'essere regolarmente pagati, subiscono la falciatura del concorso, ma, rispetto a quel che si sarebbe verificato se l'accordo di ristrutturazione non fosse intervenuto o non fosse stato omologato, vedono drasticamente ridursi la massa dell'attivo costituente la garanzia patrimoniale destinata alla soddisfazione del loro credito. Questo, per l'immunità da revocatoria degli atti solutori compiuti in esecuzione dell'accordo e anche di quelli che non sono strettamente solutori. Pensiamo, per esempio, che sia indubbia l'esenzione da revocatoria anche per i terzi, come l'acquirente di un ramo d'azienda, la cui dismissione fosse prevista dall'accordo quadro.

Ora, com'è stato osservato⁽⁸⁾, più si esalta in favore di alcuni l'effetto "delizia", più l'effetto "croce" si appesantisce a danno di altri.

Allora, io mi domando: perché mai l'istituto del trust, pur senza elidere in radice l'ingiustizia di fondo, che può derivare dalla *impar condicio* fra creditori - che l'accordo omologatorio, in qualche modo prefigura anche nella sua regolamentazione giuridica - può quantomeno attenuare le principali conseguenze, che, sul piano delle asimmetrie distributive, l'esecuzione dell'accordo può produrre? Perché, detto in due parole, il pericolo maggiore, insito nell'istituto, visto nella sua fisiologia, deriva non tanto dalla sua genesi, quasi interamente privatistica, ma dall'essere un contratto di durata la cui esecuzione resta interamente affidata all'autonomia privata, senza che sia esercitato alcun controllo esterno per tutta la fase dell'esecuzione.

Abbiamo in qualche modo esplorato il carattere multilivello dell'architettura contrattuale e verificato il carattere di contratto quadro dell'accordo di ristrutturazione, accordo che, ricordiamocelo, è il solo soggetto ad omologa, il solo controllato. Ma abbiamo constatato anche la necessità e l'intima complessità degli atti negoziali successivi, altrettanti contratti a valle, che poi in presenza della struttura societaria dell'impresa passeranno attraverso vari atti sociali (delibere assembleari, aumenti di capitale, costituzione di nuove società, rinuncia al diritto di opzione,

Nota:

(8) E. Roppo, Profili strutturali [*supra*, nota 6].

cessione di *asset*, di rami d'azienda, ecc.), tutti atti la cui corretta esecuzione è essenziale per la riuscita dell'operazione di ristrutturazione e la cui corretta esecuzione si verifica nei modi e nei tempi e secondo le circostanze che si saranno realizzate; modi e tempi che devono essere conformi alle nuove situazioni che via via si creano, dacché la gestione dell'impresa è una cosa dinamica, di per sé la più strutturalmente esposta a quello che i civilisti chiamano le "sopravvenienze".

In linea di principio, si può anche ammettere che nulla vieti che la gestione di siffatti accordi, in quanto, o quando, sia davvero *res inter alios acta*, possa essere interamente attuata in via diretta dalle parti, senza controlli esterni. Ma, dal momento in cui è l'ordinamento stesso a premiare questi accordi, attribuendo loro un effetto ulteriore, rispetto agli ordinari effetti che il diritto dei contratti ricollega all'incontro tra valide manifestazioni di volontà, cioè l'effetto immunizzante da revocatoria fallimentare, per tutti gli atti esecutivi dell'accordo, allora si impone un'annotazione. Il riscontro omologatorio rappresenta una forma di controllo esterno, che, al più, copre l'accordo quadro, ma nulla dice circa l'attuazione dello stesso, attraverso i contratti che sono volti a darne esecuzione, sui modi e sui tempi dello stesso. Possiamo dire quindi con tranquillità che dopo l'omologa il giudice *functus est munere suo*. Vi sono le note incertezze sui poteri del giudice dell'omologa, in ogni caso molto contenute, secondo la volontà del legislatore e anche sugli effetti dell'omologa (se possano bloccare delle iniziative esecutive o fallimentari). Certo è che, di fronte alla "cambiale in bianco" che il tribunale va a rilasciare, alla connessa responsabilità istituzionale che sarà percepita, non è da escludere che, specie in presenza di opposizione di creditori non aderenti, il giudice dell'omologa sia portato ad assumere poteri di valutazione in qualche modo analoghi a quelli sulla "quasi certezza" - come si diceva per il concordato - che l'accordo sia idoneo a garantire il regolare pagamento dei creditori estranei⁽⁹⁾, poteri che probabilmente il legislatore non ha voluto attribuirgli e il cui uso poco sorvegliato potrebbe anche pregiudicare l'istituto.

L'utilizzo del trust, pur esauendo anch'esso la disciplina dell'esecuzione della gestione dell'accordo quadro su un piano che resta interamente privatistico, può introdurre, direi forse paradossalmente per chi vede il trust collegato per lo più ad operazioni elusive, un fattore di moralizzazione, un più affidabi-

le momento di controllo sui modi e sui tempi di esecuzione dell'accordo, sulla sua stessa conformità alla funzione economico-sociale, per cui l'istituto dell'accordo omologato è dal legislatore stato ritenuto meritevole di tutela e non un azzardo. La novità dell'istituto del 182 *bis* e la varietà, la complessità delle situazioni (ma soprattutto il poco tempo residuo) non consentono che qualche *flash*. L'occasione di distorsione dell'istituto dalla sua funzione nella fase di attuazione, deriva, a ben vedere, dall'indistinzione fra posizioni che vanno invece ben individuate e tenute concettualmente distinte. Quella di proprietario (l'imprenditore in crisi), quella di titolare dei poteri di gestione, quella dei beneficiari. Sono figure che il trust individua chiaramente, guadagnando così condizioni di migliore conformità dell'istituto alla funzione. Ci è stato ricordato che questo istituto si sostanzia in un rapporto tra soggetto e bene, in vista di una funzione, di una destinazione che è lo statuto del trust. Quindi si accompagna anche alla distinzione fra l'esercizio della funzione gestoria propria del trustee e la posizione dei beneficiari, destinatari dei benefici. Proprio su questo punto si colloca un'ulteriore riflessione civilistica, ma si verifica anche la potenzialità del trust a far sprigionare nella sua interezza la funzione economico-sociale dell'accordo di ristrutturazione omologato: facendo emergere la figura che sembra restare fuori dalla configurazione tutta contrattuale dell'accordo, ma che, in una certa misura (quella di assicurargli la regolarità dei pagamenti), dall'accordo stesso è indicato come "terzo beneficiario": quella del "creditore estraneo" che - ecco la risorsa civilistica - nello schema dell'art. 1411 cod. civ., a fronte dell'impresa debitrice nel ruolo di promittente, dei creditori aderenti nel ruolo di stipulanti, assume la veste di terzo beneficiario (che aspira alla regolarità dei pagamenti e dimostra di volerne profittare).

Nella configurazione dell'accordo che prescinde dall'utilizzo del trust, la posizione dell'imprenditore in crisi è quella del "proprietario"; questi può assumere la veste di "disponente" sul piano meramente obbligatorio, impegnandosi alla cessione (a terzi o ad

Nota:

(9) V. Trib. Milano, 23 gennaio 2007, Il Sole 24 ore, 30 gennaio 2007, per cui, nella fase giudiziale dell'omologa degli accordi di ristrutturazione, il tribunale deve anche valutare il merito dell'accordo, inteso come la "concreta attuabilità del piano", basandosi su "un ragionevole grado di monetizzazione con particolare attenzione alla posizione dei creditori estranei all'accordo".

S a g g i

alcuno dei creditori aderenti) di crediti, *assets* aziendali, quote di società, ecc.; può rimanere titolare dei poteri di gestione, o impegnarsi a trasferire una parte di questi poteri ad uno o più dei creditori aderenti (o a un comitato fra essi). Anche in questo modo, solo una parte dei beneficiari (identificati invece secondo la funzione dell'istituto nella totalità dei creditori) riceve protezione: quella dei creditori aderenti.

Poche battute per chiarire come, sul piano degli interessi, il ricorso al trust non comporti lesione di interessi meritevoli e garantiti dalla legge. La norma di chiusura di cui all'art. 13 Convenzione de L'Aja garantisce che siano colpiti da nullità quei contratti che violano norme imperative o che, pur non violandole direttamente sono in base alla legge nazionale il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (contratto in frode alla legge).

L'art. 15 della Convenzione vale a stabilire che l'istituzione di un trust non può consentire applicazioni che comportino violazione di norme alle quali non si può derogare mediante un qualsiasi atto negoziale. Sul piano della tutela dei creditori, in generale, verso il disponente il rimedio classico resterà l'azione revocatoria ordinaria o fallimentare: azione revocatoria che, se è inserito il trust nell'accordo omologato, resta, alla stregua della legge interna, preclusa. Con l'ovvia avvertenza che il trust, in quanto tale, sfugge alla qualificazione di atto a titolo gratuito od oneroso. Durante i lavori preparatori della Convenzione, si è fatto efficace ricorso all'immagine del trust come missile e della rampa di lancio come negozio istitutivo. Il trust resta mero schema di rapporto obbligatorio (come ad esempio la delegazione). E, se la fonte è negoziale, può avere le più svariate *causae negotii* (causa liberale, di garanzia, di scambio, come avviene tra servizi e corrispettivi nei servizi di investimento). La causa va però cercata fuori dal trust e sarà essa a qualificare come oneroso o gratuito il negozio istitutivo che, nel caso, sarà quello che dà vita all'accordo di ristrutturazione (contratto di scambio, con i peculiari problemi, caratteri e specificità sopra descritti).

Verso il trustee (che, nel caso, potrà essere individuato in uno dei creditori aderenti, purché non sia diretto cessionario, o preferibilmente in un terzo scelto di comune accordo, ma, forse, anche dallo stesso disponente con l'atto di auto-destinazione che determina lo statuto del trust); non vi è deroga all'art. 2740 cod. civ. perché i beni, i valori, i diritti patrimoniali oggetto di disposizione non entrano "real-

mente" nel patrimonio del trustee (e si separano da quelli dei disponenti in caso di auto-destinazione). La posizione dei creditori individuali del trustee è assimilabile a quella dei creditori verso il mandatario senza rappresentanza. Essi non possono disattendere il valore programmatico del mandato e pretendere di considerare come "finale" l'acquisto del loro debitore, proprio perché l'oggetto della espropriazione forzata non può essere più ampio di quello che è il diritto del creditore sui beni sui quali soddisfarsi. C'è, infine, e soprattutto, la terza figura, quella dei "beneficiari"; e l'esigenza, attraverso il trust, di assicurare loro protezione. Una volta identificati, sulla base del dato normativo, come beneficiari non solo i creditori aderenti ma anche quelli estranei, la finalità da raggiungere è quella che l'esecuzione dell'accordo, omologato nella previsione che esso giovi ad entrambe le categorie, non evolva secondo modalità tali da pregiudicare l'aspettativa dei secondi (quello del "regolare pagamento").

Qui il trust può consentire l'introduzione pattizia e volontaria di un "guardiano" del trust. Non credo che, nei poteri delle parti, vi sia quello di designare quale "guardiano" il P.M. o il tribunale, che sono organi dello Stato le cui funzioni sono individuate dalla legge (a meno che non sia la legge a prevederne la possibilità). Ma ben potrebbe l'accordo da sottoporre ad omologa prevedere che guardiano del trust, con poteri di controllo (ed eventualmente autorizzativi - ad esempio, del compimento di atti di esecuzione solo se non si è in presenza di un dissesto irreversibile), sia un soggetto (sorta di "commissario giudiziale" di origine privatistica) designato dallo stesso tribunale, con il compito di curare e garantire la regolare esecuzione dell'accordo, riferire sulla sopravvenuta impossibilità di realizzare la sua funzione che è la funzione del trust. Non c'è dubbio che, in presenza di una siffatta clausola, sia destinata a venire meno anche la (altrimenti prevedibile) ritrosia dei giudici a contenere il riscontro omologatorio entro i confini della mera regolarità formale.

Note sulle modalità del trasferimento dei beni in trust ai beneficiari alla cessazione del trust

di Daniele Muritano e Saverio Bartoli

Il momento in cui, alla fine del trust, deve verificarsi il passaggio dei beni dal trustee ai beneficiari, è di estrema rilevanza. Nel nostro ambito civilistico, la dottrina che si è occupata della questione ha per lo più ritenuto, in ossequio alla premessa per cui il diritto del beneficiario ha natura obbligatoria, che alla fine del trust il trustee sia obbligato a trasferire i beni ai beneficiari (gli atti istitutivi "di prima generazione" prevedevano infatti una clausola in linea con tale ricostruzione). Si è posto così il problema di come ovviare all'eventualità che il trustee non possa o non voglia effettuare detto trasferimento, anche in considerazione dei tempi notoriamente lunghi della nostra giustizia. A tale riguardo, da un lato la prassi ha ritenuto di predisporre taluni accorgimenti negoziali, dall'altro lato la dottrina ha di recente proposto una tesi secondo la quale il trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari sarebbe, invece, automatico (così determinando il diffondersi di atti istitutivi "di seconda generazione" che prevedono - appunto - detto trasferimento automatico). Questo studio analizza sia tali accorgimenti che la detta recente tesi del trasferimento automatico.

§ 1. Premessa.

L'atto istitutivo di trust, com'è noto, si sostanzia nella predisposizione di un "programma" che il disponente, attraverso l'affidamento di beni al trustee, intende realizzare.

È altresì noto che tale programma prevede (almeno di regola⁽¹⁾) che, al termine del trust, il *trust fund* spetti ai beneficiari secondo quanto stabilito dal disponente nell'atto istitutivo.

Per lungo tempo, la prassi inerente agli atti istitutivi di trust interni ha descritto l'attività che il trustee deve porre in essere alla fine del trust utilizzando una clausola secondo la quale egli, giunto tale mo-

mento, dovrà trasferire i beni in trust ai beneficiari finali.

Una siffatta impostazione, all'evidenza, è fonte di notevoli inconvenienti nell'ipotesi in cui il trustee non possa o non voglia compiere la suddetta attività traslativa, cui la prassi tenta di ovviare con vari accorgimenti tecnici⁽²⁾.

È probabilmente a causa di ciò che la gran parte dei più recenti atti istitutivi tende, a quanto consta, ad aderire alla tesi proposta da un illustre autore⁽³⁾, secondo la quale, alla cessazione del trust, i beni diverranno automaticamente (cioè pur in assenza di una dichiarazione negoziale traslativa da parte del trustee) di titolarità dei beneficiari finali, così residuando a carico del trustee un mero obbligo di consegna dei beni a costoro.

Scopo del presente scritto è quello di analizzare quale sia la ricostruzione più plausibile, in termini civilistici, dell'attività del trustee in questa delicata e rilevante fase della vita di un trust.

Poiché, però, il tema in oggetto presenta innegabili elementi di contatto con la diversa questione inerente al passaggio della titolarità dei beni in trust dal soggetto che cessa dall'ufficio di trustee a colui

Note:

Daniele Muritano è notaio in Empoli.
Saverio Bartoli è avvocato in Firenze.

(1) Ben può accadere, infatti, che il disponente si limiti ad individuare i soggetti cui spetteranno le utilità dei beni in trust durante il trust, omettendo di indicare (volontariamente o meno) a chi spetteranno detti beni una volta che il trust sia finito: in quest'ultima ipotesi, com'è noto, ricorre una fattispecie di *resulting trust*, in virtù della quale i beni spetteranno allo stesso disponente o, se deceduto, ai suoi eredi o legatari. Per la questione inerente all'applicabilità o meno della Convenzione de L'Aja ai *resulting trusts*, cfr. G. Contaldi, *Il trust nel diritto internazionale privato*, Milano, 2001, p. 74 s.; S. Bartoli, *Il Trust*, Milano, 2001, p. 521 s. Per un tentativo di ridimensionare la portata del problema con riferimento ai trust interni, cfr. S. Bartoli - D. Muritano, *Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni*, § 16.2, in corso di pubblicazione a cura del Consiglio Nazionale del Notariato.

(2) Su tali inconvenienti e su tali accorgimenti ci si soffermerà nel prosieguo.

(3) Cfr. M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust. Con un formulario*, Milano, 2005, p. 66 s., pp. 187-189 e p. 385.

S a g g i

che subentra in detto ufficio, non pare potersi prescindere da una breve ricognizione anche di quest'ultimo problema(4).

§ 2. Il problema del trasferimento dei beni dal trustee uscente a quello subentrante.

§ 2.1. L'ipotesi di morte del trustee.

Nel diritto inglese dei trust il *trust fund* è, ovviamente, di titolarità del trustee, ma risulta separato dal suo restante patrimonio personale: alla morte del trustee, pertanto, i beni in trust non si trasmettono *mortis causa* ai suoi eredi(5).

Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'ufficio di trustee sia ricoperto da una pluralità di soggetti ed uno di costoro muoia, per il diritto inglese la titolarità dei beni in trust si concentra in capo ai trustee superstiti(6), i quali, se l'atto istitutivo non dispone diversamente(7), saranno titolari di tutti i poteri di cui disponeva in vita il trustee defunto.

Nel caso, invece, in cui il soggetto deceduto sia l'unico trustee(8), per il diritto inglese i beni in trust passano (come, del resto, anche il suo patrimonio personale) nella titolarità del suo cosiddetto "personal representative"(9), il quale eserciterà i poteri del trustee defunto(10).

La situazione descritta nella prima ipotesi è definitiva se il trustee deceduto non dev'essere rimpiazzato, meramente provvisoria in caso contrario; quella descritta nella seconda ipotesi, invece, è sempre provvisoria, salvo che il *personal representative* risulti, altresì, designato quale trustee subentrante.

Rispetto al diritto italiano la diversità appare evidente.

Il decesso dell'unico trustee di un trust interno non può, infatti, comportare il passaggio dei beni in trust (sia pure a titolo provvisorio) ad un *personal representative*.

Gli effetti che discendono a seguito del decesso dell'unico trustee appaiono essere – alternativamente – i seguenti:

a) i beni in trust si trasferiscono agli eredi del trustee deceduto, ma al solo fine di far sì che costoro li trasferiscano al nuovo trustee;

b) i beni in trust non appartengono ad alcuno, ma grava comunque sugli eredi del trustee l'obbligo di cui *sub a*);

c) i beni in trust per il momento non appartengono ad alcuno ed il trasferimento al nuovo trustee si

attuerà con meccanismi che prescindono dalla partecipazione volitiva degli eredi del trustee defunto.

Sia la soluzione *sub a*) che la soluzione *sub b*) sembrano da respingere, in quanto in palese contrasto con il principio della separazione patrimoniale prodotta dal trust: se i beni in trust sono esclusi dalla successione del trustee, gli eredi di costui non possono venire in questione in alcun modo(11).

L'unica soluzione praticabile sembra quindi quella *sub c*), poiché la temporanea assenza di un proprietario dei beni in trust è del tutto in linea con la temporanea vacanza dell'ufficio che è connesso alla proprietà di essi: è appunto ponendosi in tale ordine di idee che è stato gestito, con esito ad oggi positivo, il primo caso in Italia di morte del trustee(12).

Nel diritto inglese, laddove il trustee defunto debba essere sostituito, sarà nuovo trustee:

a) il soggetto eventualmente già individuato nell'atto istitutivo,

ovvero, in difetto,

b) il soggetto individuato da chi, in base all'atto istitutivo, ha un siffatto potere di nomina (*power of appointment*)(13),

ovvero, in difetto di detta nomina,

Note:

(4) Sul quale v., *amplius*, S. Bartoli, La vicenda della successione del trustee in un trust familiare regolato dalla legge inglese, in E. Barla De Guglielmi (cur.), *Il trust: opinioni a confronto*, Milano, 2006, p. 297; S. Bartoli – D. Muritano, *Riflessioni su talune clausole [supra, nota 1]*, § 13.

(5) V. anche gli artt. 2, paragrafo secondo, lettera a) e 11, paragrafo secondo, lettera c) della Convenzione de L'Aja.

(6) V. *sect.* 18 (1) del *Trustee Act 1925*. Nel testo, ovviamente, non si considera l'ipotesi in cui l'atto istitutivo preveda, invece, la cessazione del trust in caso di morte di anche uno solo dei trustee.

(7) V. *sect.* 69 (2) del *Trustee Act 1925*.

(8) E l'atto istitutivo – s'intende – preveda non già la cessazione, bensì la continuazione del trust.

(9) V. *sectt.* 1 e 3 dell'*Administration of Estates Act 1925*.

(10) V. *sect.* 18 (2) del *Trustee Act 1925*.

(11) Non è insomma ipotizzabile che gli eredi del trustee siano gravati da un obbligo di trasferire i beni al trustee subentrante (al massimo, infatti, se detti beni o parte di essi si trovano presso costoro, sarà configurabile un loro obbligo di consegnarli).

(12) Riguardano appunto tale vicenda l'articolo di F. Steidl, *La pubblicità della successione del trustee defunto*, in questa Rivista, 2005, 306, e le due note di trascrizione consultabili in *Morte del trustee e trascrizione in favore del nuovo trustee*, *ivi*, 309.

(13) V. *sect.* 36 del *Trustee Act 1925*.

c) il soggetto individuato dai trustee superstiti oppure dal *personal representative* dell'ultimo trustee(14),

ovvero, quale *extrema ratio*,

d) il soggetto individuato dal giudice(15).

Di queste quattro alternative le uniche sicuramente praticabili in caso di trust interno appaiono quelle *sub a)* e *sub b)* e, in parte, quella *sub c)*.

La prassi dei trust interni, infatti, proprio allo scopo di prevenire il problema della sostituzione del trustee, fa frequente uso di una clausola che sin dall'istituzione del trust individua i soggetti che, secondo un ordine predefinito, ricopriranno in futuro detto ufficio(16).

Stesso discorso vale per l'individuazione del trustee da parte di chi ha il potere di farlo in base all'atto istitutivo, così come è accaduto nel primo caso italiano di decesso del trustee(17), poiché l'atto istitutivo del trust conferiva appunto al trustee in carica il potere di nominare il proprio successore ed egli si è avvalso, prima di morire, di tale potere.

Quanto poi all'ipotesi *sub c)*, pare evidente che solo la nomina da parte dei trustee superstiti sia compatibile con i trust interni.

Ipotizzare, infine, che possa essere il giudice italiano a nominare il trustee di un trust interno, desta qualche perplessità(18).

La nomina giudiziale del trustee, infatti, implicando l'investitura di un soggetto nella titolarità di un ufficio di diritto privato, parrebbe aver natura di provvedimento di volontaria giurisdizione, e non esistendo nel nostro ordinamento una norma analoga alla *sect. 41* del *Trustee Act 1925*, essa sembra confliggere con il principio di tipicità di tali provvedimenti.

In secondo il luogo, il provvedimento giudiziale di nomina del trustee ha un contenuto particolarmente qualificante, in quanto esso incide, altresì, sul trasferimento a costui dei beni in trust.

Un argomento favorevole alla conclusione positiva potrebbe invece essere costituito dal fatto che in base all'art. 8, paragrafo secondo, lettera a) della Convenzione è la legge regolatrice del trust a disciplinare la successione del trustee e che, nel caso di specie, la normativa inglese contiene, appunto, la *sect. 41* del *Trustee Act 1925*.

Si potrebbe quindi sostenere che, per effetto della ratifica della Convenzione, è stata introdotta in Italia una nuova ipotesi *extra codices* di provvedimento di volontaria giurisdizione.

§ 2.2. Il trasferimento dei beni al trustee subentrante.

Secondo il diritto inglese, se la nomina del nuovo trustee avviene in sede stragiudiziale(19), il trasferimento (*vesting*) dei beni in trust dal trustee defunto a costui potrà avere quale titolo (unitamente – s'intende – all'accettazione dell'incarico da parte del trustee subentrante):

1) un'espressa dichiarazione di trasferimento (*express vesting declaration*) contenuta nell'atto di nomina (*deed of appointment*)(20),

ovvero

2) l'atto di nomina come tale, se esso, pur essendo privo di una siffatta dichiarazione, non contenga un'espressa esclusione di un siffatto trasferimento (*implied vesting declaration*)(21),

ovvero, quale *extrema ratio*,

3) un provvedimento del giudice (*vesting order*)(22).

Né il meccanismo traslativo descritto *sub 1)* né quello descritto *sub 2)* appaiono porsi in contrasto con il nostro sistema civilistico, in quanto l'art. 8, paragrafo secondo, lettera a) della Convenzione demanda alla legge regolatrice del trust la disciplina della trasmissione delle funzioni di trustee(23).

D'altro canto, già la logica suggerisce come, non potendosi per definizione ricoprire l'ufficio di trustee

Note:

(14) V. *sect. 36* del *Trustee Act 1925*.

(15) V. *sect. 41* del *Trustee Act 1925*.

(16) A volte la lista dei trustee in questione è contenuta in un documento allegato all'atto istitutivo.

(17) V. *supra*, nota 12.

(18) Analoghe perplessità sono espresse, sia pure senza motivare sul punto, anche da F. Steidl, *La pubblicità* [*supra*, nota 12], a p. 306.

(19) Come nelle ipotesi distinte *supra*, § 2.1 con le lettere da a) a c).

(20) V. *sect. 40 (1) (a)* del *Trustee Act 1925*.

(21) V. *sect. 40 (1) (b)* del *Trustee Act 1925*.

(22) V. *sectt. 44, 45, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56 e 58* del *Trustee Act 1925*.

(23) Tali meccanismi traslativi – si badi – altro non fanno che adeguare la situazione *at law* a quella già esistente in *equity*: verificatasi una qualunque causa di cessazione dall'ufficio, infatti, i beni in trust già "appartengono in *equity*" al trustee subentrante, poiché è venuta meno la ragione che a suo tempo giustificò l'attribuzione della *legal ownership* sui beni in trust in capo al trustee uscente: quest'ultimo, in altri termini, è un *bare trustee* (o trustee "nudo") del trustee subentrante (cfr. in tal senso M. Lupoi, *L'atto istitutivo di trust* [*supra*, nota 3], p. 406).

Saggi

senza esser titolare dei beni in trust, sia corretto collegare alla perdita della qualità di trustee la perdita della titolarità di tali beni ed alla nomina del nuovo trustee un effetto attributivo a costui dei beni stessi.

Nel primo caso italiano di decesso del trustee(24) di un trust interno ci si è, appunto, avvalsi del meccanismo traslativo descritto *sub* 2): il titolo del trasferimento dei beni in trust dal trustee defunto a quello subentrante è ivi costituito, infatti, dall'atto di designazione di quest'ultimo effettuato in vita dal primo e dall'accettazione dell'ufficio da parte del trustee subentrante.

La sect. 40 (1) del Trustee Act 1925 appare quindi di poter costituire la base normativa che giustifica, in un trust interno retto dalla legge inglese, un siffatto trasferimento di beni(25).

Resta da esaminare il meccanismo traslativo di cui *sub* 3), cioè l'ipotesi in cui la nomina del nuovo trustee avvenga in sede giudiziale e detto provvedimento di nomina contenga, altresì, il *vesting order* relativo ai beni in trust.

A tale riguardo si ribadiscono i dubbi in ordine alla configurabilità di un provvedimento siffatto da parte del giudice italiano, per le stesse ragioni esposte *supra*, nel § 2.1.

§ 2.3. L'ipotesi di dimissioni o revoca del trustee(26).

Nel diritto inglese il trustee può dimettersi nei seguenti casi:

a) se l'atto istitutivo glielo consente, espressamente o per implicito;

b) in caso contrario, se i soggetti individuati dalla sect. 36 del Trustee Act (cioè i soggetti che, in base all'atto istitutivo, hanno il potere di nominare trustee oppure, in loro mancanza o se essi non possono o vogliono esercitare detto potere, gli altri trustee in carica) nominano un trustee al suo posto;

c) se tutti i beneficiari maggiorenni e capaci d'agire acconsentono alle sue dimissioni;

d) se il giudice gli ordina di dimettersi (ipotesi assai rara a verificarsi in pratica).

Quanto alla revoca del trustee, nel diritto inglese essa può essere disposta:

a) dal soggetto cui l'atto istitutivo attribuisce un siffatto potere,

b) dai beneficiari, se maggiorenni e capaci;

c) dai soggetti individuati dalla sect. 36 del Trustee Act, cioè quelli sopra indicati, in tema di dimissioni, alla lettera b);

d) dal giudice(27).

Quanto al trasferimento dei beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante, valgono le osservazioni sopra svolte, precisandosi tuttavia che, qualora la nomina del nuovo trustee avvenga in sede stragiudiziale, il trasferimento potrà aver luogo non solo nei modi sopra descritti, ma anche mediante la stipula, da parte del trustee uscente, di un apposito atto traslativo.

Il problema diviene delicato da risolvere nell'ipotesi di cessazione del trustee per dimissioni o revoca, qualora il trustee uscente si rifiuti di trasferire i beni a quello subentrante.

In tal caso, secondo un autore(28), l'unico modo per uscire dall'impasse sarebbe quello di avviare nei suoi confronti un'azione di cognizione ordinaria(29), volta ad ottenere mediante sentenza l'attuazione coattiva del suo obbligo inadempito di trasferire.

Tale soluzione desta perplessità, in primo luogo perché mira a risolvere quella che appare una questione di volontaria giurisdizione facendo ricorso ad un procedimento di giurisdizione contenziosa (per tacere della conseguente dilatazione dei tempi della tutela dei beneficiari del trust, cui comunque si potrebbe forse in parte ovviare in sede cautelare(30)).

In secondo luogo, appare sostenibile che il rifiuto del trustee uscente non sia idoneo ad impedire il passaggio dei beni in trust a quello subentrante, ma solo ad impedire che il titolo di un siffatto trasferimento riposi (unitamente – al solito – all'accettazione dell'ufficio da parte del trustee subentrante) in un atto

Note:

(24) Per il quale v. *supra*, nota 12.

(25) Occorre evidenziare che norme analoghe sono contenute anche in altre leggi: si pensi, ad esempio, alla sect. 39 del Trustee Act 1961 dell'Isola di Man.

(26) È evidente che la cessazione dall'ufficio di trustee può verificarsi anche per altre cause, quali la scadenza di un termine finale o l'avveramento di una condizione risolutiva. Le conclusioni cui si perviene in questo paragrafo valgono, ovviamente, anche per tali fattispecie.

(27) V. sect. 41 del Trustee Act 1925.

(28) V. F. Steidl, La pubblicità [*supra*, nota 12], a p. 306.

(29) Fondata – come pare desumibile – sull'art. 2932 cod. civ. (la relativa sentenza – si badi – ha natura costitutiva).

(30) Si pensi ad un sequestro giudiziario ex art. 670, n. 1 cod. proc. civ. (trattandosi di beni di cui è controversa la proprietà), ovvero ad un provvedimento d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. (l'ammissibilità di quest'ultimo rimedio cautelare quando si tratti di anticipare gli effetti di sentenze costitutive, comunque, non è pacifica).

volontario a tal fine posto in essere dallo stesso trustee uscente.

In base al combinato disposto dell'art. 8, paragrafo secondo, lettera a) della Convenzione e della sect. 40 del Trustee Act 1925, il titolo in oggetto può essere rappresentato sia da un provvedimento giudiziale di rapida formazione, in quanto avente natura di provvedimento di volontaria giurisdizione (titolo questo, però, di dubbia ammissibilità nel nostro ordinamento, per le ragioni già sopra esposte), sia (e soprattutto) dallo stesso atto di nomina del nuovo trustee, che è fonte di un'espressa o implicita *vesting declaration ex lege* in capo al trustee subentrante (il quale poi, accettando l'incarico, perfeziona la fattispecie traslativa).

Se ciò è corretto, il rifiuto del trustee uscente sarebbe idoneo soltanto ad impedire la materiale consegna dei beni al (già proprietario) trustee subentrante che ha accettato l'incarico: inconveniente questo, però, cui quest'ultimo potrebbe ovviare in sede possessoria oppure – in ipotesi – in sede cautelare (cioè richiedendo, nei confronti del trustee uscente, un provvedimento d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.*).

§ 2.4. Soluzioni operative.

I più recenti atti istitutivi di trust interni contengono di regola una clausola secondo la quale il trustee uscente “perde ogni diritto sui beni in trust in favore di colui o coloro che gli succedono o rimangono nell'ufficio”, sì che a carico del trustee uscente (o dei suoi eredi) residua soltanto, stante l'automaticità del trasferimento dei beni in trust al trustee subentrante, un obbligo di consegnare detti beni⁽³¹⁾.

Tale clausola appare la “traduzione” più consona, in termini civilistici, del fenomeno della sostituzione del trustee: l'aver riconosciuto l'esistenza nel nostro ordinamento di un nuovo ufficio di diritto privato, cioè quello del trustee, appare esigere infatti il riconoscimento, altresì, del fatto che la situazione proprietaria di colui che ricopre detto ufficio nasce e viene meno, rispettivamente, con l'assunzione e la cessazione dell'incarico.

Tenuto però conto dell'incertezza nella quale versa ad oggi la questione in esame, appare utile indicare gli accorgimenti che la prassi ha ritenuto di porre in essere onde ovviare all'eventualità che il trustee uscente non provveda spontaneamente al trasferimento dei beni in trust a quello subentrante.

In primo luogo, e con limitato riferimento a beni mobili e disponibilità finanziarie, si è evidenziata l'opportunità⁽³²⁾ che detti beni vengano intestati dal trustee, sin dall'inizio del trust, a mandatarie società fiduciarie o società di gestione del risparmio⁽³³⁾.

In tali ipotesi – si osserva – non vi sarà alcun trasferimento di beni in trust dal trustee uscente a quello subentrante, in quanto il terzo in questione si limiterà a registrare il cambiamento del soggetto che riveste l'ufficio di trustee.

Tuttavia può rilevarsi come, ove si ritenga di non aderire alla tesi del passaggio dei beni dal trustee uscente a quello subentrante a prescindere da un atto di volontà del primo, l'eventuale intestazione dei beni a terzi *nominees* lascia, in realtà, impregiudicato il problema: in tale ottica, infatti, costoro, per poter legittimamente procedere a detta registrazione, parrebbero dover previamente richiedere al trustee subentrante l'esibizione di un atto del trustee uscente recante il trasferimento a costui dei beni in trust.

In secondo luogo, si registra talvolta il ricorso allo strumento della condizione: l'atto istitutivo, cioè, qualifica l'eventuale cessazione dall'ufficio del trustee in carica durante il trust, al tempo stesso, quale condizione risolutiva dell'atto attributivo della proprietà a costui e quale condizione sospensiva dell'attribuzione della proprietà al trustee subentrante.

Tale soluzione intende assicurare, mediante l'utilizzo di un tipico istituto civilistico, un risultato affine a quello dell'automatico passaggio dei beni dal trustee uscente al trustee subentrante: in questo caso, però, l'attribuzione dei beni in trust ai trustee via via in carica non proviene dai trustee via via uscenti, ma dal disponente.

A tale soluzione potrebbe obiettarsi che la cessa-

Note:

(31) Per tale clausola, cfr. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 3], pp. 406-408 e p. 504 (v. la clausola qualificata come “art. 10”), p. 524 s. (v. l'art. 6 dell'atto istitutivo di trust), p. 538 s. (v. l'art. 23 dell'atto istitutivo di trust), p. 553 s. (v. l'art. 26 dell'atto istitutivo di trust), p. 569 (v. l'art. 28 dell'atto istitutivo di trust) e p. 605 s. (v. l'art. 29 dell'atto istitutivo di trust).

(32) V. in tal senso M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 3], pp. 259 e 407.

(33) Tale attività di intestazione a terzi “*nominees*”, del resto, è espressamente consentita anche dall'art. 2, paragrafo secondo, lettera b) della Convenzione, secondo il quale “i beni in trust sono intestati a nome del trustee o di un'altra persona per conto del trustee”.

S a g g i

zione del trustee, fungendo in tale ottica da condizione risolutiva, dovrebbe operare retroattivamente: da ciò discenderebbe, insomma, che gli eventuali atti gestori o dispositivi compiuti dal trustee in conformità all'atto istitutivo, avendo ad oggetto una proprietà "risolubile" del trustee, dovrebbero parimenti risolversi retroattivamente, con quali rovinosi effetti per i terzi è facile immaginare.

L'obiezione potrebbe superarsi osservandosi come, in base all'art. 1360 cod. civ., l'avveramento della condizione non produce effetti *ex tunc* nei seguenti casi:

a) nei rapporti ad esecuzione istantanea quando, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, tali effetti debbano essere riportati a un momento diverso (art. 1360, I comma cod. civ.);

b) nei rapporti di durata (art. 1360, II comma cod. civ.).

Se quindi l'atto istitutivo lo prevedesse espressamente, un eventuale atto di alienazione dei beni in trust compiuto legittimamente⁽³⁴⁾ dal trustee in carica non potrebbe essere caducato una volta che costui sia cessato dall'incarico⁽³⁵⁾.

Analogo ragionamento varrebbe per le eventuali prestazioni periodiche che legittimamente il trustee in carica avesse compiuto⁽³⁶⁾.

La soluzione della condizione postula, inoltre, ove tra i beni in trust siano compresi immobili, l'effettuazione delle ulteriori formalità pubblicitarie previste, quanto alla condizione risolutiva, dagli artt. 2659, ultimo comma cod. civ. (menzione nella nota dell'esistenza della peculiare condizione risolutiva affettante l'acquisto della proprietà da parte del trustee) e 2655 cod. civ. (annotazione a margine dell'avveramento della condizione risolutiva, cioè del verificarsi di una causa di cessazione dall'ufficio) e, quanto alla condizione sospensiva, ancora dall'art. 2659, ultimo comma cod. civ. e dall'art. 2668, III comma cod. civ. (cancellazione dell'indicazione dell'esistenza della condizione sospensiva, essendosi questa avverata a seguito dell'assunzione dell'ufficio di trustee da parte del soggetto subentrante)⁽³⁷⁾.

Quale ulteriore soluzione si è ipotizzato il rilascio da parte del trustee, all'atto dell'accettazione dell'incarico (e quindi all'atto dell'acquisizione della titolarità dei beni in trust), di un mandato con procura irrevocabile (ai sensi dell'art. 1723, II comma cod. civ.) in favore di un terzo soggetto (di solito il guardiano), in base al quale quest'ultimo potrà, una volta che il trustee mandante sia cessato dall'ufficio, tra-

sferire in luogo di costui i beni in trust al trustee subentrante⁽³⁸⁾.

Note:

(34) Cioè senza violare le disposizioni dell'atto istitutivo.

(35) Si tratta della prima delle due ipotesi di irretroattività menzionate nel testo *sub a*). Si potrebbe forse altresì sostenere che, pur in difetto di una previsione siffatta nell'atto istitutivo, l'atto di alienazione legittimamente compiuto dal trustee in carica non verrebbe caducato ove egli cessi poi dall'incarico, perché ciò si desume dalla "natura del rapporto": si tratta della seconda delle due ipotesi di irretroattività menzionate nel testo *sub a*). L'espressa previsione di effetto *ex nunc* contenuta nell'atto istitutivo, però, ovviamente eliderebbe *in radice* qualunque dubbio al riguardo.

(36) Si pensi alle erogazioni eventualmente effettuate a favore di beneficiari di reddito.

(37) Quanto poi al titolo idoneo per l'effettuazione di tali formalità pubblicitarie, secondo l'art. 2655, ultimo comma cod. civ. l'annotazione a margine dell'avveramento della condizione risolutiva si opera sulla base di una sentenza, di una convenzione da cui risulta l'avveramento, ovvero di una dichiarazione unilaterale del contraente in danno del quale si è verificato l'avveramento. Considerato che, nel caso di specie, la "convenzione" dovrebbe esser stipulata dal disponente (alienante) e dal trustee uscente (acquirente) e la "dichiarazione unilaterale" dovrebbe provenire dal trustee uscente (è infatti in danno di costui che la condizione risolutiva si è avverata), a prima vista parrebbe riproporsi quel problema dell'eventuale non collaborazione da parte del trustee uscente cui la soluzione della condizione risolutiva intenderebbe avviare (parrebbe infatti che, se il trustee uscente non possa o voglia porre in essere un atto da cui risulti la sua cessazione dall'ufficio, sia necessario ottenere una sentenza che accerti tale circostanza, con aggravio sia di tempi che di costi). A ben guardare, però, la norma parrebbe dover esser letta avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie. Se il trustee è cessato per morte, non può certo ipotizzarsi che siano i suoi eredi a dover partecipare alla "convenzione" o a porre in essere la "dichiarazione unilaterale" di cui parla la norma: costoro, infatti, per definizione, non possono succedere al trustee deceduto nella titolarità dei beni in trust, sì che parrebbe sufficiente l'esibizione del certificato di morte del trustee. Se poi il trustee si è dimesso, l'atto autentico recante le sue dimissioni dovrebbe costituire la "dichiarazione unilaterale" sufficiente allo scopo. Residua l'ipotesi di revoca del trustee, con riguardo alla quale potrebbe forse sostenersi, ad ogni modo, la sufficienza dell'atto autentico di revoca per almeno due motivi: a) nel momento in cui assunse l'incarico, il trustee accettò l'eventualità di poter cessare dal medesimo per revoca; b) la revoca non richiede l'esistenza di una giusta causa, salvo che l'atto istitutivo preveda diversamente, sì che trattasi di una causa di cessazione dall'ufficio del trustee operante, per così dire, oggettivamente. Il problema oggetto di questa nota, pertanto, parrebbe porsi unicamente nel non frequente caso in cui l'atto istitutivo preveda la revocabilità del trustee soltanto per giusta causa. Quanto poi al titolo idoneo all'effettuazione delle formalità pubblicitarie relative all'avveramento della condizione sospensiva, l'art. 2668, III comma cod. civ. richiede una sentenza o una dichiarazione, anche unilaterale, della parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata: poiché nel nostro caso tale "parte" altro non è che il disponente (è infatti costui ad aver alienato sotto condizione sospensiva al trustee subentrante), i problemi sopra accennati parrebbero non porsi affatto.

(38) Per un accorgimento siffatto, v. G. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, vol. III, t. I, Milano, 2003, pp. 1020-1022. La clausola, che si riferisce alla sola ipotesi di decesso o sopravvenuta incapacità del trustee, prevede che l'obbligazione di trasferire i beni al trustee subentrante gravi in tali casi non già sul trustee (o, se deceduto, sui suoi eredi), ma sul guardiano, cui essa dichiara di "conferire la relativa legittimazione": parrebbe quindi che l'atto istitutivo (*rectius*: il trustee nominato in detto atto e che ha accettato l'incarico) conferisca – appunto – una procura al

(Segue)

§ 3. Il problema del trasferimento dei beni dal trustee ai beneficiari alla cessazione del trust.

Veniamo ora allo specifico tema oggetto di queste note⁽³⁹⁾, cioè alla questione del trasferimento dei beni in trust dal trustee ai beneficiari alla cessazione del trust.

Al fine di tentare di “tradurre” il fenomeno in termini civilistici, appare opportuno analizzarlo brevemente dal punto di vista del diritto inglese dei trust.

Secondo quest'ultimo, al termine del trust i beneficiari vantano un diritto incondizionato a vedersi trasferiti dal trustee i beni in trust, essendo “absolutely entitled” rispetto ad essi: ciò in quanto ormai i beni in trust appartengono, dal punto di vista dell'*equity*, ai beneficiari, sì che il trustee è in tale momento un mero “bare trustee” di costoro⁽⁴⁰⁾.

Qualora il trustee rifiuti di effettuare il trasferimento, i beneficiari potranno ottenere dal giudice un provvedimento (*vesting order*) che coattivamente trasferirà loro la proprietà⁽⁴¹⁾.

Come si è detto *supra*, § 1, i più recenti atti istitutivi di trust interni tendono ad abbandonare la precedente tecnica redazionale (prevedente un obbligo di trasferire i beni ai beneficiari), utilizzando invece una clausola secondo la quale al termine del trust il *trust fund* “appartiene di diritto” ai beneficiari.

L'autorevole dottrina⁽⁴²⁾ che ha proposto tale clausola⁽⁴³⁾ costituirebbe la miglior traduzione civilistica possibile del suddescritto fenomeno proprio del diritto inglese.

Alla fine del trust residuerebbe, quindi, a carico del trustee un mero obbligo di consegna dei beni ai beneficiari, essendo costoro proprietari degli stessi dal momento stesso in cui ne richiedono l'attribuzione.

Tale tesi, se pure possiede l'indubbio pregio di ovviare al problema dell'eventuale impossibilità o non volontà di trasferire i beni da parte del trustee, non appare però del tutto persuasiva.

In primo luogo, infatti, non sembra coerente dal punto di vista civilistico qualificare, a monte, il diritto dei beneficiari del trust quale diritto di natura obbligatoria e non reale⁽⁴⁴⁾ per poi affermare che costoro, alla fine del trust, divengono titolari dei beni a prescindere da un atto di adempimento del trustee⁽⁴⁵⁾.

Da un punto di vista civilistico, infatti, una siffatta costruzione evoca piuttosto l'immagine della titolarietà, da parte del beneficiario finale, di un diritto reale sui beni in trust sottoposto dal disponente, a seconda del modo in cui è congegnato l'atto istitutivo, a condizione sospensiva o a termine iniziale.

In secondo luogo, neppure nel diritto inglese appare esservi un trasferimento automatico dei beni dal

trustee al beneficiario finale, di un diritto reale sui beni in trust sottoposto dal disponente, a seconda del modo in cui è congegnato l'atto istitutivo, a condizione sospensiva o a termine iniziale.

In secondo luogo, neppure nel diritto inglese appare esservi un trasferimento automatico dei beni dal

Note:

(Continua nota 38)

guardiano a trasferire i beni al trustee subentrante. Più precisa al riguardo appare la formulazione dell'analoga clausola 6 dell'atto istitutivo del cosiddetto “Trust Concordato Santa Rita” (consultabile in questa Rivista, 2005, 302; la sentenza che ha omologato il concordato preventivo connesso a detta operazione è Trib. Parma, 3 marzo 2005, *ivi*, 409): in essa si afferma che il trustee “fin da ora si obbliga a trasferire” i beni in trust al trustee subentrante e che “nel caso in cui si renda necessario od opportuno [...] il protector può intervenire a tale atto di ritrasferimento in nome e per conto” del trustee uscente, “considerandosi con il presente atto conferito uno specifico mandato in tal senso” *ex art.* 1723, Il comma cod. civ.

(39) Sul quale, v. *amplius* S. Bartoli – D. Muritano, Riflessioni su talune clausole [*supra*, nota 1], § 14.

(40) Il punto è pacifico: v. ad esempio P. Lewin, *On trust*, Londra, 2000, p. 639. Per una chiara esposizione del fenomeno, v., nella dottrina italiana, M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 3], p. 187-189.

(41) V. *sect.* 44 (VI) e 51 (1) (ii) (d) del Trustee Act del 1925.

(42) V. *supra*, nota 3.

(43) Questo è il testo della clausola in questione (per il quale cfr. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 3], pp. 67, 188, 384, 453 (clausola qualificata come “art. 1”), p. 455 (“art. 1”), p. 456 (“art. 1” e “art. 2”), p. 457 (“art. 3”), p. 458 (“art. 6”), pp. 458-459 (“art. 7”), p. 459 (“art. 1”), p. 460 s. (“art. 1”), p. 461 (“art. 2”), p. 464 s. (“art. 4”), p. 465 (“art. 2”), p. 465 s. (“art. 4”), p. 467 s. (“art. 3”), p. 468 (“art. 5”), p. 517 (art. 5 dell'atto istitutivo di trust; d'ora in avanti, per brevità: “a.i.t.”), p. 525 (art. 7 a.i.t.), p. 534 (art. 10 a.i.t.), p. 551 s. (art. 22 a.i.t.), p. 566 s. (art. 23 a.i.t.) e p. 587 (art. 38 a.i.t.)): “Sopraggiunto il termine finale della durata del trust, il fondo in trust è trasferito di diritto” ai beneficiari “ai quali soltanto il fondo da quel momento appartiene; il trustee 1. tiene il fondo a loro disposizione e 2. cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi” (l'autore aggiunge la seguente traduzione in inglese della clausola: “Upon the termination of the Trust Period the Trustees shall hold the trust fund upon trust for [...] absolutely and shall take every necessary step to convey legal title to them, enforceable against any third party”).

(44) Come ormai fa (e da tempo) la tesi dominante e preferibile, fra l'altro sulla scia di quanto da sempre sostenuto proprio dall'illustre autore citato (per un riepilogo dei termini della questione inerente alla natura reale o obbligatoria del diritto del beneficiario, v. S. Bartoli, *Il Trust* [*supra*, nota 1], p. 91 s.).

(45) La difficile conciliabilità fra questi due concetti appare emergere anche dalla stessa esposizione dell'illustre autore, il quale prima parla di un obbligo del trustee di trasferire i beni ai beneficiari (postulando, all'evidenza, un atto di adempimento di tale obbligo) e poi precisa, con riguardo alla prestazione del trustee, che “si tratta più propriamente di consegna; e il trasferimento avverrà appena sarà richiesto dal creditore” (v. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 3], pp. 187-189; v., *ivi*, anche pp. 374 s. e pp. 495 s., dove a più riprese compare, sia nel testo che negli esempi di clausole, l'attività traslativa del trustee in favore dei beneficiari).

S a g g i

trustee ai beneficiari finali, poiché l'obbligazione del trustee riluttante risulta coercibile solo mediante un *vesting order* del giudice(46).

In tale ordinamento giuridico, peraltro, i tempi brevi entro i quali i beneficiari possono ottenere dal giudice un siffatto *vesting order* rendono il trasferimento coatto a costoro dei beni in trust equivalente, sul piano pratico, ad un trasferimento automatico.

Nel nostro ordinamento, invece, la natura obbligatoria del diritto dei beneficiari finali parrebbe comportare che il trasferimento a costoro dei beni possa avvenire solo mediante un atto di adempimento del trustee e che tale prestazione, in caso di rifiuto del trustee, possa coattivamente essere conseguita solo mediante un provvedimento giudiziale(47).

È plausibile ritenere che tale provvedimento rientri nell'ambito della giurisdizione contenziosa: se è vero, infatti, che il trasferimento ai beneficiari finali appare consequenziale alla cessazione dall'ufficio del trustee, non è men vero che trattasi, comunque, di un'attribuzione patrimoniale che porta a compimento il disegno negoziale a suo tempo preordinato dal disponente(48): ne discende che tale provvedimento appare rientrare nella previsione dell'art. 2932 cod. civ., sì da comportare dilatazioni di tempi e qualche difficoltà di conseguire un'anticipata tutela in sede cautelare(49).

Quanto alle tecniche redazionali attraverso le quali ovviare a tali lungaggini si potrebbe pensare, in primo luogo, alla predisposizione di una clausola che prevede al riguardo la giurisdizione del giudice inglese, in quanto la materia non appare rientrare nella giurisdizione volontaria.

Sembra evidente come una tale scelta potrebbe, nel caso concreto, rivelarsi non conveniente, in quanto antieconomica.

Quanto agli accorgimenti civilistici miranti ad ovviare all'eventuale rifiuto del trustee di effettuare il trasferimento, essi sono analoghi a quelli visti *supra*, § 2.4 in tema di passaggio dei beni dal trustee uscente a quello subentrante.

Va esclusa, in primo luogo, la possibilità di congelare la proprietà del trustee in carica alla cessazione del trust come sottoposta a termine finale(50): ciò infatti postula, correlativamente, la ricostruzione del diritto dei beneficiari come proprietà sottoposta a termine iniziale, in aperto conflitto con l'assunto che il loro diritto abbia, in realtà, natura obbligatoria.

In quest'ultima ottica, infatti, la fine del trust segnala non già il momento in cui i beni in trust diven-

gono di proprietà di costoro, bensì il momento in cui il loro diritto di credito (avente quale contenuto la prestazione del trustee consistente nel trasferimento dei beni) diviene esigibile.

Quanto poi alla soluzione dell'intestazione di beni mobili e valori mobiliari a terzi soggetti, essa è esposta alle medesime considerazioni critiche contenute *supra*, § 2.4.

Resta infine la soluzione della procura irrevocabile, da parte del trustee, ad un terzo (di solito il guardiano), ed in virtù della quale quest'ultimo alla fine del trust potrà eventualmente trasferire ai beneficiari, in luogo del trustee riluttante, i beni in trust: essa si lascia apprezzare per le stesse ragioni esposte *supra*, § 2.4.

Note:

(46) V. *secc.* 44 (VI) e 51 (1) (ii) (d) del Trustee Act del 1925.

(47) Il trustee riluttante potrebbe, ovviamente, essere revocato e sostituito con un trustee disponibile ad effettuare il trasferimento ai beneficiari finali: in tal modo si eviterebbero i problemi posti in questo paragrafo e si dovrebbero, però, affrontare quelli oggetto del § 2.

(48) Non a caso, infatti, lo si ribadisce, anche nel diritto inglese un tale trasferimento, se il trustee non lo effettui, può essere attuato solo dal giudice.

(49) V. *supra*, nota 30. Si evidenzia che ben difficilmente il custode nominato *ex art.* 676 cod. proc. civ. all'esito del sequestro giudiziario potrebbe vedersi conferiti dal giudice, *medio tempore*, gli stessi ampi poteri gestori di un trustee.

(50) Poiché è certo che l'ufficio del trustee cesserà alla fine del trust, infatti, non appare possibile parlare di condizione risolutiva.

La multiproprietà e il trust con riferimento al sistema tavolare

di Luca Battistella

Il trust è una delle formule più diffuse nel mondo del *timeshare* ed è usata in Spagna, Portogallo e nei Paesi anglosassoni. In questo caso l'immobile viene affidato a una società fiduciaria - il trust appunto, che ha l'obbligo di farlo godere agli appartenenti ad un determinato club. L'utilizzo del trust nella multiproprietà permette, quindi, di rendere più elastico l'utilizzo dell'istituto, superando quelle rigidità proprie di strutture multiproprietarie, favorendo una gestione comune dell'immobile ed il superamento di problemi giuridici.

§ 1. Il trust e le implicazioni di diritto tavolare: premessa.

In Italia la multiproprietà sta cambiando volto. Nel triennio 1999-2001, quando si registrò un boom di questa tipologia di investimento per le vacanze, la quasi totalità dei contratti erano di tipo tradizionale, con il trasferimento dei millesimi di un bene immobile in cambio del diritto di godimento "turnario" sul bene.

Pertanto, la multiproprietà o *timesharing* è quella particolare forma di proprietà che si caratterizza per la titolarità di più soggetti su un medesimo bene per determinati periodi di tempo. Al momento della stipula del contratto l'acquirente della multiproprietà sceglie, tra i periodi dell'anno ancora disponibili, quello di proprio gradimento. Il prezzo varia da periodo a periodo e durante il resto dell'anno i locali sono a disposizione di altre persone. Sulla stessa unità abitativa gravano quindi una pluralità di diritti e si parla infatti di "proprietà turnaria"(1).

Ad un'indagine più finemente tecnica, è bene premettere che a tutt'oggi - pur in presenza di una considerevole diffusione - la multiproprietà non ha ancora rinvenuto un proprio assetto definitivo, per cui è necessario ricostruire la natura e la disciplina dell'istituto utilizzando norme e strumenti giuridici

propri di altri istituti sulla base della varia prassi commerciale fino ad ora instauratasi nel nostro paese(2), ancorché gli operatori siano oramai risolutamente orientati verso l'adozione di moduli contrattuali uniformi diretti a una sempre maggiore tutela del consumatore.

Con riferimento alla normativa applicabile, si segnala il D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante il c.d. "Codice del Consumo", il quale ha abrogato il previgente D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427 che aveva recepito la Direttiva Comunitaria n. 47/94/CE, in materia di multiproprietà(3).

Note:

Luca Battistella è giudice tavolare del Tribunale di Trento.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso "Trust, nuovo ed efficace strumento di garanzia e di protezione patrimoniale - Applicazioni pratiche e riflessioni nel regime tavolare", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Levico Terme il 20 - 21 ottobre 2006.

(1) Questo scopo viene realizzato "frazionando l'anno solare in più periodi d'uso, anche di durata diseguale fra loro, ed alienando i relativi diritti turnari così determinati", Il Sole 24 Ore, 4 dicembre 2004.

(2) Tale ricostruzione è assolutamente necessaria per individuare i metodi e la disciplina utilizzabile per la pubblicità immobiliare della multiproprietà, che, nel suo aspetto giuridico-economico, si attua "apportando contestualmente due deroghe convenzionali al principio - previsto dall'art. 1102, comma 1° c.c. - del c.d. uso promiscuo della cosa comune: la prima consistente nella divisione topografica del godimento del bene, la seconda nel frazionamento cronologico di esso (c.d. uso turnario)", nonché stabilendo pattiazmente l'indivisibilità dell'immobile e un vincolo di destinazione di quest'ultimo (M. Bassi, Il Condominio nel sistema del Libro Fondiario con appendice sulla Multiproprietà, Gorizia, 1986, p. 103).

(3) Ed infatti il decreto legislativo del 9 novembre 1998, n. 427, emanato in attuazione della Direttiva Comunitaria n. 47/94/CE, ha regolamentato esclusivamente alcuni aspetti peculiari, concernenti la tutela dell'acquirente di un diritto di godimento a tempo parziale su beni immobili. La previsione normativa dell'istituto, ampiamente influenzata da modelli giuridici stranieri, consente all'interprete di rispondere solo parzialmente ai numerosi interrogativi sollevati dalla prassi commerciale degli ultimi anni.

Il legislatore comunitario, non avendo titolo per pronunciarsi sulla natura giuridica dell'istituto, in quanto l'art. 222 del Trattato istitutivo lascia inalterato il regime di proprietà esistente nei singoli Stati membri, si è di conseguenza limitato a regolamentare una disciplina circoscritta della complessa materia, riferendola solamente all'attuazione di un sistema volto a tutelare il contraente c.d. "debole" sia nella fase delle trattative, sia in quella successiva, durante la conclusione e l'esecuzione del contratto.

S a g g i

Agli articoli 69 e seguenti il nuovo Codice ha disciplinato i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito in beni immobili, definiti come contratti della durata di almeno tre anni con i quali, verso il pagamento di un prezzo globale, si trasferisce (o promette di costruire) un diritto reale (o un altro diritto avente ad oggetto il godimento di uno o più beni immobili), per un periodo determinato o determinabile dell'anno non inferiore ad una settimana. In omaggio al principio di trasparenza (già peraltro affermato in maniera decisa nel precedente D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427), è previsto l'obbligo per il venditore di predisporre e consegnare ad ogni persona che chiede informazioni un "documento informativo", i cui elementi non possono essere modificati se non da circostanze indipendenti dalla sua volontà. L'art. 72 del codice citato prevede poi che si può parlare di multiproprietà nel documento informativo solo quando il diritto oggetto del contratto è un diritto reale. Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità.

Ma tutte le discipline finora elencate lasciano aperte una serie di problematiche, oltre ad essere prive, al proprio interno, di un'espressa disciplina transitoria.

Risulta infine piuttosto arduo coordinare il provvedimento in oggetto con gli altri e numerosi interventi legislativi dettati a tutela dei consumatori e con la legge 9 dicembre 1998, n. 431 in materia di locazione ad uso abitativo di immobili urbani(4).

Fatta questa premessa si è pertanto indotti a ritenere che la ritrosia dell'acquirente medio - mai completamente vinta - sia in gran parte ancora dovuta ad una insufficiente informazione circa i contenuti del modello della multiproprietà, nonché alla presenza sul mercato di iniziative troppo difformi, le quali non giovano di certo a quella richiesta incondizionata di chiarezza che sola può decretare il successo o il definitivo affossamento della formula.

In questa fase transitoria - in assenza di una normativa espressa e di poche pronunce giurisprudenziali in merito(5) - all'interprete si pone del pari un sacrificio di massima chiarezza nella ricerca volta a stabilire la natura del diritto sorgente in capo al multiproprietario.

Ciò importa altresì che, alla naturale dialettica di opinioni che si confrontano nella ricerca di una soluzione giuridica al problema, non dovrebbero sovrapporsi intenti particolaristici di esaltazione o di acritica denigrazione del fenomeno. In quest'ottica

propositiva, lo studio della multiproprietà anche sotto la particolare angolazione della pubblicità tavolare è di stimolo ulteriore. Infatti, l'estremo rigore che permea il sistema del libro fondiario contribuisce non poco ad una "prova di resistenza" della bontà delle soluzioni adottate.

Nello stesso tempo, può rivelarsi altresì oltremodo utile verificare la "capienza" della legge tavolare ad accogliere nel suo ambito nuove creazioni di diritto, senza con questo venir meno a quella funzione di certezza che essa continua ad assicurare(6).

Note:

(4) La direttiva prevede principalmente che all'acquirente sia legalmente assicurato un diritto di recesso e che gli siano date adeguate e particolareggiate informazioni, tra l'altro sull'immobile - soprattutto se ancora da costruire - e sulle parti dei servizi comuni.

(5) V. Appello Genova, 2 febbraio 1998, inedita: "la multiproprietà immobiliare non è inquadrabile nello schema della comunione, ma gode di autonomia rispetto agli analoghi istituti tipizzati, e ciò in deroga al numero chiuso dei diritti reali, che rappresenta un ingiustificato vincolo all'autonomia negoziale. Pertanto le norme in materia di comunione e condominio non sono direttamente applicabili salvo il ricorso all'analogia ove ne sussistano i presupposti". Appello Genova, 29 settembre 2000, Giur. merito, 2000, 358, aggiunge: "la multiproprietà immobiliare costituisce un'autonoma figura di diritto reale. La multiproprietà, al pari del condominio e della comunione, ancorché priva di soggettività giuridica, può essere parte in giudizio in persona del gestore, quale rappresentante dei multiproprietari nei rapporti esterni. La delibera assembleare della multiproprietà concernente radicali modificazioni della struttura del funzionamento della multiproprietà richiede partecipazione e adesione di tutti i multiproprietari".

(6) Si ritiene opportuno, a questo punto, riassumere per grosse linee le varie tipologie di multiproprietà esistenti sul mercato, compresa quella del trust che verrà dissertata analiticamente in seguito:

1) Multiproprietà immobiliare (reale):

oggetto del diritto: comproprietà di un immobile (diritto reale) espresso in millesimi;

periodo di godimento turnario;

trasferimento del diritto tramite rogito notarile.

È particolarmente opportuno indicare gli estremi del regolamento contrattuale di comunione che disciplina il rapporto dei multiproprietari del bene immobile e concorre a definire la posizione giuridica del multiproprietario con gli altri titolari di un diritto di multiproprietà avente ad oggetto la medesima unità immobiliare (vedi, ad esempio, eventuali maggioranze particolari richieste per determinate deliberazioni).

2) Multiproprietà alberghiera:

oggetto del diritto: comproprietà di un bene immobile con destinazione alberghiera (diritto reale) normalmente espresso in millesimi;

è importante specificare il diritto per il quale il multiproprietario può utilizzare l'immobile in un determinato periodo turnario (diritto di prenotazione alberghiera);

nel contratto è opportuno indicare gli estremi del gestore dell'albergo nonché quelli del contratto di locazione o di affitto di azienda stipulati in origine tra il promotore e il gestore.

3) Multiproprietà azionaria (pratica ormai abbandonata):

oggetto del diritto: azioni (normalmente privilegiate) le quali conferiscono al titolare il diritto di godimento turnario dell'immobile, ovvero altri meccanismi negoziali come un contratto di comodato o altra convenzione costitutiva di un diritto personale di godimento tra la società e i singoli azionisti privilegiati.

4) Trust:

oggetto del diritto: appartenenza ad un club i cui membri hanno diritto

(Segue)

§ 2. Aspetti civilistici ed interpretativi della multiproprietà immobiliare.

In sede civilistica ci si limiterà a prendere in considerazione la multiproprietà immobiliare e quindi la comproprietà di unità abitative il cui godimento spetta ai compartecipi in determinati periodi dell'anno.

Il legislatore italiano, come detto in precedenza, non dedica, a differenza di quello francese, una disciplina espressa alla multiproprietà e l'unico procedimento rigoroso da un punto di vista logico-giuridico è quello di estrapolare dalla prassi gli elementi caratterizzanti la figura stessa e, in base a tali elementi, tentare poi di inserire il modello all'interno degli istituti disciplinati che più si avvicinano allo spirito dell'iniziativa e della disciplina del rapporto così come risulta dai contratti.

Questa forma di multiproprietà si può assumere in due tipi diversi:

1) Multiproprietà immobiliare c. d. monistica: il multiproprietario acquista una quota di comproprietà *pro indiviso* del complesso residenziale, comprendente l'area su cui è stato realizzato l'immobile, l'insieme delle unità abitative, il mobilio, gli arredi e corredi, le attrezzature, gli impianti necessari al godimento dell'immobile e i locali destinati all'uso e ai servizi comuni, assieme al diritto esclusivo di uso e di utilizzazione di una porzione determinata dell'immobile (unità abitativa) in un determinato periodo dell'anno;

2) Multiproprietà immobiliare c. d. dualistica: il multiproprietario acquista non già una quota *pro indiviso* dell'intero complesso residenziale bensì una quota in comproprietà indivisa di una unità immobiliare determinata, situata nel complesso residenziale, nonché dei relativi arredi e corredi, oltre ad una quota delle parti comuni dell'intero edificio, mentre "un regolamento", definito di comunione, previamente redatto dall'alienante (normalmente una società immobiliare), ed allegato all'atto di acquisto, disciplina i rapporti tra i singoli multiproprietari dello stesso appartamento (turni, spese, ecc.), ed un regolamento di condominio i diritti e gli obblighi relativi alle parti comuni (ad esempio, portineria, bar, ristorante, uffici amministrativi, ecc.) e/o alle infrastrutture (ad esempio, rete viaria privata, aree di parcheggio, ecc.). Nella fattispecie si ravvisano gli elementi del condominio edificale (rispetto alle parti comuni del complesso immobiliare) e quelli della comunione *pro in-*

diviso (rispetto alle singole unità abitative) con una particolare regolamentazione fra i comunisti circa l'utilizzazione (turnaria) dell'intera singola unità abitativa.

In entrambe le forme di multiproprietà le finalità di quest'ultima si realizzano stabilendo un particolare vincolo di destinazione d'uso della cosa comune e delle relative modalità di godimento della stessa(7).

Il ricorso alla comunione non riesce tuttavia ancora a spiegare il meccanismo attraverso il quale si intende garantire al multiproprietario il godimento esclusivo e perpetuo del bene in un periodo predefinito a ricorrenza annuale. Il collegamento tra la titolarità di una quota indivisa di comproprietà e il particolare diritto di uso ad essa connesso forma perciò oggetto (non esclusivo) di un "regolamento c. d. di comunione" che, esso solo, propriamente costituisce il fulcro su cui fa leva l'intera operazione(8).

Note:

(Continua nota 6)

di utilizzare un complesso residenziale turistico gestito da un trustee in maniera turnaria per un determinato numero di anni (30-50, ecc.); oggetto del trasferimento: diritto di appartenere ad un club (diritto obbligatorio).

5) Multi-affitto:

oggetto del diritto: affitto di un bene immobile per periodi predeterminati per un certo numero di anni (ad esempio, 1 - 15 agosto sino al 2030).

6) Sistema a punti:

oggetto del diritto: acquisto di punti che attribuiscono il diritto di soggiornare in *hotel* e *residence* o villaggi vacanze di una stessa catena secondo modalità stabilite.

(7) La prassi ha quindi fatto ragione anche di questa duplicità all'interno della variante immobiliare, imponendo questa soluzione che *a prima facie* integra un'ipotesi di comunione "condominio", ossia un caso in cui la titolarità del diritto di proprietà su un appartamento facente parte di un condominio spetta congiuntamente a più persone, dando vita ad una comunione che partecipa quale condomino ad un condominio su edificio.

L'aver privilegiato questa soluzione non è privo di conseguenze pratiche. Infatti, qualora si dovesse giungere all'assimilabilità della multiproprietà ad un'ipotesi di comunione, la "pluralità" di comunioni - singolarmente limitate all'unità di misura prescelta (l'appartamento) - assicurerebbe maggiore stabilità all'iniziativa, non risolvendosi un eventuale scioglimento del vincolo in pregiudizio di tutti i multiproprietari, bensì dei soli comproprietari della medesima unità abitativa.

(8) Indispensabile dunque, nella realizzazione degli interessi espressi nella multiproprietà immobiliare, è l'accettazione da parte degli acquirenti del regolamento di comunione, di origine esterna. Con esso gli acquirenti si obbligano al godimento turnario dell'immobile per periodi prestabiliti corrispondenti alla quota acquistata. In pratica, la regolazione dell'uso del bene in comunione viene attuata derogando al principio codificato nell'art. 1102, I comma cod. civ. del c. d. uso promiscuo della cosa comune.

Saggi**§ 3. L'intavolazione della multiproprietà.**

Esaminato nelle linee generali il fenomeno della multiproprietà così come affermatosi nella prassi contrattuale, è necessario ora individuare, ai fini che qui ci interessano, le forme di pubblicità ad esso relative all'interno del sistema tavolare.

Il diritto di comproprietà spettante al multiproprietario sul singolo ente condominiale, infatti, in forza dell'art. 10, I comma della legge generale sui libri fondiari, andrà intavolato nel foglio di proprietà (B) del corpo tavolare relativo.

Pur tuttavia, da in punto di vista di tecnica tavolare non è verosimile che l'intero titolo contenente gli elementi essenziali che qualificano la comproprietà in multiproprietà venga iscritto nel foglio della proprietà dell'ente. E se ciò che fa stato ai fini della pubblicità tavolare è ciò che emerge dall'iscrizione nel libro maestro, esiste peraltro un complemento di quest'ultimo rappresentato dalla collezione dei documenti. Normalmente neppure si pone il problema della forza probante dei documenti inseriti in collezione. Ciò nonostante, esplicitamente l'art. 5 della legge tavolare recita: "nel libro maestro si iscrivono gli elementi essenziali dei diritti tavolari. Qualora questi non possano esprimersi succintamente, potrà farsi richiamo nel libro maestro alle rispettive disposizioni, da indicarsi con precisione, dei documenti sui quali l'iscrizione si fonda; le disposizioni richiamate si hanno per iscritte nel libro maestro".

Ne consegue che, nell'ipotesi di multiproprietà, l'iscrizione del diritto di comproprietà per quote dell'ente avverrà in forza dell'art. 10 legge tavolare, mentre, ragionevolmente, nel contesto della medesima iscrizione verrà fatto espresso richiamo al titolo, inserito nella raccolta dei documenti, nelle parti in cui lega le quote spaziali ad una dimensione temporale in cui sancisce l'indissolubilità del vincolo che unisce i multiproprietari dell'ente medesimo. Per effetto di questo richiamo, rispondente ad un'esigenza di semplificazione dell'intavolazione, anche il contenuto del titolo si avrà per letteralmente trascritto nel libro maestro, acquistando in tal modo forza probante assoluta⁽⁹⁾.

§ 4. Trust e multiproprietà (l'iscrizione tavolare).

Nell'area di influenza anglosassone le cose non funzionano in questo modo, anzi stanno evolvendosi

nell'opposta direzione, ed alcuni paesi tradizionalmente legati al diritto latino, come ad esempio la Spagna, si sono già adeguati.

In questi paesi si dividono quella che è la reale proprietà, o *real estate*, e nel nostro caso la multiproprietà, dal semplice utilizzo, o *timesharing*, condivisione del tempo.

Gli appartamenti per le vacanze, infatti, suddivisi per settimane, ma non soltanto, non vengono venduti, ma vengono "concessi" con la formula del trust.

In pratica il proprietario dell'immobile (disponente) vende il bene ad un trust, che può essere istituito dallo stesso disponente, e ad esso affida, dando disposizioni al trustee, attraverso un programma, che tale immobile sia suddiviso in frazioni di tempo, con formule anche diverse, chiedendogli di vendere tale tempo, concedendone quindi l'utilizzo, di solito per qualche decina d'anni, dopodiché ritorna in possesso del bene, fatto salvo il diritto del concessionario di rinnovare il contratto di utilizzo, ricondizionando ovviamente i termini.

La gestione di tali transazioni, a livello legale, e la verifica dello *standard* qualitativo del bene, che i concessionari pagano per quote con cadenza annuale, viene affidata ad un trustee, che, oltre ad interagire con il trust, si incarica quindi di incassare il denaro a fronte di tutte le condizioni legali a garanzia di entrambe le parti e di gestire il denaro della manutenzione, il più delle volte.

L'utilizzo del trust nella multiproprietà rappresenta un mezzo per la difesa di quest'ultima, evitando ad esempio, come spesso accade, che la gestione degli immobili venduti in multiproprietà sia effettuata da società speculatrici, a tutto vantaggio dei multiproprietari. Mediante un trust, infatti, il disponente dispone la gestione dell'immobile con la nomina di un trustee che ne diviene proprietario e che si occupa della gestione dei turni di godimento e va poi a designare di volta in volta i beneficiari, ossia i multiproprietari. In questo modo gli acquirenti in multiproprietà assumono rapporti contrattuali con il dispo-

Nota:

(9) Il sistema pratico di intavolazione avviene in questo modo: intavolazione del diritto di proprietà su una quota millesimale della porzione materiale della particella edificale corrispondente al valore economico del periodo di godimento con l'annotazione "multiproprietà" per gli effetti di cui all'art. 20 del testo annesso alla legge tavolare (opponibilità ai terzi di tutti i vincoli, oneri e diritti regolamentari, tra cui il vincolo di indivisibilità). L'unità immobiliare intera, a sua volta, sarà titolare di quota millesimale rispetto l'intero complesso edificale secondo le norme del codice civile sul condominio di edifici (artt. 1117 e s. cod. civ.).

nente che si pone come promotore ed essi acquistano diritti verso il trustee. Diritti che dal punto di vista civilistico assumono la qualifica di diritti di credito, aventi ad oggetto un diritto personale di godimento per ciascun turno di godimento. Poi i beneficiari - multiproprietari possono nominare un "guardiano" (*protector*) che ha compiti di controllo e di verifica sull'uniformità delle attività del trustee nell'interesse degli stessi beneficiari. Inoltre il diritto di credito del beneficiario si trasferisce secondo lo schema della cessione del credito sia con atto *inter vivos* sia con atto *mortis causa*.

L'*Ownership Certificate*, il certificato di proprietà in trust, costa meno del classico rogito notarile ed i tempi di stesura e certificazione sono ridotti da mesi ad un paio di settimane. Non sono necessari controlli catastali o sulla proprietà in generale, in quanto il trust è il proprietario e l'acquirente un utilizzatore, e quindi, tra l'altro, non è tenuto al pagamento di tasse su proprietà immobiliari.

Il versamento del denaro d'acquisto è di solito obbligatorio farlo a favore del trustee, e non già della compagnia di vendita, e finché tale denaro non è in possesso del trustee esso non è responsabile di tale denaro, e soltanto allora emetterà il certificato di proprietà e verserà come da atto, garantendo sia il disponente che l'acquirente da appropriazioni indebite da parte di compagnie di vendita, ma in particolare il cliente, che a questo punto è certo che riceverà a tutti gli effetti il bene acquistato.

In caso di fallimento il proprietario non può essere espropriato del bene, e questo garantisce l'acquirente.

Altro vantaggio importante è quello legato all'espropriazione del bene a favore dell'utilizzatore: in questo caso il trustee, in quanto garante di un programma stabilito da un disponente a favore di un beneficiario, ha infatti diritto di impedire l'uso dell'immobile al "semplice utilizzatore" che non rispetti il patto iniziale, che comprende anche il versamento delle quote di manutenzione. Inoltre, di solito dopo 2 o 3 annualità non versate e i solleciti del caso, ha il diritto di espropriare il bene al cliente per rivenderlo in modo da incassare quanto dovuto alla società di gestione. Fine dei problemi di condomini insolventi! Nessun problema di sfratto! Ci si immagina una proprietà affittata con questa formula...!

L'utilizzo del trust nella multiproprietà permette, quindi, di rendere più elastico l'utilizzo dell'istituto, superando quelle rigidità proprie di strutture mul-

proprietarie come il *timesharing*, che prevedeva una settimana fissa di utilizzo dell'immobile senza possibilità di variazioni temporali, o come quello c.d. a punti, in base al quale si acquistavano non più settimane fisse, ma punti da spendere in diverse modalità spaziali e temporali di godimento dell'immobile.

Altri vantaggi che si realizzano con l'utilizzo del trust nella multiproprietà sono da rinvenire nella possibilità per ciascun proprietario di beneficiare di una sorta di "gestione comune" dell'immobile grazie al trustee, oltre a poter indirizzare le scelte di gestione. Il trustee può funzionare come una agenzia con l'agevolazione dello scambio o la locazione dei periodi di utilizzo dell'immobile stesso.

Infine la multiproprietà permette di superare quei problemi giuridici che la dottrina non ha pienamente risolto, relativi alla natura del diritto di chi ha acquistato la multiproprietà. Infatti il noto fenomeno della segregazione tra proprietà formale e proprietà sostanziale, che caratterizza il negozio di trust, può essere esteso alla multiproprietà, pur non essendo conosciuta ed ammessa in linea di principio nel nostro ordinamento, e che risulta legittima nei limiti di ammissibilità dei trust interni, senza alterare il tradizionale concetto del diritto di proprietà.

Per quanto riguarda l'iscrizione tavolare non credo si possa ravvisare alcun tipo di incompatibilità col sistema, anzi, il fatto che l'immobile sia intavolato in proprietà all'amministratore con l'annotazione del vincolo del trust ne faciliterebbe la stessa gestione a livello pubblicitario. Infatti, alla luce del combinato disposto dell'art. 12 e dell'art. 20 h) della legge tavolare, si potrebbe procedere alla seguente iscrizione:

"L'INTAVOLAZIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ PER la Società Beta

L'ANNOTAZIONE DELLA COSTITUZIONE IN TRUST IN MULTIPROPRIETÀ'

di questo corpo tavolare, a' sensi dell'art. 11 della L. 368/89 e dell'atto

contenente istituzione di trust dd 01.01.2007 (sub GN 01 eventualmente)".

In tal modo sarà, pertanto, il trustee che ne diviene proprietario ad occuparsi della gestione dei turni di godimento ed andrà poi ad individuare di volta in volta i beneficiari, ovvero i c. d. "multiproprietari".

Obbligo del trustee di investimento sicuro dei beni in trust

Italia - Tribunale di Firenze

Fallimento - chiusura della procedura - azione revocatoria - trust - trasferimento al trustee di somme - autorizzazione - gestione delle somme - investimenti

Tribunale di Firenze, Sez. Fallimentare, A. Settembre, Giudice Delegato, 26 ottobre 2006 [Colucci]

Può essere autorizzato il trasferimento di una somma di denaro ad un trustee di un trust istituito al fine di poter chiudere una procedura fallimentare pendente un'azione revocatoria ordinaria, ma il trustee, sebbene diversamente indicato nell'atto istitutivo del trust, ha l'obbligo, non la sola facoltà, di investire quanto ricevuto in titoli che siano fruttiferi e non presentino rischi per il capitale.

Testo dell'Istanza e dell'Ordinanza

Fallimento Società Immobiliare ...
Reg. Fall. ... del Tribunale di Firenze

Sent. n. ... del ...
G.D. Dott. Antonio Settembre
Curatore Dott. Roberto Colucci
Via ...

Firenze, 24 ottobre 2006

Al G.D. del Fallimento
Dott. Antonio Settembre

Oggetto: Autorizzazione al conferimento di somme in trust

Ill.mo signor Giudice Delegato,

facendo seguito alle precedenti istanze, e alle osservazioni della S.V., con la presente il sottoscritto chiede autorizzazione alla stipula dell'allegato atto di conferimento in trust a Monte Paschi Fiduciaria spa della somma di Euro 45.000,00 per le ragioni e le finalità come meglio descritte nella bozza che si allega alla presente (all. 1).

In conseguenza di tale stipula si chiede autorizzazione al pagamento a favore di Monte Paschi Fiduciaria spa della somma di Euro 45.000,00, mediante emissione di assegno circolare intestato Monte Paschi Fiduciaria spa, addebitato sul c/c della procedura n. ... intrattenuto presso la

Banca Antonveneta di Firenze filiale 625
Via Ricasoli.

Con ossequio.

Il Curatore
Dott. Roberto Colucci

Il Giudice Delegato autorizza, ma ribadisce che il trustee non "può", ma "deve" investire il denaro in titoli fruttiferi senza rischio per il capitale.

Nota:

Riproduciamo il testo dell'istanza e dell'ordinanza dal loro originale. L'atto istitutivo del trust oggetto dell'istanza è stato pubblicato in questa Rivista, 2007, 141 e commentato da D. Zanchi, A proposito di due ulteriori applicazioni del trust al fallimento, ivi, 123.

Separazione coniugale e vincolo di destinazione

Italia - Tribunale di Reggio Emilia

①

Separazione coniugale - garanzia delle obbligazioni di mantenimento delle condizioni - trasferimento di immobile - vincolo di destinazione - atto tipico - atto atipico

Tribunale di Reggio Emilia, Sezione Prima Civile, R. Piscopo, Pres., M. Cenni, G. Fanticini, Est., 4 dicembre 2006 [V. S. e B. M.]

In sede di omologazione degli accordi di separazione coniugale concernenti le modalità di adempimento dell'obbligo di contribuzione al mantenimento dei figli da parte del genitore non affidatario, non è sufficiente il semplice trasferimento della titolarità di un immobile al genitore affidatario, bensì è necessario imprimere sull'immobile stesso un vincolo, da attuarsi per mezzo di un atto tipico o di un atto atipico, che realizzi il preminente interesse della prole, sottragga il cespite alla libera disponibilità del genitore ricevente e attenni il rischio di espropriazione da parte di terzi creditori.

Testo del Decreto

Il Tribunale di Reggio Emilia

Sezione Prima Civile
riunito in Camera di Consiglio nelle
persone dei seguenti Magistrati:
– Dr. Roberto Piscopo
– Dr. Massimiliano Cenni

– Dr. Giovanni Fanticini
nel proc. N. ... Reg. N.C. ex art. 710
c.p.c., promosso da V. S. e B. M.

– ritenuto che l'accordo raggiunto dalle parti all'udienza del 30/11/2006 non possa essere, nella sua attuale formulazione, omologato in quanto non rispondente all'interesse della prole: difatti, l'obbligo di mantenimento dei figli minori, precedentemente assunto dal padre con il pagamento di una somma mensile (come previsto dalla condizione E del verbale omologato), è stato sostituito con il trasferimento alla madre (affidataria della prole) di un compendio immobiliare, ma senza alcuna garanzia sulla destinazione dei cespiti e dei loro frutti (naturali e civili) al mantenimento della prole;

– ritenuto che, interpretando la volontà ultima dei coniugi (che, però, non è stata esplicitata nel verbale), l'accordo possa essere ricevuto a condizione che sia apposto con un atto tipico o atipico in grado di imprimere un vincolo di destinazione ai beni trasferiti dal B. alla V. (art. 2645-ter c.c.): infatti, ove venisse impresso ai beni un vincolo di destinazione (ad esempio, obbligo di impiegare i frutti per il mantenimento della prole sino al rag-

giungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli, obbligo di adibire i beni a casa familiare sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica, divieto di alienazione sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica, ecc.) lo stesso consentirebbe di sottrarre i beni alla libera disponibilità della madre, potrebbe ritenersi conforme al preminente interesse dei figli ed attenuerebbe il rischio di espropriazione da parte di eventuali creditori; peraltro, il disposto dell'art. 2645-ter c.c. consentirebbe al B. e a qualunque altro interessato (ad esempio, il Pubblico Ministero) di vigilare sul rispetto del vincolo imposto alla V.;

– ritenuto opportuno riconvocare le parti per vagliarne le intenzioni;

fissa l'udienza del 21/2/2007 alle ore 12.30 innanzi al Giudice delegato Dr. Giovanni Fanticini. Si comunichi alle parti e al P.M. via fax.

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale.
Il decreto è commentato da A. Tonelli, *supra*, 338.

②

Separazione coniugale - modifica delle condizioni - vincolo di destinazione - meritevolezza dell'interesse perseguito - corrispondenza all'interesse della prole

Tribunale di Reggio Emilia, Sezione Prima Civile, R. Piscopo, Pres., M. Scati, G. Fanticini, Est., 26 marzo 2007 [V. S. e B. M.]

L'art. 2645 ter cod. civ. è norma che fa riferimento al genus dei negozi giuridici: per-

tanto, un vincolo di destinazione può essere impresso su un bene tanto per mezzo di un atto (pubblico) quanto per mezzo di un contratto stipulato in forma solenne, dovendosi intendere il richiamo effettuato dalla norma all'atto pubblico esclusivamente in termini di requisito formale necessario per la trascrivibi-

lità del vincolo medesimo. Ne consegue che un vincolo di destinazione può essere validamente contenuto anche in un verbale di modifica delle condizioni della separazione coniugale, purché omologato dal giudice.

Il vincolo di cui all'art. 2645 ter cod. civ. può essere realizzato per mezzo tanto di

Giurisprudenza

negozi atipici, quanto per mezzo di negozi aventi una causa normativamente disciplinata, purché venga rispettato il requisito della realizzazione di un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.

Risponde all'interesse della prole l'imposizione di un vincolo di destinazione sui beni immobili trasferiti dal genitore onerato dall'obbligo di contribuzione al mantenimento dei figli al genitore affidatario in quanto: il ricevente non può disporre liberamente dei beni in questione; possono intervenire per la realizzazione degli interessi tutelati non solo lo stesso conferente, ma anche il Pubblico Ministero e qualsiasi tutore o curatore speciale nel frattempo nominati; è realizzata una piena ed efficace garanzia sui beni vincolati rispetto ad atti esecutivi di terzi che non siano connessi alla destinazione medesima - in misura maggiore rispetto a quanto non sarebbe possibile per mezzo di un fondo patrimoniale -; gli immobili non possono essere ceduti sino al raggiungimento dell'indipendenza economica da parte di tutti i figli dei coniugi; e, infine, perché i frutti prodotti costituiscono una sicura fonte di reddito per la prole beneficiaria.

Testo del Decreto

Svolgimento del processo

Con ricorso del 27/7/2006 i coniugi hanno adito il Tribunale per la modifica delle condizioni di separazione: chiedevano, in particolare, la sostituzione della condizione *sub E*) del verbale di separazione consensuale del 22/11/2005 (omologato in data 9/2/2006) - la quale prescriveva a B. M. l'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori versando alla V. S. un assegno mensile di Euro 400,00 (comprensivo di spese straordinarie; somma rivalutabile secondo indici Istat dall'1/10/2006) - con il trasferimento alla V., "in adempimento all'obbligo di mantenimento dei figli minori", di immobili (terreni agricoli e fabbricati), ubicati in ..., in titolarità del B. per l'intero o in quota del 50%.

Interveniva, in data 16/8/2006, il Pubblico Ministero

Con provvedimento del 30/11/2006, sentite le parti, il Tribunale osservava che la concordata richiesta di modifica non appariva rispondente all'interesse della prole: difatti, l'obbligo di mantenimento dei figli minori, precedentemente assunto dal padre con il pagamento di una somma

mensile, veniva - nella domanda - sostituito con il trasferimento alla madre (affidataria della prole) del compendio immobiliare, ma senza alcuna garanzia sulla destinazione dei cespiti e dei loro frutti (naturali e civili) al mantenimento della prole.

Il Collegio suggeriva alle parti l'apposizione sugli immobili trasferendi di un vincolo di destinazione (art. 2645-ter cod. civ.) che consentisse di sottrarre i beni alla libera disponibilità della madre e impegnasse gli stessi al preminente interesse dei figli (peraltro, attenuando il rischio di espropriazione da parte di eventuali creditori); conseguentemente, rimetteva i coniugi innanzi al Giudice Relatore.

All'udienza del 22/3/2007 B. M. e V. S. modificavano l'originaria domanda e, previa produzione di un aggiornato certificato di destinazione urbanistica relativo ai terreni (in atti), così concludevano:

"insistono per la modifica consensuale delle condizioni della separazione richiesta con ricorso congiunto ex art. 710 c.p.c. e dichiarano di concordare la modifica della condizione E) del verbale di separazione coniugi sostituendola con quelle qui di seguito indicate:

1) Il Sig. B. M. trasferisce la quota pari al 50% dell'immobile indicato ai punti a), b) e c) e il 100% dell'immobile indicato al punto d) del presente atto, con questo verbale, alla moglie V. S., la quale accetta, in adempimento all'obbligo di mantenimento dei figli minori, i seguenti beni immobili:

a) casa di civile abitazione posta in Comune di ... (Re), località ..., via per ..., con circostante area cortiliva di pertinenza in proprietà esclusiva, composta da: al piano terra cucina, sala pranzo, camera da letto, bagno, locale caldaia e studio; al primo piano soggiorno, tre camere da letto, ripostiglio, bagno e terrazzo; al secondo piano un sottotetto. Il tutto con scala interna di collegamenti confina con via ..., con ragioni B. C., con ragioni G. F., e con ragioni B. V.. Agli effetti dell'art. 40, 2 comma della Legge 28/2/1985 n. 47 e sue modificazioni, la parte cedente dichiara che il fabbricato è stato edificato in base a licenza edilizia n. ... rilasciata dal Comune di ... il ... e successiva licenza per ristrutturazione n. ... con certificazione di abitabilità del ..., prot. ...;

b) al piano terra, quali accessori della casa di cui alla lettera a) un'autorimessa, una cantina ed un ripostiglio, al primo

piano un vano ad uso ripostiglio, confinanti nell'insieme con cortile, con ragioni B. O., con ragioni G. F. e con ragioni B. V. Detto immobile (compreso quello *sub a*) risulta censito nel Catasto Fabbricati del Comune di ... alla partita ... foglio ... mappale ... sub. ... via ... PT-1 Cat. A/2, cl. U vani 10,5 RCL 1.680.000 R, foglio ... mappale ... sub. 1 via ... Seta PT Cat. C/6 CL. U mq. 39 RCL 249.600R Foglio ... Mappale ... sub ... Via ... PT -1 cat. C/2 cl. 1 mq. 32 RCL 176.000 R;

c) appezzamento di terreno esteso circa are novantuno e centiare diciannove, avente la destinazione urbanistica di cui all'allegato certificato, confinante con ragioni della bonifica V., con ragioni G. F. con ragioni B. O. con via ... Detto terreno risulta censito nel Catasto terreni del Comune di ... alla partita ... foglio ... mappale ... are 91.19 sem.irr.arb.CL. 2 RDL 137.090 RCL 191.499;

d) Terreno agricolo senza fabbricati della superficie catastale complessiva di HA 1.17.46 (ettari uno are diciassette e centiare quarantasei), censito nel C.C.T. di detto Comune, foglio ... con i mappali: 71.sem.ir.cl.2-are 74.55-RDE 108.381.RAD.156.555, 72-sem.ir.Cl.2 are 42.91-RDE 62.383-Rad 90.111, fra i confini via ..., B. C., G. acquirente avente la destinazione urbanistica di cui all'allegato certificato;

2) che i presenti trasferimenti vengono fatti ed accettati a corpo con tutti i diritti, ragioni, azioni, accessioni, dipendenze e pertinenze, usi, servitù inerenti a quanto costituito, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano e così come è stato pacificamente posseduto dal sig. B. M., ad esso pervenuto per gli immobili di cui ai punti a, b e c. per atto a ministero Dott. Antonino Vacirca, in data ..., rep. ..., racc. ... e per l'immobile di cui al punto d) pervenuto per atto a ministero dott. Lea Maria Dolores Scafa, in data ..., rep. ..., racc. ...;

3) che il Sig. B. M. per quanto occorrer possa, garantisce la piena proprietà di quanto oggi assegnato e la sua libertà alla data odierna da pesi, vincoli, privilegi, anche di natura fiscale, sequestri, pigno-

Nota:

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale. Il decreto è commentato da A. Tonelli, *supra*, 338.

ramenti e/o da oneri comunque pregiudizievole, ad eccezione della ipoteca iscritta dal Gruppo Bancario Bipop-Carire a carico degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a) b) e c) a garanzia del mutuo ipotecario stipulato da entrambi i coniugi che rimane a carico esclusivo della Sig.ra V. S. già dalla sottoscrizione del presente atto sino all'estinzione dello stesso, in data ..., con formalità eseguita presso la conservatoria dei Registri Immobiliari di Reggio Emilia in data ..., R.G. ..., R.P. ...;

4) Il predetto mutuo gravante sull'immobile sopra descritto viene immediatamente assunto da Vecchi Stefania che fin d'ora libera il coniuge da ogni inerente e conseguente obbligazione dando atto di rimanere la sola obbligata all'estinzione del mutuo e alla conseguente cancellazione di ipoteca ed impegnandosi a notificare il presente accollo all'istituto mutuante cui seguirà la notifica del presente verbale che recepirà l'intervenuto accollo;

– che il Sig. B. M., per quanto occorrer possa, presta le più ampie garanzie di legge per il caso di evizione e/o di molestie;

– il Sig. B. M. dichiara, per quanto occorrer possa, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2834 c.c., di rinunciare alla ipoteca legale di cui all'art. 2817 comma 1 n. 1 c.c.;

5) che gli effetti utili ed onerosi del presente trasferimento decorreranno dalla data del presente verbale;

6) che le parti chiedono che agli effetti fiscali i predetti trasferimenti di quota di proprietà dei predetti immobili vengano dichiarati esenti da ogni imposta e tassa ai sensi dell'art. 19 L. 898/70 e succ. modif. (Corte Cost. N. 154/99);

7) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra V. S. si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto dal Gruppo Bancario Bipop-Carire a carico degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti degli immobili per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli;

8) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra V. S. si impegna, altresì, a non alienare gli immobili indicati

alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli;

9) la Sig.ra V. S. dà atto che B. M. ha versato con assegno bancario ricevuto in data 26/07/2006 la somma di euro 1.400,00, di cui euro 400,00 relativa al mantenimento dei figli minori per il mese di Luglio 2006, ed euro 1.000,00 a saldo di tutti i crediti vantati dalla Sig.ra V. S. nei confronti del Sig. B. M.;

10) i canoni di locazione percepiti per l'immobile indicato al punto n. a) b) e c) spetteranno per intero alla Sig.ra V. S.;

11) le parti dichiarano reciprocamente di nulla più pretendere per qualunque titolo o ragione, fatta eccezione degli adempimenti indicati nelle premesse del presente atto;

12) le spese del presente procedimento sono compensante tra le parti;

13) restano ferme e confermate le condizioni di cui ai punti A), B), C), D), F), G), H), L), M) e N) del verbale di separazione del 22/11/2005".

§ § §

Motivi della decisione

Al negozio traslativo degli immobili (sostitutivo della condizione E del verbale di separazione omologato) i coniugi hanno aggiunto le seguenti pattuizioni:

– "... ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra V. S. si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto dal Gruppo Bancario Bipop-Carire a carico degli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti degli immobili per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli";

– "... ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. la sig.ra V. S. si impegna, altresì, a non alienare gli immobili indicati alla condizione n. 1 punti a), b), c) e d) sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli".

Spetta ora al Collegio valutare se l'interesse della prole è stato sufficientemente salvaguardato attraverso le pattuizioni suddette e, per fare ciò, occorre esamina-

re l'applicabilità dell'art. 2645-ter cod. civ. e gli effetti del vincolo impresso.

La menzionata disposizione fa riferimento agli "atti in forma pubblica".

Poiché è impensabile che il legislatore abbia voluto "esautorare" il contratto (apparentemente escluso dalla norma che riguarda esplicitamente i soli "atti") e, cioè, lo strumento principe attraverso il quale si esprime l'autonomia negoziale, il riferimento letterale ("atti") dell'art. 2645-ter cod. civ. deve intendersi limitato al requisito formale richiesto per la trascrizione, la quale deve essere effettuata sulla scorta di un "atto pubblico" ai sensi dell'art. 2699 cod. civ. Proprio per la centralità riconosciuta all'autonomia negoziale privata, la locuzione impiegata all'inizio dell'articolo 2645-ter cod. civ. deve, perciò, essere riferita al *genus* dei negozi (atti e contratti) volti ad imprimere vincoli di destinazione ai beni, purché stipulati in forma solenne; del resto, il successivo richiamo all'art. 1322, comma 2°, cod. civ. dimostra che la norma concerne certamente anche i contratti.

Nel caso di specie, il verbale dell'udienza del 22/3/2007 costituisce atto pubblico ai sensi e per gli effetti dell'art. 2699 cod. civ. e (previa omologazione dell'accordo) è titolo idoneo alla trascrizione nei Registri Immobiliari, a norma dell'art. 2657 cod. civ., del negozio di trasferimento di diritti reali immobiliari ivi contenuto (come espressamente riconosciuto da Cass., 15/5/1997, n. 4306; analogamente, Cass., 30/8/1999, n. 9117).

È soddisfatto, pertanto, il requisito formale.

È evidente, inoltre, che il negozio ha ad oggetto il trasferimento e la destinazione di beni immobili, come prevede la disposizione (che limita il suo ambito di applicazione agli immobili e ai beni mobili registrati).

L'art. 2645-ter cod. civ. si riferisce a negozi atipici (ma - si deve ritenere - anche a contratti con causa normativamente disciplinata) che destinano i beni alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2° cod. civ.: occorre perciò esaminare la natura dell'accordo raggiunto dai coniugi B. e V. sotto i profili della causa e della validità di questa in relazione alla meritevolezza degli interessi perseguiti.

In giurisprudenza, l'accordo col quale si prevede la corresponsione del contributo al mantenimento dei figli con un tra-

Giurisprudenza

sferimento immobiliare *una tantum* anziché con un assegno periodico è stato considerato, dopo qualche esitazione giurisprudenziale (Trib. Catania, 1/12/1990, in Dir. Fam. Pers., 1991, pag. 1010: “Poiché la legge sul divorzio non prevede la corresponsione in unica soluzione del contributo per il mantenimento della prole e poiché del diritto della prole minorenni al mantenimento da parte dei genitori, questi ultimi non possono disporre a loro piacimento, non è ammissibile l'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, da parte del genitore non affidatario, mediante donazione di un cespite immobiliare; legittimamente pertanto il giudice può determinare, in virtù dei poteri d'ufficio che gli competono, la misura del contributo (periodico) dallo stesso genitore dovuto in favore della prole”), pienamente lecito e ammissibile (Corte App. Milano, 6/5 1994, in Fam. Dir., 1994, pag. 667; Trib. Vercelli, 24/10/1989, in Dir. Fam. Pers., 1991, pag. 1259; Trib. Siracusa, 14/12/2001, in Arch. Civ., 2002, pag. 728).

Il Tribunale osserva che, per quanto attiene alle modalità di adempimento dell'obbligo di contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli minorenni, prima della riforma dell'art. 155 cod. civ. disposta dalla Legge 8/2/2006, n. 54, era consueta l'imposizione al genitore non affidatario dell'obbligo di corrispondere all'altro una somma periodica di denaro; la dottrina, invero, si era interrogata sulla possibilità per il Giudice di prevedere modalità divergenti da questa, spingendosi ad ammettere, per esempio, la “destinazione dei frutti di beni e capitali al mantenimento del minore”.

Oggi, il comma 4° dell'art. 155 cod. civ. non sembra lasciare adito a dubbi sul fatto che la sola modalità di fonte giudiziale per la determinazione del contributo di uno dei genitori al mantenimento della prole sia costituita dalla previsione, “ove necessario”, della “corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità”.

Affatto diverso è il discorso, però, per quanto attiene alle intese delle parti, in relazione alle quali il Giudice deve limitarsi ad una mera “presa d'atto” qualora le medesime non appaiano in contrasto con l'inderogabile principio dell'interesse del minore.

Si deve perciò concludere sul punto ritenendo che non vi siano, in linea di

principio, ostacoli ad un accordo che preveda la corresponsione del contributo al mantenimento della prole in un'unica soluzione anziché con assegni periodici. Restano i dubbi (espressi in dottrina e in giurisprudenza, ma non strettamente attinenti al presente procedimento) sulla riconducibilità di effetti preclusivi alla prestazione *una tantum*, in relazione all'inderogabile principio di proporzionalità espresso nell'art. 148 cod. civ.: solo incidentalmente, si osserva che nessuna rinuncia, espressa o tacita, potrebbe escludere la facoltà, per il genitore affidatario/convivente o per lo stesso figlio maggiorenni ma non ancora autosufficiente, di far valere le eventuali sopravvenienze per effetto delle quali la prestazione effettuata non dovesse più rispondere ai canoni ex art. 148 cod. civ.

Riguardo alla causa, si rileva che le predette pronunce riguardavano il trasferimento, o la promessa di trasferimento (qualificata come contratto a favore di terzo), direttamente dal coniuge separando/divorziando ai figli, mentre nel caso *de quo* il trasferimento avviene tra i coniugi, seppure con vincolo di destinazione a favore della prole e a titolo di mantenimento di questa: deve comunque essere riconosciuta la meritevolezza degli interessi perseguiti.

Si tende a ravvisare la causa dei trasferimenti in favore della prole nella funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento, sebbene i prevalenti riferimenti giurisprudenziali richiamino la causa atipica (ex art. 1322 cod. civ.).

Scartata la tesi della causa *solutionis* (per difetto di una preventiva predeterminazione quantitativa dell'obbligazione che il trasferimento andrebbe, in tutto o in parte, ad estinguere), nonché della causa *transactionis* (per la mancanza di un *aliquid datum* contrapposto ad un *aliquid retentum* ed inoltre per l'indisponibilità dei diritti in gioco, attinenti alle prestazioni ex artt. 30 Cost., 147 e 148 cod. civ.), si può riconoscere nel negozio stipulato dai coniugi B. e V. un contratto con causa atipica, tesi richiamata pure dalla Suprema Corte proprio con riguardo ai negozi relativi alla prole (Cass., 21/12/1987, n. 9500, in Giust. Civ., 1988, I, pag. 1237; Cass., 17/6/2004, n. 11342, in Giust. Civ., 2005, I, pag. 415; Cass., 8/11/2006, n. 23801).

La stessa Corte ha poi statuito che “la configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da causa lecita, trova fon-

damento nello stesso principio dell'autonomia contrattuale posto dall'art. 1322 comma 2° cod. civ.” (Cass. civ., 9 ottobre 1991, n. 10612, in Riv. Not., 1991, fasc. 6, pag. 1413).

La causa del trasferimento immobiliare *de quo* - se inteso come contratto atipico - deve essere esaminata sotto l'aspetto della meritevolezza degli interessi sottesi.

In proposito, il Tribunale osserva che l'“immeritevolezza” degli interessi perseguiti è quasi divenuta “ipotesi di scuola” (tra gli ultimi esempi: Cass., 5/1/1994, n. 75, in Giust. Civ., 1994, I, pag. 1230 e Cass., 20/9/1995, n. 9975, in Giust. Civ., 1996, I, pag. 73) e che, al contrario, la “meritevolezza” è stata ampiamente riconosciuta perché “il fondamentale principio dell'autonomia contrattuale consente alle parti di stipulare, nei limiti imposti dalla legge, tutte quelle intese negoziali, riconosciute dall'ordinamento giuridico, che vengano ritenute idonee alla tutela dei rapporti in continua evoluzione” (così Cass., Sez. Un., 1/10/1987, n. 7341, pluriedita); peraltro, “nella più modesta cornice che, dopo l'adozione della Costituzione, le compete ... una volta abbandonato quel criterio dell'«utilità sociale» che, nella relazione al codice civile, aveva giustificato la pur contestata adozione della norma, il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti col negozio atipico si riduce, in realtà, ad una valutazione di non illiceità, in cui l'interprete deve limitarsi all'esame della non contrarietà del negozio alle norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume” (recentemente, Trib. Trieste 23/9/2005, in Guida Dir., 2005, n. 41, pag. 57). Anche alla luce di quanto ora esposto, non può quindi dubitarsi della liceità della causa (il mantenimento della prole) che sorregge il trasferimento immobiliare dal B. alla V. (inoltre, la già menzionata pronuncia di Cass., 17/6/2004, n. 11342 ha espressamente statuito che “l'accordo di separazione che contenga l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la piena proprietà di un bene immobile, trattandosi di patuizione che dà vita ad un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, [è] volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.”).

Non manca, poi, dottrina che rinvie nei negozi traslativi in sede di separa-

zione/divorzio una causa tipica: se si tiene conto del carattere di “negoziato globale” che la coppia in crisi attribuisce al momento della “liquidazione” del rapporto coniugale, di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la convivenza protratta per anni genera, si può riconoscere un vero e proprio “contratto di definizione della crisi coniugale” (o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali), un negozio tale da abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali compiuti, con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale.

La ricostruzione dottrinale sembra avvalorata dalla terminologia impiegata dal legislatore, laddove esso si riferisce alle “condizioni della separazione consensuale” (art. 711 cod. proc. civ.) e alle “condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici” in sede di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio (art. 4, comma 16°, Legge Divorzio): la lettura coordinata delle predette disposizioni - alla luce della giurisprudenza secondo cui ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali (Cass., 24/2/1993, n. 2270, in Dir. Fam. Pers., 1994, pag. 563; Cass., 22/1/1994, n. 657, in Dir. Fam. Pers., pag. 868) - consente di attribuire a quel complemento di specificazione (“della separazione”) un valore non più soltanto soggettivo ma anche oggettivo. In altri termini, “condizioni della separazione” non sono soltanto quelle “regole di condotta” destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione o al divorzio, bensì anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale. Sotto il profilo causale, dunque, i contratti della crisi coniugale (e, segnatamente, i negozi traslativi di diritti tra coniugi in crisi) si caratterizzano per la presenza della causa tipica di definizione della crisi stessa.

La tesi è stata recentemente accolta dalla Suprema Corte: “Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della

“donazione”, e ... rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di “separazione consensuale” ... il quale, sfuggendo - in quanto tale - da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di “donazione” vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto - quello della separazione personale - caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua “tipicità” propria la quale poi, volta a volta, può ... colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della “gratuità”, in ragione dell'eventuale ricorrenza - o meno - nel concreto, dei connotati di una sistemazione “solutorio-compensativa” più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale” (Cass., 14/3/2006, n. 5473; analogamente, Cass., 23/3/2004, n. 5741, in Arch. Civ., 2004, pag. 1026).

A maggior ragione, perciò, riconoscendo al negozio traslativo in esame una causa tipica non può dubitarsi della sua liceità.

Resta da analizzare la questione (essenziale nel procedimento *de quo*) relativa alla salvaguardia dell'interesse della prole: difatti, come nel procedimento di separazione consensuale seguita da omologazione (sostanzialmente assimilabile alla presente richiesta di modifica, avanzata congiuntamente dai coniugi), il controllo giudiziale si traduce in una verifica della legittimità/opportunità delle condizioni pattuite dai coniugi soprattutto rispetto all'interesse dei figli, che funge da parametro di valutazione anche per le clausole relative ai rapporti patrimoniali.

In linea generale, si rileva che, con la trascrizione nei Registri Immobiliari ex art. 2645-ter cod. civ. (sulle modalità con cui eseguire la formalità si richiama la Circolare dell'Agenzia del Territorio n. 5 del 7/8/2006), il vincolo di destinazione risulta opponibile *erga omnes*, offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all'inalienabilità.

Inoltre, poiché per la realizzazione de-

gli interessi ai quali è preposto il vincolo può agire, oltre al conferente (il B.), qualsiasi interessato (e, quindi, anche il Pubblico Ministero o un tutore o un curatore speciale), l'intestatario dei beni (la V.) non potrà essere completamente libero di godere e disporre dei cespiti dovendo salvaguardare l'esigenza di mantenimento della prole.

Infine, è prevista una piena ed efficace garanzia sui beni rispetto agli atti di esecuzione, addirittura superiore alla previsione di impignorabilità dei beni costituiti in fondo patrimoniale: infatti mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo art. 2645-ter cod. civ. appare assoluta, l'art. 170 cod. civ. assoggetta ad esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza.

Più specificamente, si osserva che il primo vincolo impresso sui beni trasferiti alla V. riguarda i loro frutti (che, a norma dell'art. 2645-ter cod. civ., “possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione”) e prevede che gli stessi siano destinati - dopo l'estinzione del mutuo che grava sugli immobili - al mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica.

Si tratta, con ogni evidenza, di una pattuizione favorevole per la prole: dopo la liberazione del bene dai gravami relativi al mutuo stipulato dai coniugi acquirenti (e proprio a questo fine devono *in primis* essere destinati i frutti), è assicurata ai figli - sino al raggiungimento della loro autosufficienza economica - una fonte sicura di reddito (peraltro non aggredibile da eventuali creditori della V.).

Il secondo vincolo è strettamente connesso al primo (l'impiego dei frutti è garantito anche dalla conservazione della titolarità dei cespiti, la quale consente di goderne e disporne) e prevede l'inalienabilità del bene sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica della prole: a riguardo, si osserva che l'articolo 2645-ter cod. civ. (norma successiva e speciale), nel prevedere l'opponibilità ai terzi della predetta inalienabilità (ove trascritta nei RR.II.), scardina il disposto dell'art. 1379 cod. civ. (“Divieto di alienazione”), il quale sancisce

Giurisprudenza

(*rectius*, sanciva) che “il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti”.

Concludendo, la domanda di modifica congiuntamente avanzata dai coniugi B. e V. può essere accolta, risultando legittimo il trasferimento e rispondendo al-

l'interesse della prole l'imposizione del vincolo *ex art. 2645-ter* cod. civ.

P.Q.M.

Il Tribunale

accoglie l'istanza e modifica la condizione *sub E*) del verbale di separazione consensuale del 22/11/2005 (omologato in data 9/2/2006) conformemente alla domanda avanzata dei coniugi nel verbale dell'udienza del 22/3/2007.

LIBRI

La giurisprudenza italiana sui trust dal 1899 al 2006

La raccolta di **tutta** la **giurisprudenza** italiana sui trust, è edita **dalla fine del XIX secolo** alla prima metà dell'anno **2006**, e delle **pronunce dell'Agenzia** delle **entrate**.

Un'opera che rende immediatamente disponibili documenti che sarebbero altrimenti di reperimento disagevole.

Lo studio del materiale che la giurisprudenza ci offre è il modo migliore per avvicinarsi ai trust in Italia, ormai comunemente chiamati “**trust interni**”: materiale che consente, in primo luogo, accertamenti effettuali altrimenti impossibili. Chi, quando, come e perché si istituisce un trust? Quali sono i **reali problemi giuridici** che, caso per caso, scaturiscono? La chiave di lettura corretta è quella che privilegia la soluzione scelta dal giudice, ma la **soluzione**, soprattutto nella giurisprudenza di merito e nelle pronunce delle autorità amministrative, riguarda

una concreta vicenda e, dunque, muove dall'esame di quest'ultima quale origine del problema giuridico.

Il riferimento alle autorità amministrative non è casuale: il libro raccoglie, infatti, le posizioni dell'Agenzia delle entrate considerandole “giurisprudenza” nel senso antico e nobile di questo termine. E' così assicurata una maggiore **ricchezza** delle **fonti** e uno spettro più vasto di casi di trust.

II Edizione, pagg. 420
IPSOA 2006 – € 35,00

Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**

www.ipsoa.it/servizioclienti

E-mail: info.commerciali@ipsoa.it

Tel. 02.82476794 – Fax 02.82476403

- **Agente Ipsoa di zona**
www.ipsoa.it/agenzie
- **www.ipsoa.it**

Sospensione dell'esecuzione su beni vincolati in un trust auto-dichiarato

Italia - Tribunale di Reggio Emilia

Crisi aziendale - piano di ristrutturazione - adesione dei creditori - socio accomandatario - trust auto-dichiarato - creditori sociali beneficiari - causa - meritevolezza Trust "sham" - indizi di nullità - rilevanza in sede esecutiva - esclusione Trust auto-dichiarato - finalità - trust di scopo - trust con beneficiari - rispetto del "beneficiary principle"

Trascrizione del trust - art. 2645 ter cod. civ. - irrilevanza - trascrivibilità in base all'art. 12 della Convenzione de L'Aja

Procedura esecutiva - beni vincolati in trust auto-dichiarato - sospensione

Tribunale di Reggio Emilia, Ufficio Esecuzioni Immobiliari, G. Fanticini, 14 maggio 2007 [Gruppo C.G. s.p.a. c. C.G.]

Il trust auto-dichiarato istituito a beneficio dei creditori sociali su beni immobili di proprietà del socio accomandatario di una società in fase di ristrutturazione, ai sensi dell'art. 182 bis della legge fallimentare, ha una causa meritevole di tutela, non ripugnante per l'ordinamento giuridico, consistente nel proteggere il patrimonio destinato ai creditori sociali che abbiano accettato il piano di ristrutturazione dalle pretese di quei creditori che siano rimasti estranei all'accordo, vantino crediti contestati e intendano eludere la par condicio creditorum con azioni mirate ad ottenere un pagamento più elevato.

La semplice presenza di indizi che conducano a ritenere possibile che un tale trust sia sham, e quindi tamquam non esset (riserva del diritto di abitazione in capo al disponente, coincidenza tra trustee e disponente, mancanza di un guardiano, mancanza del "libro degli eventi del trust", incertezza sulla concreta attività del trustee), non rileva in sede di procedura esecutiva essendo materia da discutersi nell'ambito del giudizio di merito relativo all'opposizione all'esecuzione. L'art. 2740 cod. civ. non costituisce più, da diverso tempo, principio supremo e inderogabile dell'ordinamento italiano stanti le eccezioni introdotte con diverse deroghe legislative e con la ratifica della Convenzione de L'Aja sui trust e sul loro riconoscimento, con parti-

colare riferimento all'art. 11. D'altronde, l'art. 2645 ter cod. civ. ha contribuito in maniera decisiva a svuotare di significato la norma in questione consentendo la trascrivibilità e opponibilità ai terzi di atti, anche atipici, che imprimano su un certo bene un vincolo di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Il trust auto-dichiarato istituito dal socio accomandatario di una società in fase di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis della legge fallimentare per la finalità di consentire ai creditori sociali, che abbiano accettato il piano di ristrutturazione, di ottenere la migliore soddisfazione delle rispettive pretese, rispetta il c.d. "beneficiary principle" se, pur essendo stato istituito per un fine, vada a vantaggio diretto o indiretto di una categoria di persone che, come nel caso di specie, sia dotata di poteri e prerogative idonee a formare il "sostrato proprietario della posizione dei beneficiari".

L'art. 2645 ter cod. civ. non è norma che legittima la trascrivibilità del trust essendo questa già ampiamente ammessa dalla giurisprudenza precedente l'introduzione della norma: essa, quindi, è da considerarsi mera conferma di una prassi preesistente. La trascrivibilità del trust nei Pubblici Registri italiani, infatti, discende in primo luogo dall'art. 12 della ratificata Convenzione de L'Aja sui trust e sul loro riconoscimento.

Deve essere sospesa la procedura esecutiva immobiliare promossa su beni vincolati in un trust auto-dichiarato in favore dei creditori sociali che abbiano aderito ad un piano di ristrutturazione aziendale in attesa dell'esito

del processo di cognizione circa la validità del trust medesimo e la sua opponibilità a tutti i creditori.

Testo dell'Ordinanza

TRIBUNALE DI REGGIO EMILIA

Ufficio Esecuzioni Immobiliari

Nella procedura esecutiva immobiliare n. 200/2006 R.G. Esecuzioni promossa da GRUPPO C.G. S.P.A. contro C.G.

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE sciogliendo la riserva formulata all'udienza dell'8/5/2007,

viste le difese delle parti, esaminata la documentazione in atti, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Preliminarmente giova rilevare che al Giudice dell'Esecuzione spetta, in questa fase, soltanto una verifica del *fumus* delle ragioni addotte dall'opponente, mediante un esame sommario degli elementi acquisiti, al fine di adottare una decisione sull'istanza di sospensione; detta premessa è

Nota:

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

Giurisprudenza

doverosa a fronte delle estese doglianze della creditrice opposta sulla validità del trust costituito sui beni aggrediti col pignoramento, doglianze che - proprio per la natura della presente decisione - non possono essere qui compiutamente affrontate e che (come si dirà anche nel prosieguo) dovranno trovare adeguata trattazione nel giudizio di merito relativo all'opposizione.

§ § §

La Gruppo C.G., intendendo soddisfare coattivamente il proprio credito nei confronti di C.G. (derivante da decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo emesso nei confronti della società G. S.a.s., di cui il C. è socio accomandatario), ha pignorato beni immobili intestati a C.G.

C.G. - "in qualità di trustee" (pag. 1 del ricorso in opposizione) - ha contestato il diritto di procedere ad esecuzione forzata perché i beni, già trasferiti in trust (e, quindi, in un patrimonio separato da quello del disponente e da quello personale dello stesso trustee) con atto trascritto nei RR.II. anteriormente al pignoramento, non potevano essere assoggettati ad azione esecutiva; in particolare, l'opponente osservava che era stato istituito un trust "interno" (il quale presenta "elementi soggettivi e obiettivi legati a un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto come trust, nel senso accolto dalla Convenzione, mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce la qualificazione") e "autodichiarato" (in cui, cioè, coincidono le figure del disponente e del trustee) in garanzia dei creditori della G.; contestualmente all'opposizione ha avanzato istanza di sospensione del processo esecutivo ex art. 624 comma 1° c.p.c.

La citata disposizione prevede il potere del Giudice dell'Esecuzione di sospendere il processo esecutivo, sia nel caso di opposizione all'esecuzione proposta dal debitore sia in caso di opposizione di terzo. In questa fase, appare superfluo, perciò, qualificare l'azione proposta dal C. come opposizione ex art. 615 comma 2° c.p.c. o come opposizione ex art. 619 c.p.c.: nella prima ipotesi l'opposizione corrisponderebbe al *nomen iuris* attribuito dall'opponente, ma si osserva che, nel caso *de quo*, il C. (il quale ha mutato il titolo in base al quale è proprietario dei beni:

prima proprietario in senso strettamente civilistico e poi proprietario quale trustee) agisce espressamente come trustee a tutela del *trust-fund*, aggredito da parte di un creditore personale del disponente, non considerato dall'atto di pignoramento quale trustee (appare, quindi, *prima facie* preferibile la tesi dell'opposizione di terzo). La suddetta questione potrà semmai assumere rilievo nel processo di cognizione dato che, secondo le prime letture conseguenti alle modifiche del 2006, il richiamo dell'art. 619 c.p.c. all'art. 616 c.p.c. riguarda solo i provvedimenti per l'instaurazione del giudizio di merito e non anche l'inciso "La causa è decisa con sentenza non impugnabile" (con conseguente proponibilità dell'appello nelle opposizioni di terzo).

§ § §

Rispetto ai concetti di proprietà e di garanzia patrimoniale tradizionalmente conosciuti nel nostro ordinamento, la caratteristica più rilevante del trust (si fa qui riferimento alla generica categoria del trust *shapeless*, delineata dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja) è che i beni o diritti oggetto del trust (detti *trust property* o *trust estate* o *trust fund*) costituiscono un patrimonio separato da quello del trustee e inattuabile dai suoi creditori; a maggior ragione i beni non possono essere aggrediti dai creditori del disponente, dato che i cespiti sono "usciti" dalla sua sfera di appartenenza a seguito del trasferimento al trustee o, come in questo caso, del mutamento del titolo.

La cosiddetta "segregazione patrimoniale" (sopra descritta) è tratto saliente ed essenziale del trust e, secondo l'art. 11 della "Convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento" adottata a L'Aja l'1/7/1985 (ratificata dall'Italia - senza riserve - con la Legge 9/10/1989 n. 364) ed entrata in vigore l'1/1/1992, costituisce l'effetto minimo del riconoscimento di un trust costituito in conformità alla sua legge regolatrice (così statuisce il menzionato art. 11: "A trust created in accordance with the law specified by the preceding Chapter shall be recognized as a trust. Such recognition shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund ..." ovvero "Un trust istituito in conformità alla legge determinata in base al capitolo precedente sarà riconosciuto come trust.

Tale riconoscimento implica, quanto meno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee").

Nel caso di specie, il C. è sia disponente sia trustee del trust G., istituito secondo la Trusts (Jersey) Law del 1984 (successivamente emendata dalla Trusts (Amendment) (Jersey) Law del 1989, dalla Trusts (Amendment No. 2) (Jersey) Law del 1991, dalla Trusts (Amendment No. 3) (Jersey) Law del 1996 e, recentemente, dalla Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law del 2006) con atto pubblico dell'11/3/2005, con cui sono anche stati trasferiti al trustee i cespiti, mobili e immobili, del disponente (uno *actu*, quindi, è stato istituito il trust e posto in essere il negozio di dotazione patrimoniale al trustee); il predetto atto pubblico è stato trascritto nei RR.II. il 24/3/2005, ben prima del pignoramento immobiliare notificato il 31/10/2006-6/11/2006 e trascritto nei RR.II. il 14/11/2006.

Come è stato osservato in dottrina, la nozione di trust contenuta nel primo paragrafo dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja è assai ampia, dato che la norma afferma l'esistenza di un trust allorché il trustee abbia il "controllo" sui beni, senza cioè esigere che vi sia un "trasferimento" di beni a costui: non è richiesta, dunque, per aversi un trust ai sensi della menzionata Convenzione, una distinzione soggettiva tra il disponente e il trustee essendo sufficiente che i beni siano posti "sotto il controllo" di quest'ultimo. Tra l'altro, lo stesso art. 2, all'ultimo comma (la Convenzione consente al *settlor* di riservarsi "rights and powers", locuzione mal tradotta nella versione ministeriale con "prerogative") non esclude in linea di principio una coincidenza tra due soggetti del trust, purché ciò sia consentito dalla legge regolatrice prescelta dal disponente (nel caso, è pacifico che la Trusts (Jersey) Law permetta la costituzione di trust autodichiarati).

Dal riconoscimento del trust, istituito in conformità alla legge regolatrice (e su questo si tornerà in seguito), deriva (automaticamente) l'effetto segregativo nel patrimonio del trustee e la conseguente impossibilità per i creditori di quest'ultimo di attaccare i beni trasferiti; inoltre, per effetto del trasferimento al trustee, nessun diritto sui beni in trust spetta più al disponente.

Perciò sia considerando il C. come disponente, sia reputandolo trustee del trust G., deve escludersi il diritto della Grup-

po C.G. di assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in trust. La conclusione a cui si è pervenuti non è nuova neanche per la giurisprudenza italiana, dato che già il Tribunale di Brescia, con la sentenza del 12/10/2004 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 83), ha stabilito che il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al trustee con atto avente data certa anteriore al pignoramento: il Giudice, superate le questioni riguardanti l'ammissibilità dell'istituto nell'ordinamento interno, ha respinto le istanze del creditore pignorante affermando che i beni trasferiti in proprietà al trustee del trust "sono segregati, non appartengono né al settlor né al trustee e pertanto sottratti e inattaccabili dai rispettivi creditori". Analogamente, in un procedimento cautelare per sequestro, il Tribunale di Siena, con ordinanza del 16/1/2007 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2007, pag. 266), ha statuito che "i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo". Simili considerazioni si rinvencono anche nella pronuncia del Tribunale (penale) di Venezia del 4/1/2005 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 245), ove si legge che "la peculiarità della situazione porta ad affermare che il trustee è titolare di un diritto reale senza ... esserne proprietario ... 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 sdoppiamento del diritto di proprietà, ma il semplice trasferimento di un diritto reale da un soggetto ad un altro che accetta detto trasferimento come collegato - e questo è essenziale - ad un obbligo di amministrazione e di gestione".

§ § §

Apprezzabilmente la difesa della creditrice opposta non contesta in maniera sterile l'ammissibilità (*tout court*) del trust "interno" nell'ordinamento italiano: su tale questione si è invece arenata la prima giurisprudenza, ma il problema è da inten-

dersi ormai superato dalle numerose pronunce (*ex multis*, la sentenza del Tribunale Bologna n. 4545 dell'1/10/2003, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 67) che hanno riconosciuto all'istituto del trust un "diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento" (così Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cavalese, decreto 20/7/2004, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 574) e dalla *ratio legis* sottesa all'approvazione dell'art. 2645-ter c.c., che ha tolto quasi tutte le frecce dalla faretra dei detrattori del trust interno (anche se, in dottrina, un autore è rimasto assolutamente impermeabile alla novità e ha continuato a far congetture sulla "ben nota e spregiudicata lobby del trust interno, assecondata da giudici non rigorosi").

Nel proprio scritto difensivo la G. C.G. affronta in concreto lo specifico atto istitutivo del trust G., contestando (o, quantomeno, mettendo in dubbio) la possibilità di procedere al suo riconoscimento (ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja), la sua conformità alla legge regolatrice e la validità del limite così introdotto all'applicazione di disposizioni interne ritenute inderogabili (art. 15 del testo convenzionale).

Ai fini di valutare il fumus dell'opposizione, è necessario, perciò, esaminare "un po' più da vicino" il trust in questione: il programma negoziale che si prefigge, la sua aderenza alla *Trusts (Jersey) Law* e la compatibilità con i principi inderogabili del diritto italiano.

§ § §

Ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja è possibile negare il riconoscimento di un trust "interno" (il cui "centro di gravità", cioè, non presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, sebbene la disciplina sia costituita da una legge regolatrice straniera) nel caso in cui il ricorso all'istituto e alla disciplina straniera appaia fraudolento, tale per cui il riconoscimento appaia ripugnante all'ordinamento: "Rientra anche nei poteri del giudice, dunque, fare applicazione dell'art. 13; tuttavia, l'utilizzo di detta norma, lungi dall'essere obbligatorio o - al contrario - «capriccioso», potrà avvenire soltanto in maniera conforme alla *ratio* del legislatore della ratifica e, quindi, anche in ossequio al principio di salvaguardia dell'autonomia privata, al solo fine di evitare il riconosci-

mento di trust «interni» che siano disciplinati da legge straniera con intenti abusivi e/o fraudolenti ... non sarà sufficiente rilevare la presenza di un trust i cui elementi significativi siano più intensamente collegati con lo Stato italiano per disapplicare la legge scelta per la sua disciplina e per la sua costituzione evitando di riconoscerne gli effetti, ma sarà, invece, necessario desumere un intento in frode alla legge, volto, cioè, a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento in cui il negozio deve operare" (così Tribunale Bologna, sentenza 1/10/2003 n. 4545, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 67). Si deve dunque valutare se l'atto istitutivo del trust è (o non è) portatore di interessi che sono meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico senza limitarsi alla semplice definizione dello "scopo", ma estendendo l'analisi al "programma" che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust (così anche Tribunale di Trieste - 23 settembre 2005, in *Guida al Diritto*, 2005, n. 41, pag. 57).

In altri termini, occorre esaminare la meritevolezza della causa "concreta" del trust (quella "astratta", del trust "amorfo" delineato nella generica formulazione dell'art. 2 della Convenzione, è già stata definita e riconosciuta dal legislatore della Legge 364/1989, di ratifica della Convenzione de L'Aja): come sostiene la dottrina, "la causa del negozio istitutivo di trust è il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni in trust) affidate al trustee per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust)".

È ovvio che l'esame sommario condotto in questa fase non può compiutamente affrontare ed esaurire ogni possibile profilo (attività doverosa nel giudizio di merito), ma sin d'ora può affermarsi - proprio nell'ambito del giudizio sulla sussistenza del *fumus* dell'opposizione - che non sembra che il riconoscimento del trust *de quo* sia ripugnante all'ordinamento italiano.

La più autorevole dottrina sulla materia ha sostenuto che il trust è, rispetto al nostro ordinamento, uno strumento residuale, al quale ricorrere quando gli ordinari strumenti civilistici non consentono di conseguire il medesimo obiettivo, che, però, deve rappresentare interessi merite-

Giurisprudenza

voli di tutela e non ripugnanti per il sistema.

Nell'atto istitutivo dell'11/3/2005 non si fa mistero del programma negoziale perseguito: il C., amministratore e socio accomandatario della G. S.a.s. (posta in liquidazione), ha inteso, col trust, "favorire la liquidazione armonica della società, prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali" e, per raggiungere tale finalità, ha segregato i propri beni personali nominandosi trustee nell'interesse dei creditori della G., che hanno così assunto la qualità di beneficiari del trust. Schematizzando: i beni del socio accomandatario sono posti sotto il controllo del trustee, il quale li conserva (non può cederli se non espressamente autorizzato dall'Autorità Giudiziaria), gestisce e amministra nell'interesse dei creditori della G. e - nel caso in cui la società non sia in grado di soddisfare interamente le ragioni creditorie al momento della data di liquidazione - deve anche venderli per pagare il debito residuo.

La liquidazione della G. (che, evidentemente, versa in stato di crisi) sta avvenendo mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis L.F.: sono agli atti (documenti nr. 5-6 dell'opponente) l'istanza della società e del socio accomandatario rivolta al Tribunale di Modena il 2/2/2007 e il provvedimento del 16/2/2007 di omologazione dell'accordo pubblicato nel Registro delle Imprese il 3/8/2006 (prima, quindi, del pignoramento).

La previsione introdotta dall'art. 182-bis L.F. pare richiamare i modelli stranieri di soluzione alternativa della crisi e addirittura qualcuno ha presentato gli accordi di ristrutturazione come la traduzione italiana del *pre-packaged bankruptcy* statunitense.

La finalità perseguita dal legislatore della riforma era assolutamente meritoria: fornire alle imprese in crisi un nuovo strumento caratterizzato da assoluta flessibilità (in assenza di ogni e qualsiasi limite non può che affermarsi la piena libertà di scelta e di combinazione delle modalità di soddisfazione dei creditori), ma le soluzioni adottate "lasciano forti dubbi in ordine alla loro efficacia rispetto agli obiettivi prefissati".

Già prima della novella, la più comune operazione di ristrutturazione dei crediti consisteva in una moratoria nel pagamento dei debiti scaduti (con o senza la

previsione di interessi) o in una modifica dei termini contrattuali del debito originario, sostanzialmente identificata in un *pactum de non petendo* (che non determina l'estinzione dell'originario rapporto obbligatorio, in quanto i crediti sono temporaneamente inesigibili ma non estinti, e quindi la funzione del *pactum* si risolve nell'incidere sulle modalità di esecuzione dell'obbligazione preesistente, senza alterarne l'oggetto o il titolo). Le convenzioni stragiudiziali, utilizzate quali strumenti per affrontare e risolvere situazioni di crisi, avevano, come primo ed immediato obiettivo, la protezione dell'imprenditore dalle eventuali azioni esecutive dei creditori.

Il blocco delle azioni esecutive individuali e dell'acquisizione di diritti di prelazione da parte di terzi è stato espressamente previsto dall'art. 168 L.F. per il concordato preventivo, che, tuttavia, è istituto differente e autonomo dagli accordi di ristrutturazione, secondo la prevalente interpretazione dottrinale e i primi arresti giurisprudenziali (Tribunale Bari, 21/11/2005, in *Fallimento*, 2006, pag. 169; Tribunale Milano, 21/12/2005, in *Foro Italiano*, 2006, I, col. 2563; Tribunale Brescia, 22/2/2006, in *Fallimento*, 2006, pag. 608; Tribunale Roma, 16/10/2006, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/395.htm>; Tribunale Milano, 11/1/2007, inedito).

La nuova disciplina ha sì rimosso gli ostacoli che, prima della riforma, rendevano "pericolosi" (e, perciò, di fatto inutilizzabili) gli accordi tra debitore e creditori (sia per il rischio - *ex latere debitoris* - di incorrere nel reato di bancarotta preferenziale, sia per l'esposizione - *ex latere creditoris* - ad azioni revocatorie in caso di successivo fallimento), ma il principale profilo di debolezza dell'istituto disciplinato dall'art. 182-bis L.F. è rappresentato dal fatto che tali accordi sono vincolanti per i soli aderenti, con la conseguenza che viene meno uno dei pilastri dell'omologo istituto statunitense e, cioè, la protezione dalle azioni esecutive "esterne".

Invero, alcuni autori hanno sostenuto che l'efficacia dell'accordo (con la pubblicazione presso il registro delle imprese) si estenderebbe anche ai creditori estranei, i quali non potrebbero da questo momento chiedere il fallimento del debitore e sarebbero impossibilitati ad aggredire i beni in sede esecutiva individuale, pur essendo abilitati a chiederne l'esecuzione

soltanto dopo l'omologazione del Tribunale; detta interpretazione è ricollegata ad un'applicazione degli articoli 167 e 168 L.F., ovvero ad "un regime di esenzione da ogni altra azione individuale che tale acquisto d'efficacia procura da tale evento all'impresa", che, pur coerente con lo spirito dell'intervento legislativo, appare però non suffragata da un espresso dato normativo, né altrimenti desumibile in via di interpretazione analogica o estensiva.

Altri hanno affermato che la previsione dell'art. 168 L.F. sul divieto di azioni esecutive individuali, non estensibile all'istituto configurato dall'art. 182-bis L.F., sia superflua per gli accordi di ristrutturazione perché i creditori aderenti all'accordo non potranno che aver accettato una moratoria dei pagamenti scaduti (contenuto minimo del *pactum*), mentre i creditori estranei troveranno comunque tutela nella loro integrale soddisfazione: perciò, il divieto di porre in essere azioni esecutive ordinarie da parte dei creditori non partecipanti all'accordo ex art. 182-bis L.F. sarebbe irrilevante perché costoro devono essere soddisfatti regolarmente - cioè "per intero e alla scadenza" - per cui non si pone nemmeno il problema di una loro eventuale azione esecutiva ordinaria.

Di contro, si è osservato che l'assenza di un principio che vincoli la minoranza dissenziente alle decisioni della maggioranza fa sì che tutti i creditori debbano esprimere il loro consenso all'accordo stragiudiziale, con la conseguenza che risulta fisiologica, in ogni soluzione stragiudiziale, la presenza di un certo numero di cc.dd. "free riders", ovvero di creditori (magari con crediti contestati o *sub iudice*) che cercano di ottenere un pagamento più elevato, votando contro l'approvazione della convenzione e trattando singolarmente la propria posizione con gli organi gestionali dell'impresa in crisi; inoltre, non può essere sopravvalutata l'importanza delle pattuizioni tra creditori al fine di una preventiva concertazione dei comportamenti da tenere in caso di crisi del debitore.

La prevalente dottrina, con un esame più attento e pragmatico, ha infatti rilevato che lo strumento *de quo*, "rivela più ombre che luci, con i rischi di minor successo che ne potrebbero derivare": infatti manca "la possibilità attraverso l'accordo - evidentemente raggiunto con la maggioranza dei creditori - di vincolare in qual-

che modo anche i creditori di minoranza” e sono comunque ammissibili “azioni esecutive da parte di ogni singolo creditore, sin dalle trattative e, per i creditori non aderenti, anche dopo il perfezionamento dell’accordo”. Di conseguenza, “il debitore che decida di intraprendere la via degli accordi ex art. 182-bis sarebbe del tutto privo di protezione nei loro confronti” e si troverebbe a dover scegliere “l’ombrello protettivo” fornito dal concordato preventivo rispetto al quale, però, l’accordo di ristrutturazione presenta “un grado di flessibilità e semplificazione senz’altro superiore”.

Come osservato da un autore, “questo costituisce in effetti un elemento di forte criticità dell’istituto”, che pure sembra rispondere all’intento del legislatore di eliminare dall’impianto della legge fallimentare la sua caratteristica “vocazione eminentemente espulsiva dell’insolvente dal mercato”.

Il breve *excursus* sugli accordi di ristrutturazione (certamente non esaustivo) serve per dimostrare che l’istituzione del trust *de quo* appare finalizzata ad un interesse meritevole di tutela: quello di proteggere il patrimonio per evitare che creditori *free-riders*, rimasti estranei all’accordo di ristrutturazione, che vantano crediti contestati (è incontrovertibile la pendenza di opposizione avverso il decreto ingiuntivo azionato dalla Gruppo C.G.), possano costituire diritti di prelazione (ipoteche) o agire in *executivis* sui cespiti, facendo naufragare il negozio concluso con la maggioranza, nonostante l’assicurazione di un loro “regolare pagamento” (secondo autorevole dottrina, la locuzione impiegata dall’art. 182-bis L.F. deve intendersi come “pagamento integrale”, non potendo significare “pagamento alla scadenza”, formula inapplicabile ai crediti scaduti che sono, in situazione di crisi, la maggior parte) e l’omologazione da parte del Tribunale (in assenza di qualsivoglia opposizione).

Il programma negoziale del trust G. appare mirato ad introdurre un temporaneo blocco delle azioni esecutive e cautelari individuali, effetto garantito dalla legislazione nazionale per il solo concordato preventivo, e, lungi dal voler essere strumento per frodare i creditori o per eludere la *par condicio* (tanto che sembra arduo ipotizzare l’esito favorevole di un’azione revocatoria), individua proprio questi ultimi quali beneficiari; peraltro, il

conferimento in trust fornisce una supplementiva garanzia di non dispersione dei beni ed attribuisce ai creditori beneficiari un controllo sull’operato del trustee che difetta, invece, nell’accordo di ristrutturazione (laddove i creditori sono esposti anche ad operazioni di sottrazione/occultamento della garanzia patrimoniale che possono trovare rimedio, a volte, solo con l’esperimento di una lunga e costosa azione revocatoria).

Anche nei lavori preparatori della riforma del diritto fallimentare era stata esaminata la possibilità di configurare (oltre all’obbligatorietà per tutti i creditori dell’accordo omologato) una “protezione del patrimonio da iniziative cautelari ed azioni esecutive di terzi estranei all’accordo” con un effetto di blocco fino alla conclusione del procedimento di omologazione. Se è vero che la proposta non è stata trasfusa nel testo legislativo poi entrato in vigore, *de iure condendo* è già stata predisposta la bozza di un decreto legislativo che prevede la temporanea “copertura” del patrimonio del debitore che voglia accedere agli accordi di ristrutturazione (di ciò danno notizia i quotidiani specializzati: Il Sole 24 Ore, 18/4/2007, pag. 31; Italia Oggi, 19/4/2007, pag. 32).

Non può escludersi, perciò, l’astratta meritevolezza degli interessi sottesi al trust in questione, che mira ad assicurare effetti che l’ordinamento già riconnette ad istituti simili e che già sono allo studio del legislatore anche per gli accordi di ristrutturazione.

Tra l’altro, la finalità di proteggere il patrimonio nell’ambito di una concordata soluzione della crisi dell’impresa (e, cioè, la segregazione dei beni al fine di assicurare la loro destinazione alla massa dei creditori) è già stata apprezzata dal Tribunale di Parma che, con la sentenza del 3/3/2005 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 409), ha omologato un concordato preventivo misto con cui i beni di terzi (garanti dell’adempimento del concordato e soggetti diversi dal debitore assoggettato alla procedura) erano stati trasferiti al commissario giudiziale, nominato trustee (così eliminando il rischio, per i creditori del concordato, di eventi - ad esempio, azioni esecutive per debiti del garante, iscrizioni ipotecarie, cessione degli stessi beni, concessioni in ulteriori garanzie - potenzialmente idonei a ridurre o eliminare la garanzia offerta: i creditori del disponente, infatti, non possono sod-

disfarsi su un bene che non è più nella disponibilità di questo, i creditori del trustee subiscono l’effetto segregativo del negozio, i creditori beneficiari ricevono quanto statuito dal *settlor* durante la pendenza del trust e, allo scioglimento di questo, partecipano alla ripartizione finale secondo quanto disposto con l’atto istitutivo).

Per quanto sinora esposto, non pare *prima facie* che il programma negoziale di questo specifico trust possa essere considerato ripugnante per il sistema italiano, sebbene questo non preveda ordinari strumenti civilistici che consentano di conseguire il medesimo obiettivo (e proprio in questo sta la residualità del trust rispetto agli istituti offerti dall’ordinamento interno).

§ § §

L’analisi non può fermarsi qui: può accadere, infatti, che lo scopo di un trust apparentemente lecito e meritevole di tutela nasconda in realtà un obiettivo ripugnante per l’ordinamento.

Questa ipotesi è destinata ad inficiare l’atto istitutivo *tout court*, quando lo scopo ripugnante (ad esempio, l’intento di frodare i creditori) sia il solo effettivo scopo del trust e il trustee si disinteressi completamente dello scopo apparente: in tal caso, l’atto di trust non sarà altro che una pura simulazione (*sham* secondo il diritto inglese).

Il trust è *sham* (fasullo, simulato e, per il diritto anglosassone, nullo e inefficace) quando il trustee agisce solo al fine di soddisfare lo scopo reale (ad esempio, limitandosi a tenere occultato il patrimonio del disponente ai suoi creditori e disinteressandosi dei beneficiari ai quali dovrebbe invece corrispondere un mantenimento; in proposito, High Court of Justice of England and Wales - Chancery Division, sentenza 10/6/1994, *Midland Bank Plc v. Wyatt*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 299. Altro esempio di *sham trust* si rinvia nella pronuncia della High Court of Justice of England and Wales - Family Division, sentenza 3/12/2004, *Minwalla v. Minwalla*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 273, nella quale il Giudice ha statuito che “affinché un trust sia *sham* non è necessaria un’intesa fra disponente e trustee, ma è sufficiente che il disponente non avesse la minima intenzione di seguire le norme sui trust e

Giurisprudenza

che, nel corso del rapporto, il trustee sia stato acquiescente nei suoi confronti”).

Anche la simulazione rientra tra le difese della Gruppo C.G. (che, nelle conclusioni della memoria difensiva qualifica “senza mezzi termini” il trust G. come “atto simulato ovvero compiuto in pregiudizio delle ragioni creditorie”).

Vari sono gli indizi che potrebbero suffragare l'ipotesi di uno *sham trust*: la coincidenza tra disponente e trustee e la contemporanea assenza di un guardiano, la riserva al disponente del diritto di abitazione (gratuito) sui beni immobili conferiti e, non essendo stato depositato il “libro degli eventi del trust” né il rendiconto del trustee, l'assoluta incertezza sull'effettiva attività svolta dal trustee, con particolare riferimento al dovere di informare i beneficiari delle vicende del trust (in proposito, come osserva autorevole dottrina, “è ineludibile il diritto dei beneficiari di essere messi a conoscenza dell'esistenza del trust in loro favore ... la conoscenza dell'atto di trust consente ai beneficiari di esercitare tutti i diritti che discendono da tale loro posizione e quindi verificare in qualsiasi momento che il trustee rispetti lo scopo del trust e le volontà espresse dal disponente ... un trust con beneficiari, non resi edotti circa l'esistenza del trust, configura uno di quegli indizi che potrebbero concorrere a far ritenere il trust una mera simulazione”).

I soli “indizi” di uno scopo che potrebbe essere ripugnante (“to set up a screen to shield his resources from other claims” per dirla con il Giudice Singer J. della High Court of Justice of England and Wales - Family Division, sentenza 3/12/2004, *Minwalla v. Minwalla*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, pag. 273), tuttavia, non sono sufficienti a considerare *tamquam non esset* l'atto di trust (trascritto) il cui scopo apparente (salvo quanto sopra detto) sembra meritevole di tutela; necessariamente il loro esame deve essere rinviato al giudizio di merito e alle risultanze dell'istruttoria che lì sarà svolta.

§ § §

Rispetto all'art. 13 della Convenzione de L'Aja, le contestazioni che richiamano gli artt. 15, 16 e 18 del testo convenzionale si muovono su un piano diverso: le predette disposizioni non riguardano il problema del riconoscimento (che, peral-

tro, concerne solo i trust cc.dd. interni) e considerano i trust riconosciuti (anche quelli interni) che producano effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della *lex fori* o con principi di ordine pubblico: in tali casi l'applicazione della legge straniera dovrà “cedere il passo” a quella della legge interna.

La Gruppo C.G. individua, quale principio generale inderogabile, l'unitarietà della garanzia patrimoniale sancita dall'art. 2740 c.c.

Non sembra necessario ripetere le numerose ragioni che hanno indotto la giurisprudenza a ritenere che l'art. 2740 c.c. non costituisca più, da anni, un principio supremo ed inderogabile del nostro ordinamento (così Tribunale Bologna, sentenza 1/10/2003 n. 4545, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 67: “l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come un «dogma sacro ed intangibile» del nostro ordinamento”): l'espressa previsione dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja (la quale, introducendo quale effetto minimo la distinzione del patrimonio in trust, assume su questo punto la natura di norma di diritto materiale uniforme), la limitazione della responsabilità stabilita dalla Legge n. 364 del 1989 (conformemente alla riserva di legge dell'art. 2740 cod. civ.), le numerose deroghe legislative (che sono persino giunte a configurare - con gli artt. 2447-bis e seguenti c.c. - ulteriori limitazioni della responsabilità per soggetti che già godono di una responsabilità limitata).

A queste si aggiunge la recente entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c.: le condizioni per addivenire alla trascrizione e all'opponibilità di atti (*melius*, contratti), anche atipici, con cui beni immobili o mobili registrati sono destinati alla realizzazione dei più variegati interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 comma 2° c.c. (norma che non costituisce alcun argine perché - stando ai precedenti giurisprudenziali - consente di formulare soltanto un giudizio di non illiceità degli scopi prefissati), inducono a ritenere che sia stata definitivamente “aperta la porta” dell'ordinamento ai più disparati vincoli di destinazione impressi dall'autonomia privata, senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento da una norma positiva. In altri termini, sembra proprio che

la riserva di legge prevista dal comma 2° dell'art. 2740 c.c. (già derogata da innumerevoli normative speciali) sia stata definitivamente svuotata di significato dall'articolo 2645-ter c.c. Inoltre, la menzionata disposizione, successiva e speciale rispetto all'art. 1379 c.c. (pure richiamato dalla difesa dell'opposta con riguardo al regolamento del trust Genesis), nel prevedere l'opponibilità ai terzi del vincolo di destinazione trascritto, scardina il disposto del “Divieto di alienazione”, il quale sancisce (o, forse, sarebbe meglio dire: “sanciva”) che “il divieto di alienare stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti”.

Ad un primo e sommario esame, dunque, non emerge il denunciato contrasto con norme inderogabili della *lex fori*.

§ § §

In ogni caso, deve escludersi che il potere di negare il riconoscimento del trust (ai sensi dell'art. 13 della Convenzione de L'Aja) e/o di dichiararne la nullità perché *sham* e/o di privare di effetti l'applicazione della Convenzione per contrasto con norme inderogabili del diritto interno o con l'ordine pubblico (ai sensi degli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione de L'Aja) possa essere esercitato dal Giudice dell'Esecuzione nell'ambito della decisione (adottata con ordinanza emessa a seguito di una cognizione sommaria) sull'istanza di sospensione ex art. 624 comma 1° c.p.c.

§ § §

La creditrice opposta ha sostenuto, nella propria memoria difensiva, che l'effetto segregativo previsto dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja non si sarebbe prodotto nel caso di specie perché il trust non è stato “istituito in conformità alla legge determinata” dal disponente a norma dell'art. 6 del testo convenzionale: in particolare, si è affermata l'invalidità - ai sensi degli artt. 10A e 10B (in realtà, dopo le recenti modifiche normative, il riferimento deve essere rivolto all'art. 12) della Trust (Jersey) Law - del “trust di scopo, non caritatevole, privo di un guardiano (enforcer)”.

La difesa è interessante (la difformità della legge regolatrice impedirebbe di considerare come segregati i cespiti aggregati col pignoramento) ma muove da un

presupposto apparentemente errato: la qualificazione del trust G. come "trust di scopo".

È "di scopo" quella categoria di trust "che non sono destinati ad avvantaggiare una o più persone identificate o identificabili, più precisamente quei trusts rispetto ai quali, per come il trust è configurato, non può esistere alcun soggetto legittimato ad agire contro il trustee per tutelare un interesse proprio".

Nel modello anglosassone i trust di scopo possono perseguire soltanto fini caritatevoli (a vantaggio della collettività o di una categoria di persone non determinate); perciò, un trust di scopo retto dalla legge inglese istituito per fini non caritatevoli (*non-charitable purposes*) è da ritenersi inesorabilmente nullo. Diversa è la disciplina che regola il trust G.: infatti, la Trust (Jersey) Law ammette l'istituzione di trust di scopo che perseguono fini individuali e non caritatevoli, ma richiede - a pena di nullità - la presenza costante e ininterrotta di un guardiano (*enforcer*), che possa agire nei confronti del trustee inadempiente (per evitare che il trust sia lasciato "in balia della mera volontà incontrollata ed incontrollabile del trustee"; in giurisprudenza, Tribunale di Trieste - 23 settembre 2005, in Guida al Diritto, 2005, n. 41, pag. 57). Con esempi tratti dalla dottrina inglese, sono "di scopo" i trust istituiti "per preservare la pace tra le nazioni" o "per l'abolizione della vivisezione", dove nessun soggetto ha un sufficiente interesse per far rispettare il trust ("where no individual clearly has sufficient interest to enforce the trust").

Si ricava dall'art. 1 della Trust (Jersey) Law la definizione di beneficiario: "«beneficiary» means a person entitled to benefit under a trust or in whose favour a discretion to distribute property held on trust may be exercised" (in italiano: "«beneficiario» significa un soggetto avente diritto ad ottenere dei vantaggi in forza di un trust oppure nel cui interesse possa essere esercitato il potere discrezionale di una attribuzione di beni in trust"). La massima dottrina sulla Legge di Jersey afferma: "sono beneficiari di un trust tutti coloro i quali abbiano potenziali benefici dal trust"; un altro giurista precisa: "chiunque abbia diritti da un trust può essere definito come un beneficiario". Peraltro, ai sensi dell'art. 10 della vigente Trust (Jersey) Law (da leggersi in combinato disposto con l'art. 1) "il beneficiario

deve essere identificabile ... per riferimento a una categoria".

Perciò, se il trust, ancorché istituito per una finalità, è costituito a vantaggio diretto o indiretto di una o più persone (identificabili anche con riferimento alla categoria di appartenenza), deve intendersi rispettato il *beneficiary principle* (consacrato sin dalla pronuncia di Sir William Grant MR in *Morice v. Bishop of Durham* del 1804: "there must be somebody, in whose favour the court can decree performance", ossia "dev'esserci un soggetto a cui favore possa essere ordinato l'adempimento"), che risulta violato non già dalla presenza di uno scopo, ma solo dall'assenza di un soggetto legittimato a richiedere l'adempimento delle obbligazioni al trustee.

Il trust G. manca di un *enforcer*, ma - ad avviso di questo Giudice dell'Esecuzione - deve essere considerato un trust con beneficiari: infatti, l'atto istitutivo (all'art. 3) individua soggetti (appartenenti alla categoria dei creditori della G.) dotati di poteri e prerogative, le quali, pur non concretandosi in pretese dirette sui beni in trust (ma, semmai, sul ricavato dalla loro vendita), sono altrettanto importanti per la vita del trust (come il diritto di informazione, il diritto di rendiconto verso il trustee ed eventualmente, nei limiti in cui ciò è consentito, il diritto di accesso ai documenti del trust) e idonee a formare il sostrato "proprietario" della posizione dei beneficiari (inteso come *trust property* sulla quale hanno l'*equitable interest*).

Anche sotto questo profilo, comunque, spetterà al giudizio di merito fornire una definitiva qualificazione del negozio.

§ § §

Riguardo alla trascrizione del trust *de quo*, la creditrice intervenuta Cassa di Risparmio in Bologna S.p.A. ha rilevato che la stessa è avvenuta in epoca anteriore all'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c. (introdotta dall'articolo 39-novies della Legge 23/2/2006 n. 51, di conversione del Decreto-Legge 30/12/2005 n. 273, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 28/2/2006, n. 49), sottintendendo l'invalidità/inefficacia della formalità pubblicitaria.

La doglianza (seppur implicita) è infondata.

In *primis*, si osserva che l'art. 2645-ter

c.c. non menziona espressamente il trust e non costituisce la norma che ne legittima la trascrizione: al più, può costituire una mera conferma delle molteplici pronunce giurisprudenziali che già avevano ammesso la trascrizione dei trust (anche di quelli di scopo o autodichiarati che, invece, secondo le prime letture dottrinali, sembrano esclusi dall'ambito di applicazione della citata disposizione).

In secondo luogo, l'art. 12 della Convenzione de L'Aja (e, quindi, della Legge 364/1989) statuisce: "Il trustee che desidera registrare beni mobili o immobili o i titoli relativi a tali beni, sarà abilitato a richiedere l'iscrizione nella sua qualità di trustee o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del trust, a meno che ciò sia vietato dalla legge dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo ovvero incompatibile con essa"; è evidente che nel nostro ordinamento il sistema pubblicitario della trascrizione nei pubblici registri costituisce lo strumento attraverso il quale rendere manifesto ed opponibile il vincolo costituito.

Inoltre (e soprattutto), poiché "il trustee è l'unico titolare dei beni e dei conseguenti poteri di gestione e disposizione propri del diritto di proprietà, sia pure qualificata", anche al di là del disposto dell'art. 12 della Convenzione, non può che discendere dal riconoscimento *ex lege* dell'istituto l'obbligo di consentire la trascrizione dell'acquisto a favore del trustee: in assenza di trascrizione, infatti, l'effetto segregativo (che è essenziale nel trust) risulterebbe inopponibile ai terzi (così il Tribunale di Bologna nel decreto del 28/4/2000, in Trusts e Attività Fiduciarie, 2000, pag. 372). In altri termini, se il vincolo che consente di costituire un patrimonio separato rispetto a quello del trustee non godesse di pubblicità e non potesse quindi essere opposto, quale significato potrebbe darsi alla ratifica di una Convenzione internazionale che prevede al suo art. 11, quale effetto minimo ed automatico del riconoscimento, proprio la distinzione dei beni in trust da quelli del trustee?

La giurisprudenza degli ultimi anni ha confermato la trascrivibilità nei RR.II.: oltre al citato decreto del 28/4/2000 del Tribunale di Bologna, si annoverano i provvedimenti del Tribunale di Chieti - decreto 10/3/2000 (in Trusts e Attività Fiduciarie, 2000, pag. 372), del Tribunale di Pisa - decreto

Giurisprudenza

22/12/2001 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, pag. 241), del Tribunale di Milano - decreto 29/10/2002 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 270), del Tribunale di Verona - decreto 8/1/2003 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 409), del Tribunale di Parma - decreto 21/10/2003 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 73). Anche nel regime tavolare è stata generalmente ammessa la pubblicità dei trust: Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cavalese - decreto 20/7/2004 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2004, pag. 574), Tribunale di Trento - Sezione distaccata di Cles - 7 aprile 2005 (in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2005, pag. 406), Tribunale di Trieste - 23 settembre 2005 (in *Guida al Diritto*, 2005, n. 41, pag. 57; quest'ultima pronuncia è particolarmente significativa perché supera le obiezioni mosse dal Tribunale di Belluno col decreto del 25/9/2002, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2003, pag. 255).

Si tratta di provvedimenti con pregevoli motivazioni (alle quali si rimanda,

non essendo necessario - in questa sede - ripercorrere le argomentazioni logico-giuridiche da ciascuno addotte) che ammettono la trascrizione dei trust "interni" e dei trust autodichiarati (ove la trascrivibilità è generalmente riconosciuta richiamando l'affinità dell'istituto al fondo patrimoniale, pacificamente trascrivibile ai sensi dell'art. 2647 c.c.)

§ § §

Concludendo, l'opposizione non appare *prima facie* (ed impregiudicata una diversa valutazione all'esito del giudizio di opposizione, anche alla luce delle eventuali domande riconvenzionali dell'opposta) sfornita di *fumus*, dovendosi fortemente dubitare del diritto della Gruppo C.G. di procedere all'espropriazione dei beni pignorati, precedentemente costituiti in trust.

P.Q.M.

visti gli artt. 624 e 616 c.p.c.,

SOSPENDE

la procedura esecutiva immobiliare n. 200/2006 R.G. Esecuzioni promossa da Gruppo C.G. S.p.A. contro C.G.

FISSA

termine perentorio al 30/9/2007 per l'introduzione del giudizio di merito, secondo le modalità previste in ragione della materia e del rito, previa iscrizione a ruolo della causa, a cura della parte interessata, osservati i termini a comparire di cui all'articolo 163-bis c.p.c. (o altri se previsti) ridotti della metà

MANDA

la Cancelleria per la comunicazione alle parti.

Efficacia della clausola di esonero da responsabilità del trustee

Inghilterra e Galles - Court of Appeal

Fondo pensione - trust - modifica del progetto pensionistico - pregiudizio per un assicurato - clausola di esonero da responsabilità - efficacia

Court of Appeal, Tuckey, Carnwath, Bennett, L.J.J., 22 marzo 2006 [Derinda Baker v JE Clark & Co (Transport) UK Ltd]

Il trustee di un fondo pensionistico e di assicurazione per i dipendenti di una certa società che cambi la compagnia assicuratrice con altra, variando anche i termini del rapporto assicurativo, in modo tale che se i dipendenti sono inferiori ad un certo numero non è garantita alcuna copertura assicurativa, e ometta di informare gli assicurati della variazione intervenuta, non costituisce violazione in mala fede dei doveri e degli obblighi fiduciari del trustee e, pertanto, trova applicazione la clausola contenuta nell'atto istitutivo di trust che esonera il trustee da responsabilità per gli errori e le dimenticanze che egli compia.

Sommario

La figura tradizionale del trustee amico di famiglia che gestisce e amministra personalmente i beni che il disponente gli abbia affidato, nel moderno mondo dei trust lascia sovente il posto ad un trustee che opera professionalmente, occupandosi di più trust contemporaneamente ed avvalendosi, qualora necessario, anche della collaborazione di terzi che egli delega a svolgere particolari funzioni o attività.

In questo contesto, sempre più spesso oggi la prassi dei trust vede l'inserimento negli atti istitutivi di clausole che esonerano il trustee da responsabilità per *breach of trust*: *leading case* in materia è il precedente *Armitage v Nurse*, del 1998, che per primo ha ammesso la validità e l'efficacia di queste clausole, salvo, peraltro, il caso in cui il trustee abbia agito con *fraud*.

La validità e l'efficacia di queste clausole sono state ribadite anche nella sentenza che segue con particolare riferimen-

to al trustee di un fondo pensione e assicurazione sulla vita, istituito da una società di autotrasporti per i dipendenti che avessero voluto aderire al progetto, la cui copertura era stata affidata ad una certa compagnia assicuratrice.

A seguito della sostituzione della compagnia assicuratrice il progetto muta: la nuova società, infatti, non può assicurare il versamento del capitale ai beneficiari di una polizza vita in caso di decesso dell'assicurato qualora i dipendenti che abbiano aderito al progetto siano, come nel caso di specie, meno di dieci.

Accade che uno dei dipendenti muoia senza che alcuna informazione in merito alla variazione gli sia stata data.

La moglie, beneficiaria della polizza, non riceve nulla dall'assicurazione: agisce quindi contro il trustee affermandone una responsabilità per violazione del *duty of care* su di lui gravante in *common law* e in *equity* con riferimento alla amministrazione del fondo affidatogli e alla mancata comunicazione agli assicurati della variazione intervenuta.

Il *trust deed*, tuttavia, conteneva una clausola di esonero da responsabilità del trustee in base alla quale egli non sarebbe stato responsabile per qualsiasi errore o dimenticanza suoi o dei suoi consulenti, nonché per qualsiasi violazione dei doveri e degli obblighi fiduciari su di lui gravanti, avvenuta per mezzo di comportamenti tanto attivi quanto omissivi, a meno che non ne fosse dimostrata una personale consapevolezza o la mala fede (*personal conscious or bad faith*).

Nella fattispecie il giudice di primo grado aveva ritenuto che la condotta del trustee ricadesse nella previsione della clausola di esonero da responsabilità, anche perché non riteneva sussistente in capo al deceduto alcuna perdita e, pertanto, aveva rigettato il ricorso presentato dalla

vedova: del pari anche i giudici componenti il collegio d'appello.

(E. B.)

Testo della Sentenza

1. Lord Justice Tuckey: This is an appeal with the permission of the judge from a judgment of HHJ Sir Mark Havlock-Allan QC, given in the Bristol Mercantile Court, in which he struck out the appellant, Mrs Derinda Baker's claim against the second defendant, Mr Jeremy Alan Clark, on the ground that it stood no reasonable prospect of success.

2. The appellant's late husband Victor Baker was employed by the first defendant company, J E Clark and Co, as a lorry driver from 1976 until he died in October 2002. He was a member of the company's group life scheme which provided him with a death in service benefit of twice his annual salary. For reasons which I will explain this benefit was not paid to the appellant following the death of her husband and her claim in these proceedings was against the company in contract and against Mr Clark, who was one of its directors and trustees of the scheme, in tort both in her capacity as personal representative and as beneficiary under her husband's will.

3. The judge held that an exemption clause in the trust deed governing the scheme gave Mr Clark a complete answer to the appellant's claims against him. The appellant obtained summary judgment against the company but it had ceased trading in 2003 and it seems unlikely that she will recover much if anything under that judgment. Her claim against Mr Clark

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza da [2006] EWCA Civ. 464.

Giurisprudenza

on behalf of her husband's estate failed on the further ground that the deceased had not suffered any loss whilst he was alive. There is no appeal against this finding.

4. The appellant however contends that the judge was wrong to strike out her personal claim as beneficiary because she had a claim for breach of a common law or equitable duty of care, there was no evidence to show that the exception had been brought to the deceased notice so as to exclude such a claim and if it had been, the Unfair Contract Terms Act 1977 applied to it, in which case it was for Mr Clark to show that it passed the test of reasonableness which he had not and could not do summarily.

5. The scheme was set up with effect from 1 July 1988 under the terms of an interim trust deed dated 13 June 1988 made between the company and Mr Clark and his father as trustees. This deed has been lost but it is apparent that it contemplated a supplemental deed to bring into force rules containing such provisions as were necessary to establish the scheme in a form which would be tax exempt. Such a deed was executed on 8 October 1993. It recited that the original trustees had administered the scheme as "[...] the Administrator for all the purposes of chapter 1 of part 14 of the Income and Corporation tax 1988" and confirmed their appointment as trustees and administrator for the future. It exhibited the rules of the scheme and defined the powers and duties of the trustees. Clause 13.3 of the deed contained the exemption clause which says, so far as relevant:

"None of the trustees shall be liable for the consequence of any mistake or forgetfulness, whether of law or fact of the trustees or their advisors, whether legal or otherwise, or any of them or for any breach of duty or trust whatsoever, whether by commission or omission unless it shall be proved to be made, given, done or omitted in personal conscious or bad faith of the trustees or any of them."

Exemption clauses such as this are common in trust deeds nowadays.

6. The scheme was an insured scheme. The underwriters were the Colonial Mutual Society whose group life policy was issued to the trustees who were responsible for payment of the premium. It provided life cover to any employee notified to and accepted by the society's underwriters for the duration for his or her

employment. The policy ran from 1 July each year, but contained no obligation to renew; cover terminated simply upon the society declining to accept premium.

7. The deceased was informed of the scheme by a letter of 3 June 1988 written by Mr Clark on behalf of the company. It said that the company were providing the life cover free to him and enclosed a short summary of the rules of the scheme which included a company-sponsored personal pension plan which, in the event, the deceased opted to join. In this document Mr Clark was described as the scheme administrator. The rules summarised relate solely to the personal pension plan. Under the heading "Alteration or Termination of the Plan", the document says:

"Although the employer intends to continue to sponsor the plan, changing circumstances may make it necessary to alter the plan or even terminate it. You will be advised in writing if this becomes necessary. If the plan is altered or terminated, contributions already paid into your account must provide benefits to you."

It is apparent therefore that this statement relates to the personal pension plan and not to the group life scheme.

8. Of more relevance to the group life scheme is clause 30 of the rules attached to the trust deed, which says:

"The employers or any of them may at any time by notice in writing given to the trustees terminate their liability to pay contributions under the plan in respect of all or a defined class of members in their employ. Upon receipt of any such notice, the death sum assured applicable to any affected member shall immediately terminate and the trustee shall notify him in writing to that effect."

9. All went well until about June 2001 when Colonial Mutual were taken over by Winterthur Life UK. It was Winterthur's policy not to insure group schemes where less than ten member employees were involved, as was the case with this company. There is a potential dispute about when it first learned this but at least by May 2002 it had been told by Winterthur that it would not renew cover for the group scheme. Winterthur would only provide cover to employees on an individual basis. When the existing cover expired on 30 June 2002 it was not renewed and no substitute cover was obtained.

10. In the meantime, unfortunately the deceased had developed a brain

tumour. He first went off sick on 27 April 2002; the condition was then diagnosed and on 21 May he underwent surgery for its removal. He never fully recovered from the operation and died five months later at which time of course the insurance cover for the scheme had expired.

11. The claim formulated against Mr Clark was that as an administrator and or trustee of the scheme he:

"[...] owed a duty of care at common law and/or assumed responsibility and/or owed an equitable duty to exercise reasonable care and skill in carrying out the duties of an administrator and/or trustee of the scheme, and in particular the Second Defendant was under a duty to use reasonable care to ensure that the benefit under the scheme was to be provided and maintained by the First Defendant, or alternatively that an equivalent benefit should be provided by the First Defendant unless or until the deceased was otherwise notified."

12. The pleading went on to contend that as a matter of law these duties extended to the appellant. Surprisingly, the trustee exemption clause was not pleaded in the original defence. It was however raised in a draft-amended defence sent to the appellant's solicitors on 29 June 2005, a month before the hearing before the judge. The notice of appeal complains that in these circumstances the judge should not have allowed this point to be relied on in an application for summary judgment. That point however was sensibly not pursued before us. It was not a pre requisite to strike out that the point should have been taken in the defence as the judge noted. The only complaint which could have been made was that there was insufficient time to deal with the point. But the applicant was represented then as now by counsel, Mr McMeel, who did not apply for an adjournment and was able to deal fully with the point, as is apparent from the judge's judgment.

13. In short the judge held that the exemption clause protected Mr Clark from the claimant's claims because there was no allegation that he had acted in bad faith and he rejected the other arguments advanced in support of this appeal. Those arguments are advanced from an unashamedly common law standpoint. They are as follows. Mr Clark assumed a personal responsibility to act with reasonable care and skill as the administrator or trustee of the scheme with a duty to main-

tain the life cover or, at the very least, to notify the deceased if for some reason it had come to an end. The exemption clause did not operate to restrict Mr Clark's liability for breach of that duty because it had not been "incorporated into the relationship". There was no evidence that the deceased was aware of its terms or that any steps had been taken to bring it to his notice. If, contrary to this argument, the exemption clause did apply, as a matter of construction it was admittedly wide enough to exempt Mr Clark from liability for the appellant's claim but the Unfair Contract Terms Act applied to it and there was a triable issue as to whether it met the test of reasonableness under that act.

14. Succinctly and persuasively though these arguments were put, I think they fail at every stage. To show an assumption of responsibility by Mr Clark to Mr Baker, Mr McMeel relied on the letter of 3 June 1988, the summary of the plan and the notice term in the rules of the scheme to which I have already referred.

15. There is no significance in the use of the term "administrator". As I have said, the deed identifies the trustees as the Administrator for the purposes of the 1988 Taxes Act. That act imposed certain duties and obligations upon the Administrators of an exempt approved scheme such as the scheme in this case. In the case of a trust scheme, as this was, the Administrator "shall be the trustee or trustees of the scheme" (section 611(AA)). So the label "Administrator" in the scheme is used solely for this tax purpose and for our purposes is synonymous with trustees.

16. The summary of the plan relied on by the applicant, which is attached to the letter of 3 June does not, as I have already said, relate to the group life scheme. The rules do, but they form part of the trust deed which contains the exemption clause. All in all, it seems to me that the matters relied on by Mr McMeel show no more than that Mr Clark assumed the usual responsibilities of a trustee of a scheme of this kind and no more. There is therefore no basis for saying that he assumed some super-added common law or equitable duty of care, even if in such circumstances on other facts it was possible to spell out such a duty, which I doubt.

17. As to Mr McMeel's incorporation argument, the judge's answer was:

"It seeks, in my judgment, to import

contractual concepts of the consensual relationship into the relationship which arises between a trustee and a beneficiary of the trust. In a trust relationship there is no such consensus. What clause 13(3) of the trust deed does is to define the ambit of the liability under which the trustees of that trust were prepared to act from the date the deed was executed. That willingness to act on those terms was not dependent on any assent on the part of the beneficiaries or any knowledge on their behalf as to what the trust deed provided."

I agree. As Mr Virgo, counsel for Mr Clark, says trustees undertake unilateral obligations and are entitled to limit the extent of the duties they assume other than the core duties of honesty and good faith. If a beneficiary wishes to take advantage of the terms of a settlement of this kind, he must do so on its terms. The judge went on to point out, in my view correctly, that the potential beneficiaries of a group scheme of this kind would be a shifting class whom it might be difficult to identify and that the trustees would have had an obligation to make a copy of the trust deed available to any beneficiary who asked for it.

18. I turn finally to the argument about the Unfair Contract Terms Act. The relevant provisions of that act are as follows. Section 1 says that for the purposes of Part 1 of this act:

"[...] negligence means the breach -

(a) of any obligation, arising from the express or implied terms of a contract, to take reasonable care or exercise reasonable skill in the performance of the contract;

(b) of any common law duty to take reasonable care or exercise reasonable skill."

19. Mr McMeel rightly concedes that the obligation he contends for does not arise from a contract because a trust is not a contract so it is section 1(1)(b) which applies if this Act applies at all. That takes one to section 2(1) of the Act which says that:

"A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for [...] loss or damage [...] except insofar as the term or notice satisfies the requirement of reasonableness."

Section 14 says that:

"notice includes an announcement,

whether or not in writing, and any other communication [...]"

20. It seems to me that there are insuperable difficulties in seeking to apply the 1977 Act to an exemption clause of the kind with which this case is concerned. Assuming that there is a common law duty of care, the question is whether the Clause 13.3 is a notice of the kind referred to in section 2. I do not think it is.

21. This point was considered by the Law Commission in their consultation paper 171 published in 2003 on the subject of trustee exemption clauses. After having concluded that a trustee exemption clause is not a contract they say at paragraph 2.62:

"While there may be a stronger argument that a trustee exemption clause is a form of 'notice', this may also be somewhat speculative in that it would seem that 'notice' within the 1977 Act is primarily intended to cover attempts to exclude liability by reference to a sign outside the confines of a formal legal document".

It is probably their reference to the argument being somewhat speculative which led them to say in paragraph 4.46 of the report:

"We have already made reference to the Unfair Contract Terms Act 1977 where we came to the conclusion that it does not generally apply to trustee exemption clauses".

It is worth noting that although the 1977 Act has been in force for many years and trustee exemption clauses have been a subject of some controversy there is no reported case of any attempt to impugn such a clause by reference to the 1977 Act. The point was not taken in the leading case on such clauses, *Armitage v Nurse* [1998] 2 Ch 241, although it is apparent from the report that a host of other points were. In their report the Law Commission referred to this case and say that it is now settled law in England and Wales that trustee exemption clauses can validly exempt trustees from liability for breaches of trust, except fraud.

22. So those are the reasons why I reject each of the stages in Mr McMeel's argument and why I would dismiss this appeal.

23. Lord Justice Carnwath: I agree.

24. Mr Justice Bennett: I agree.

Order: Appeal dismissed.

Crown Copyright ©

Riconoscimento di sentenza straniera in Jersey

Jersey - Royal Court

Trust di Jersey - separazione dei coniugi - competenza del giudice inglese - modifica del trust - riconoscibilità della sentenza inglese in Jersey - art. 9 della Trusts (Jersey) Law - interpretazione - intervento correttivo del giudice di Jersey

Royal Court (Samedi Division), Sir Philip Bailhache, Bailiff, Le Breton e Allo, Giurati, 8 dicembre 2006 [In the matter of the Brookvale Trust]

Il trustee di un trust di Jersey che sia intervenuto in un procedimento inglese di separazione coniugale dei beneficiari non è tenuto, in virtù del nuovo art. 9 della Trusts (Jersey) Law 1984, a dare esecuzione all'ordine che il giudice inglese abbia emanato, modificando disposizioni di un trust sottoposto alla legge di Jersey, quando questo si ponga in contrasto con la legge regolatrice del trust. Il giudice di Jersey, tuttavia, quando ritenga che, per ragioni di giustizia e di equità o per motivi legati alla doctrine of comity, sia comunque opportuno dare esecuzione al provvedimento straniero nella parte in cui esso non contrasta con la legge di Jersey, può provvedere con un proprio ordine del medesimo contenuto.

Sommario

Quella che segue è la prima sentenza emessa dalla Royal Court di Jersey dopo l'entrata in vigore della riforma della Trusts (Jersey) Law 1984 as amend. 2006 e riguarda l'interpretazione e l'applicazione del nuovo art. 9 della legge(1).

Il Sig. Brown aveva istituito un trust di diritto di Jersey in favore dei figli, dei nipoti e dei rispettivi coniugi (o vedovi) di una zia. I figli della zia, in particolare, sono inglesi e sono due: Stuart e Norman, ma la vicenda riguarda solamente il primo e ha a che fare con il suo procedimento di separazione coniugale dalla moglie. Il punto che il giudice inglese è chiamato a decidere, infatti, è se il trust possa o meno essere considerato un accordo post-matrimoniale e se, conseguentemente (pur essendo sottoposto al diritto di Jersey), se ne

possano modificare le spettanze beneficiarie in funzione della separazione stessa.

Il trustee, ricevute *directions* in questo senso dal giudice di Jersey, interviene nel procedimento di separazione fornendo elementi probatori e ciò onde mantenere una posizione neutrale rispetto ad entrambi i coniugi.

A conclusione del procedimento, il giudice inglese riconosce la natura di accordo post-matrimoniale del trust e ne dispone la modifica.

Il trustee, quindi, ricorre nuovamente alla Royal Court per avere *directions* circa la condotta da tenere a seguito dell'ordine medesimo.

La problematica, dunque, è quella della riconoscibilità in Jersey di un provvedimento emesso da un'autorità giudiziaria straniera. Prima dell'entrata in vigore della riforma del 2006, per giurisprudenza costante, qualora il trustee avesse preso parte ad un procedimento straniero, il provvedimento emanato dal giudice avrebbe avuto automaticamente efficacia in Jersey in virtù delle norme di diritto internazionale privato. Mentre diverso è il caso in cui il trustee non fosse intervenuto nel procedimento stesso: in questa ipotesi, infatti, il riconoscimento del provvedimento straniero è condizionato ad un giudizio di merito espresso dal giudice di Jersey (fatta comunque sempre salva la possibilità che questi, pur non ritenendo di dover procedere al riconoscimento, valuti che per ragioni di giustizia e di equità possa egli stesso, mediante un proprio ordine, realizzare i medesimi effetti dell'ordine straniero).

Il nuovo art. 9 della Trusts (Jersey) Law introduce una forte limitazione alla possibilità di riconoscere le sentenze straniere affermando che a ciò non si possa procedere quando una pronuncia sia in contrasto con la legge regolatrice del tru-

st, e, in particolare, con le norme in essa previste circa la validità del trust medesimo, e ciò anche in deroga a qualsiasi disposizione di diritto internazionale privato altrimenti applicabile.

Una prima lettura della formulazione del nuovo art. 9, pertanto, depone nel senso di una chiara irriconoscibilità del provvedimento straniero che contrasti con la legge di Jersey, come sarebbe in questo caso, ma il giudice Bailhache afferma che non può essere data una lettura eccessivamente letterale alla norma perché ciò cagionerebbe, da un lato, la legittimazione delle condotte comportanti la sottrazione di patrimoni e tenute al solo scopo di arrecare danno ad altri (come nel caso di un marito che vincoli i propri beni in un trust in modo tale da pregiudicare la moglie in sede di divorzio); e, soprattutto, dall'altro lato, comporterebbe un'implicita, ma inammissibile, abrogazione della c. d. *doctrine of comity*(2) e una

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Jersey Legal Information Board.

(1) Per un commento alla riforma si v. E. Barla De Guglielmi, Brevi riflessioni sulle novità legislative di Jersey, in questa Rivista, 2007, 248.

(2) "[...] la *doctrine of comity* è un principio informale di diritto internazionale riconosciuto storicamente nei paesi di *common law* per il quale le nazioni estendono, per mera cortesia e rispetto dei reciproci rapporti internazionali, il riconoscimento, la validità e l'esecuzione nel loro territorio di atti legislativi o giudiziali dell'altra Nazione. Non è né un concetto assoluto obbligatorio né solo di mera cortesia, ma di mera convenienza nell'ambito dei rapporti internazionali" (in questi termini I. Valas, *Sham trust*: richiesta di istruzioni alla corte da parte dei trustee in merito al riconoscimento a Jersey di una sentenza inglese che dichiara che un trust è *sham*, in questa Rivista, 2006, 239).

forte limitazione alla flessibilità che caratterizza l'azione del giudice di Jersey nel riconoscimento dei provvedimenti stranieri.

Tutto ciò considerato, pertanto, il giudice, pur non ritenendo che l'ordine straniero debba essere seguito dal trustee, dispone che questi si attenga ad un *Deed of Addition and Appointment* che, sebbene corrisponda in gran parte all'ordine straniero, ne differisce per alcuni punti in modo tale da escludere un contrasto con la legge regolatrice del trust.

(E. B.)

Testo della Sentenza

1. This is an application by Mourant & Co Trustees Limited for directions in relation to the administration of the Brookvale Trust following an order dated 6th February 2006 of the Family Division of the High Court in England ("the English order") in matrimonial proceedings between Jennifer Aileen Blyth ("the wife") and Stuart Blyth ("the husband"). The trustee had submitted to the jurisdiction of the English court and this application might have been straight-forward but for the coming into force of the Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006 ("the Trusts Law amendment"). The Trusts Law amendment was registered in this Court on 20th October 2006 and came into force at midnight on 26th October. Entirely fortuitously, this application came on for hearing on 27th October. Mr Franckel appeared for the husband and for certain other family members, namely all the adult beneficiaries of the trust other than the wife. We refer to him for convenience as "counsel for the husband".

2. The Brookvale Trust was established by a deed of settlement dated 8th December 1988 and was made between Edgar William Brown, a cousin of the husband, and Granby Trustees Limited. At that time Mr Brown was domiciled in Jersey but he put no significant assets into the trust. On 27th November 2003 Granby Trustees Limited retired from the office of trustee in favour of Mourant & Co Trustees Limited ("the trustee"). The principal beneficiaries of the trust are the issue and remoter issue of Winifred Annie Blyth, the husband's mother, and the spouses and widows and widowers of

those issue and remoter issue. For practical purposes the beneficiaries comprise two branches of the Blyth family, namely that of the husband and that of his brother Norman. The trust fund consists of the issued share capital of a Jersey company called Enwabe Investments Limited which in turn holds, *inter alia*, real property in England. The Brookvale Trust is a Jersey trust the proper law of which is Jersey law.

3. The trustee was joined as party to the matrimonial proceedings in England and, having sought the directions of this Court, submitted to the jurisdiction and gave evidence before the English court while maintaining a neutral stance as between the husband and the wife. The English court found that the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement and liable to be varied in accordance with provisions of the English statute. Its order purported to vary the trusts of the Brookvale Trust in the following manner -

"(i) The sum of £1,500,000 should be settled into a sub-trust of the Trust together with interest on that sum running from 6th February 2006 to the date on which the sub-trust is established;

(ii) Mrs Blyth should have a life interest in the funds comprised in the sub-trust;

(iii) the sub-trust should include a power of advancement of capital in favour of Mrs Blyth;

(iv) Mrs Blyth should be entitled to nominate the trustee of the sub-trust;

(v) following the death of Mrs Blyth the funds comprised in the sub-trust should revert to the Trust;

(vi) the trustees of the sub-trust should make available to the trustees of the Trust -

a) any annual accounts of the sub-trust (provided that a copy of such accounts is requested by the trustees of the Settlement within a reasonable period after the expiry of the accounting period to which they relate); and

b) any document disclosing the exercise of the power of advancement in relation to the whole or any part of the capital of the sub-trust fund."

4. The Trustee now seeks directions from this Court as to how it should respond to the English order. The representation was served upon the adult beneficiaries of the Trust who are all represented by counsel, and upon Advocate

Michel as *guardian ad litem* of the minor and unascertained beneficiaries. Prior to the coming into force of the Trusts Law amendment the matter might well have been regarded as relatively uncontroversial. The Trustee had submitted to the jurisdiction of the English court and had been heard in the English matrimonial proceedings. As Birt, Deputy Bailiff, stated in *re the H Trust* [2006] JRC 057 at paragraph 16 -

"The significant factor from the point of view of whether the trustee should submit to the jurisdiction of the overseas court is that it will remain a matter of discretion for the Court as to the course it should take in the light of the overseas order if the trustee has not submitted, whereas if the trustee has submitted, the overseas order is likely to be enforced without reconsideration of the merits."

5. The Trusts Law amendment has however introduced new provisions which affect the relevant rules of private international law. It substitutes a new article 9 of the Trusts (Jersey) Law 1984, the relevant parts of which are in the following terms -

"9 Extent of application of law of Jersey to creation, etc of a trust

(1) Subject to paragraph (3), any question concerning -

(a) the validity or interpretation of a trust;

(b) the validity or effect of any transfer or other disposition of property to a trust;

(c) the capacity of a settlor;

(d) the administration of the trust, whether the administration be conducted in Jersey or elsewhere, including questions as to the powers, obligations, liabilities and rights of trustees and their appointment or removal; or

(e) the existence and extent of powers, conferred or retained, including powers of variation or revocation of the trust and powers of appointment and the validity of any exercise of such powers;

shall be determined in accordance with the law of Jersey and no rule of foreign law shall affect such question.

[...]

(3) the law of Jersey relating to -

[...]

(b) conflicts of law, [sic]

shall not apply to the determination of any question mentioned in paragraph

Giurisprudenza

(1) unless the settlor is domiciled in Jersey.

(4) No foreign judgment with respect to a trust shall be enforceable to the extent that it is inconsistent with this Article irrespective of any applicable law relating to conflicts of law [sic]

[...]

(6) In this Article -

'foreign' refers to any jurisdiction other than Jersey;

[...]

(7) Despite Article 59, this Article applies to trusts whenever constituted or created."

6. Mr Temple for the trustee contended that the Court should give effect to the English order. This was opposed by counsel for the husband. First, he submitted that the effect of article 9 was to render the English order unenforceable on the basis that the finding that the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement was inconsistent with Jersey law. Secondly, he submitted that the jurisdiction to enforce a foreign judgment on the basis of comity had been removed on a proper interpretation of article 9(4).

7. We take first the issue relating to post-nuptial settlements. Section 24(1)(c) of the Matrimonial Causes Act 1973 empowers an English court to make

"an order varying for the benefit of the parties to the marriage and of the children of the family or either or any of them any ante-nuptial or post-nuptial settlement (including such a settlement made by will or codicil) made on the parties to the marriage."

8. We can find no discussion in the judgment of Bennett J as to the rationale for the finding that the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement. It seems to have been assumed and, we have no doubt, correctly assumed as a matter of English law that the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement. On that basis the court exercised the statutory power conferred by section 24(1)(c) of the 1973 Act and made the English order.

9. Counsel for the husband submitted that, while no issue was taken as to the finding that Brookvale Trust was a post-nuptial settlement in accordance with English law, it was not a post-nuptial settlement under Jersey law. Counsel referred to a judgment of this Court in *J v M* 2002 JLR 330 where the court had to construe the meaning of the phrase "post-

nuptial settlement" under article 27 of the Matrimonial Causes (Jersey) Law 1949, as amended. The court there considered the terms of section 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 and cited an extract from the judgment of Lord Nicholls in *Brooks v Brooks* [1995] 2 FLR 13 which includes the following passage at 19 -

"Beyond this the authorities have consistently given a wide meaning to settlement in this context, and they have spelled out no precise limitations. This seems right, because this approach accords with the purpose of the statutory provision. Financial provision that is appropriate so long as the parties are married will often cease to be appropriate when the marriage ends. In order to promote the best interests of the parties and their children in the fundamentally changed situation, it is desirable that the court should have power to alter the terms of the settlement. The purpose of the section is to give the court this power. This object does not dictate that 'settlement' should be given a narrow meaning. On the contrary, the purpose of the section would be impeded, rather than advanced, by confining its scope. The continuing use of the archaic expressions 'ante-nuptial' and 'post-nuptial' does not point in the opposite direction. These expressions are apt to embrace all settlements in respect of the particular marriage, whether made before or after the marriage."

10. This Court found that the corresponding provision in the Jersey statute, which referred to a settlement "between the parties to the marriage" could not be so widely construed, and that the power to vary settlements under the terms of article 27 of the Matrimonial Causes Law had been more narrowly drawn than the equivalent provision in the English statute. The court continued, at paragraph 13-14 -

"Even if we were wrong in that conclusion, we would also find, for the second reason advanced by counsel for the trustee, that the X Trust was not a post-nuptial settlement. A post-nuptial settlement must, of necessity, have some nuptial quality about it. It must be referable in some way to the marriage in question. This may often be easier to sense than to describe. But it is clear that if a settlement is to be construed as a post-nuptial settle-

ment, it must confer benefits upon its beneficiaries qua husband or wife. Counsel for the wife argued that X knew that the marriage existed, and that the husband and the children of the marriage were beneficiaries of the trust. It followed, he submitted, that there was a nuptial quality to the trust. We cannot accept that submission. It would be tantamount to accepting that almost every discretionary trust was ipso facto a post-nuptial settlement. A settlement takes its colour from all the circumstances surrounding its creation. We have no doubt that X intended to benefit his family, not in any nuptial capacity, but as blood relatives. In our judgment, the X Trust is not a post-nuptial settlement within the meaning of article 27 of the Matrimonial Causes (Jersey) Law 1949 and, accordingly, we have no power to vary or modify any of its trusts."

11. It is unnecessary, for reasons which will appear, for us to make a finding in this respect, but we incline to the view that counsel for the husband is right in submitting that the Brookvale Trust is not a post-nuptial settlement under Jersey law.

12. Mr Franckel submitted that in such circumstances we had no power to give effect to the English order. He contended that the substituted article 9 of the 1984 Law was intended to protect Jersey trusts from attack from foreign courts. The English order was founded upon the power conferred by section 24 of the 1973 Act to vary a post-nuptial settlement. But article 9(1) of the 1984 Law now provided that "any question concerning [...] (e) the existence and extent of powers [...] including powers of variation [...] shall be determined in accordance with the law of Jersey and no rule of foreign law shall affect such question". If one applied Jersey law to the question whether the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement capable of variation, the answer would be in the negative. For good measure counsel contended that article 9(4) delivered the *coup de grace*. That paragraph provides that "no foreign judgement (sic) with respect to a trust shall be enforceable to the extent that it is inconsistent with this Article irrespective of any applicable law relating to conflicts of law (sic)". The English order was based, counsel submitted, on a finding that the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement which was

“inconsistent with this article” and therefore unenforceable.

13. Counsel for the husband was asked what consequences would flow if his submissions were to be accepted by the court. Counsel very candidly stated that, notwithstanding the facts that the trustee had submitted to the jurisdiction and that all relevant parties had been heard before the High Court, the wife would have to return to the English court to report that effect could not be given to the English order. The wife would accordingly have to seek her just portion from alternative assets of the husband. If such alternative assets were not available, the award to the wife would have to be reduced. If the purpose of the amended article 9 really is to protect trust assets to the extent that a manipulative spouse can evade the enforcement of a carefully considered judgment designed to do justice between husband and wife on divorce, that would seem to us to be a very unhappy state of affairs. But fortunately, we do not consider it to be the effect of these statutory provisions nor, we trust, do we believe it to have been the intention of the legislature.

14. Mr Temple for the trustees submitted that, as the settlor of the Brookvale Trust was domiciled in Jersey at the time when the settlement was made, article 9(3) meant that questions relating to the exercise of the trustee's powers of administration and appointment pursuant to sub-paragraphs 1(d) and (e) of article 9 would be governed by Jersey law. This is probably correct although we do not find it necessary to construe this rather obscure provision for the purposes of this judgment. We agree that in the context of the provisions of the Brookvale Trust it is clear that all these matters are to be governed by Jersey law.

15. The application of Jersey law by this Court to issues relating to the variation of a trust and the appointment out of monies to a sub-trust brings us to article 9(4). Contrary to the submission of counsel for the husband we do not think that the application of English law by the English court to the question whether the Brookvale Trust was a post-nuptial settlement renders the English order unenforceable. We reach that conclusion for the following reason. We find it to be altogether unsurprising that the English court should have applied English law in the exercise of

a statutory jurisdiction conferred in matrimonial proceedings to vary the terms of a trust in order to do justice between the parties. Nothing in the law of Jersey could oust such a jurisdiction which is in conformity with the Hague Convention on the law applicable to trusts and on their application; and we take judicial notice of the fact that the Hague Convention has been extended to Jersey. This court is however not exercising a matrimonial jurisdiction under article 27 of the Matrimonial Causes Law. We are not concerned with the question whether or not the Brookvale Trust is a post-nuptial settlement. We are not even being asked to vary the trusts of the Brookvale Trust. We are exercising a jurisdiction under article 51 of the 1984 Law to give directions to a trustee which has sought the assistance of the court. We also have an inherent jurisdiction over trusts as a court applying principles of *équité* but we do not need to draw from that reservoir. It is immaterial that the English court applied English law in matrimonial proceedings before it in order to arrive at what it considered to be a just conclusion. Our function is different; it is to decide whether, and if so to what extent, to give effect to the conclusions at which the English court arrived. In doing so, and in exercising our jurisdiction to give directions under article 51, we will naturally apply the law of Jersey. It is equally immaterial that the Brookvale trust may not be a post-nuptial settlement capable of variation under the Matrimonial Causes Law. We accordingly reject the first submission of counsel for the husband.

16. We turn to the second submission of Mr Franckel, namely that the jurisdiction to enforce a foreign judgment on the basis of comity has been removed on a proper interpretation of article 9 (4). This is a bold submission. Comity is one of those principles of private international law which enable the courts of one country to show respect to the courts of another, each court exercising its own jurisdiction in its proper sphere. Comity helps to avoid the delivery of conflicting judgments in different countries. At its simplest, comity is good manners. As no less a judge than Lord Diplock put it (admittedly in a slightly different context) in *The Abidin Daver* [1984] 1 ALL ER 470 AT 476 - “Judicial chauvinism has been replaced by judicial comity”.

It would be surprising if the legislature had sought to remove such a fundamental principle, and by a side wind at that.

17. Counsel for the husband conceded that the amended article 9(3) of the Law was less than completely clear. It provides that -

“the law of Jersey relating to - [...] (b) conflicts of law (sic) shall not apply to the determination of any question mentioned in paragraph (1) unless the settlor is domiciled in Jersey”.

This seems rather circular because the rules set out in paragraph (1) must themselves be conflicts rules. Counsel submitted however that the effect was to oust the application of the doctrine of comity because comity was itself a rule relating to the conflict of laws. Reading paragraph (3) with paragraph (4), which rendered a foreign judgment unenforceable to the extent that it was inconsistent with article 9, ruled out, counsel submitted, the possibility that it was open to this Court to apply the doctrine of comity in giving effect to the English order.

18. We find both these paragraphs of the amended article 9 rather obscure, but we do not need to decipher their meaning. We are quite clear what they do not mean and that they do not exclude the application of the doctrine of comity. It would, in our judgment, take very clear and express words to persuade us that the legislature intended to deprive this Court of the flexibility to do justice in a wide range of cases on the basis of a principle of almost universal applicability. We accordingly reject the second submission of counsel for the husband.

19. We turn therefore to the exercise of our jurisdiction under article 51 of the Trusts Law. In deciding how to exercise that jurisdiction we must have regard to the interests of all the beneficiaries of the trust. As Birt, Deputy Bailiff, explained in *re the X Trust* [2006] JRC 057 -

“In this respect it is important to note that the roles of the two courts are very different. The Family Division is concerned to do justice between the two spouses before it. It is sitting in a matrimonial context and its objective is to achieve a fair allocation of assets between those spouses. It has no mandate to consider the interests of the other beneficiaries of any trust involved. Conversely, this Court is sitting in its supervisory role in respect of trusts, as is regularly done in the Chan-

Giurisprudenza

cery division of the High Court. This Court's primary consideration is to make or approve decisions in the interests of the beneficiaries. It has therefore a very different focus from the Family Division".

The submissions on behalf of the trustee made it clear that the trust fund was regarded as notionally held in equal parts for the two branches of the family. The trustee could not of course fetter its discretion, but in principle it would be unlikely to exercise its discretionary powers to the advantage of one branch of the family rather than the other. It seems equally clear that Bennett J in the Family Division was aware of the practical realities.

20. The evidence showed that the total value of the Brookvale Trust was in the region of £5.3 million. The cash element of that value is £2,628,168. Notionally dividing the value of the trust fund by two, one arrives at £2.65 million for each of the branches of the family. The creation of a sub-trust in favour of the wife in the sum of £1.5 million would clearly not prejudice the interests of Mr Norman Blyth and his branch of the family.

21. So far as the interests of the minor and unborn beneficiaries are concerned, they are represented, as we have stated, by Advocate Michel as *guardian ad litem*. Mr Michel was appointed by order of this Court of 21st July 2006. The minor beneficiaries are not of an age where consultation with them would be appropriate. Mr Michel would have opposed any suggestion that a sum greater than £1.5 million should be made available for the wife's proposed sub-trust. He did not however oppose the suggestion that effect should be given to the order of the High Court.

22. The husband has one adult child from his first marriage and the husband and wife together have one surviving daughter who is also an adult. Their interests were represented by counsel for the husband. One other matter was raised for consideration which is particularly material to them, and that is the extent of the power of the sub-trustee to advance capital. The order of Bennett J was that after the death of the wife the capital of the sub-trust should be returned to the Brookvale Trust. As to the power of advancement, the judge stated -

"At the end of this hearing the husband will have retained all his interests in the WAB No1 Trust and in the three

companies. None of his free capital will be taken for the wife (I shall come to Coombe Cottage in due course). None of his income will be at risk from the wife because there is to be a clean break. And, in my judgment what is also very significant, he will remain a beneficiary under the Brookvale Trust and thus can ask the trustees to exercise the power of advancement in his favour. By contrast, after decree absolute the wife cannot. True it is that the husband is unlikely to ask the trustees and/or the trustees are unlikely to exercise it if the tax consequences are prohibitive. But why should not the wife be in the same position vis-à-vis the trustees of the sub-trust as the husband is vis-à-vis the trustees of the Brookvale Trust and WAB No1 Trust? Why should not the wife, who suffers from a troublesome back as a result of the accident, to which I have referred, be in a position to ask her trustees to advance a sum or sums of capital to pay for medical fees were she to have to undergo expensive surgery in the future or to ask for an advance for a presently unforeseen crisis or calamity? Moreover, I am confident that the wife is likely to be very circumspect about asking for capital, given the prohibitive tax consequences of a distribution. She told me in evidence that she wanted "the option" of asking the trustees to advance capital but her doing so was likely to be a remote possibility.

Finally on this topic, I take notice of Mr Scott's submission that the wife must agree to a life interest under a sub-trust only because of the prohibitive cost of a distribution to her by way of a lump sum order. The power of advancement will go some way in recognizing that it is impractical for her to ask the court to exercise its full powers of financial provision. Accordingly, for these reasons, there will be a power of advancement written into the sub-trust".

23. Counsel for the husband submitted that the power to advance capital to the wife ought to be specifically limited to a need to meet medical fees and/or to meet some "presently unforeseen crisis or calamity". Counsel submitted that that was what was intended by Bennett J and furthermore that the Brookvale Trust was established to meet the needs of future generations. That purpose would be potentially undermined by an unlimited power to advance capital.

24. Mr Petit for the wife contended that the power to advance capital should be unfettered. Mr Temple for the trustee concurred with counsel for the wife. He regarded the judge's comments in relation to medical fees or some crisis as being merely indicative of the kind of circumstances in which the power to advance capital might be exercised. Furthermore, counsel submitted, the power to advance capital would be a fiduciary power. The trustee of the sub-trust would be aware of the contingent interest in the capital of the sub-trust of the beneficiaries of the Brookvale Trust and would have to take those interests into account in any exercise of the power of advancement. We accept the submissions of counsel for the wife and counsel for the trustee, and agree that the power to advance capital should be unfettered.

25. Having disposed of all the issues raised by way of objection by those opposed to giving effect to the judgment of the English court, we turn to the application of the trustee for directions. In the exercise of our discretion, we see no reason why, in the interests of comity, substantial effect should not be given to the judgment of Bennett J. The trustee submitted to the jurisdiction and all other parties were heard before the English court or have had the opportunity to address submissions to this court. It is fair to give substantial effect to the English order. We accordingly authorise and direct the trustee to execute the Deed of Addition and Appointment annexed to its representation subject only to the following qualifications.

26. First, the following recital shall be substituted for the draft recitals G and H -

"On application by the trustees to the Royal Court for directions pursuant to articles 51 and 53 of the Trusts (Jersey) Law 1984 the Court has authorised and directed the trustees to exercise the Power of Addition and the Power of Appointment in respect of the Appointed Fund in the manner set out below so as to give substantial effect to the Court order".

27. Secondly, we do not think it is in the interests of either the wife or the beneficiaries as a whole that there should be a different trustee of the sub-trust nor that the power of appointing new trustees of the sub-trust should be vested in the wife. We appreciate that the question of

whether there should be a different trustee of the sub-trust was argued before Bennett J and that he reached the conclusion that such a different trustee should be appointed. That conclusion was reached on the basis that -

“in the light of the very close involvement that the husband and Norman have had in the past with Mourants in the running of Enwabe, I have no doubt that in respect of the sub-trust’s investments and/or in connection with the request by the wife to the trustees of the sub-trust to exercise the power of advancement, Mourants would consult the husband and Norman who would then have the opportunity to be obstructive”.

28. We do not think that these concerns, which may well be concerns of the wife, are well founded. The trustee is a professional trustee subject to the regulation of the Jersey Financial Services Commission and to the Codes of Practice issued by the Commission. It is clear that the sub-trust is to be established to provide an income for the wife. We have no doubt that the trustee would conduct itself properly in the interests of the wife and would not be influenced in any way by its continuing (but separate) relationship with the husband and Mr Norman Blyth. On the other hand if, to take an extreme example, the wife were to request a capital advance of £500,000 so that she could make a donation to the local dogs’home, we would expect the trustee to consider such a request carefully in the light of the reversionary interest of the beneficiaries of the Brookvale Trust. Such an eventuality (even if only remotely possible) is one reason why we think that the potentially conflicting interests of the wife and the beneficiaries of the Brookvale Trust can be best resolved by having the same trustee of both the main trust and the sub-trust, and by vesting the power of appointment of a new trustee of the sub-trust in the trustee itself.

29. For all these reasons we do not think it right to give effect to that part of the judgment of Bennett J. We propose therefore to modify further the terms of the draft Deed of Addition and Appointment as follows. Recitals C and F shall be deleted. Paragraphs 3.4, the words “the Trustees” were replaced by references to ‘the Appointee’ and as in references to” in paragraph 3.5.1, paragraph 3.5.2, para-

graph 3.7 and the Second Schedule shall all be deleted; and the paragraphs of the recitals and of the operative part of the deed re-lettered and re-numbered respectively.

Postscript

30. Much time and expense have been consumed in considering the inter-relationship between the purported variation of the Brookvale Trust pursuant to English statutory powers on the one hand, and the recently enacted provisions of the Trusts (Amendment No. 4) (Jersey) Law 2006 on the other. In the event we have found ourselves able to deal with the matter on the basis of judicial comity. With some diffidence, we express the hope however that English courts might in future exercise judicial restraint before asserting a jurisdiction pursuant to section 24 of the Matrimonial Causes Act 1973 to vary a Jersey trust. This Court has shown itself sensitive (long before the enactment of the Trusts Law Amendment) to perceived interference with its jurisdiction to supervise Jersey trusts. Such sensitivities were expressed in *Lane v Lane* 1985-86 JLR 48, *re Rabiotti* 1989 Settlement 2000 JLR 173, and in *re The Fountain Trust* 2005 JLR 359, to name but a few of the cases in which these considerations have arisen. In *re Rabiotti* 1989 Settlement the court stated -

“The court regards it as unlikely that an English court would so exceed the normal bounds of comity as to purport to vary a settlement governed by Jersey [...] law administered in Jersey by Jersey trustees, and which had no connection with England save that some of the beneficiaries resided there.”

In *re The Fountain Trust*, the court added -

“We agree with counsel that as a general rule, [...] it would be an exorbitant exercise of jurisdiction for a foreign court to purport either to vary the terms of a Jersey settlement or to declare such a settlement to be a sham.”

31. The jealousy with which the court guards its supervisory jurisdiction over Jersey trusts does not mean that it is insouciant of the reasoned decisions of other courts exercising a matrimonial jurisdiction. As Birt, Deputy Bailiff, stated in *in the matter of the H Trust* [2006] JRC 057 -

“The observations which we have

made do not lead to the conclusion that this Court will ignore a decision of the Family Division or other overseas court. Far from it. That court will have investigated the matter very fully and will have made a decision intended to achieve a fair allocation as between the spouses. In such cases the interests of comity as well as the interests of the beneficiaries will often point strongly in favour of this Court making an order which achieves the result contemplated by the order of the Family Division. Indeed this Court has made such orders in the past and will no doubt do so again in the future”.

32. It would, in our view, avoid sterile argument, and expense to the parties, if the English courts were, in cases involving a Jersey Trust, having calculated their award on the basis of the totality of the assets available to the parties, to exercise judicial restraint and to refrain from invoking their jurisdiction under the Matrimonial Causes Act to vary the trust. Instead they could request this Court to be auxiliary to them. Such an approach is adopted by courts exercising jurisdiction in relation to insolvency and in other areas of law too. It is true that such jurisdiction to seek assistance from a foreign court may usually have its basis in statute. Nonetheless we can see no reason why the trustee or one or more of the parties before the English court as the case might be, should not be directed to make the appropriate application to this court for assistance in the implementation of the English court’s order. It appears to us that this would be a more seemly and appropriate approach to matters where the courts of two civilised and friendly countries have concurrent interests. It would furthermore be more likely to avoid the risk of the delivery of inconsistent judgments.

Errore del trustee e annullamento di contratti

Jersey – Royal Court

Poteri discrezionali – trasferimento di beni – errore del trustee – annullabilità del negozio

Royal Court (Samedi Division), P. Bailhache, Bailiff, Allo, King, Giurati, 12 dicembre 2006 [In the matter of the representation of Mr Steven Bruce Friedman and Asiastrust Limited as trustees of the RAS I Trust]

I negozi per mezzo dei quali un trustee, nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, trasferisce beni a un secondo trust, da lui stesso istituito, ma radicalmente nullo, sono annullabili in conseguenza dell'errato convincimento del trustee circa la validità del secondo trust.

Sommario

È difficile per un giurista non appartenente al mondo della *common law* valutare i rapporti esistenti fra le magistrature dei Paesi appartenenti a quel mondo; questa sentenza offre uno spaccato interessante sia delle aggressive tecniche americane di *asset protection trust* sia delle difficoltà giuridiche che la loro artificialità crea sia, infine, della semplicità con la quale un giudice di *common law* affronta questioni la cui decisione è regolata da una legge diversa dalla sua, ma pur sempre del mondo della *common law*.

Herman e Barbara Knappe sono due coniugi californiani che, seguendo i pareri di alcuni professionisti specializzati in *asset protection trust*, istituiscono un trust nelle Isole Cook e seguono un complesso progetto tendente a trasferire nel trust i propri immobili (siti nelle Hawaii) sia per sfuggire a possibili futuri creditori sia per evitare l'imposta di successione.

Onde raggiungere queste due finalità era necessario che il trustee di Cook istituisse a propria volta un secondo trust, del quale i coniugi Knappe non fossero beneficiari, e che il trustee di questo secondo trust costituisse una società alla quale venissero trasferiti gli immobili. Gli immobili appartenevano a una società dello Wyoming,

Big Sky, controllata da un trust californiano, a suo tempo istituito dai coniugi.

Il secondo trust venne istituito nell'Isola di Man dai trustee del trust di Cook, dichiarando che il fondo in trust consisteva negli immobili delle Hawaii. Questo fu chiaramente un errore di superficialità, perché quegli immobili appartenevano alla società Big Sky. Nessuno se ne accorse e i trustee di Man procedettero a costituire una società in Jersey, Butterfield, la quale avrebbe dovuto acquisire Big Sky. In un primo tempo, Big Sky confluì nel trust di Cook e da esso nel trust di Man, ma poi, per risparmiare imposte di registro, il trasferimento delle restanti azioni di Big Sky avvenne direttamente fra il trust californiano, che ne era rimasto azionista, e la società di Jersey. Il progetto iniziale, invece, prevedeva che le azioni di Big Sky fosse prima conferite nel trust di Cook, da questo nel trust di Man e da questo nella società di Jersey.

La Corte di Giustizia dell'Isola di Man dichiara che il trust di Man non esiste perché i beni indicati quali fondo in trust (gli immobili in Hawaii) non furono mai trasferiti al trustee e quindi i diversi beni successivamente acquisiti sono oggetto di trust in favore del trust di Cook. Questa conclusione è necessaria, perché i trustee di Man, in un modo o nell'altro, sono divenuti proprietari di beni (le azioni della società di Jersey) e, non potendoli tenere a proprio vantaggio, ne sono fiduciari in favore di chi aveva creduto di avere istituito il trust, e cioè i trustee di Cook.

Tutto questo produce negli Stati Uniti effetti fiscalmente dirompenti oltre a rendere impossibile raggiungere alcuna fra le iniziali finalità; infatti, i coniugi Knappe sono i beneficiari del trust di Cook e tassabili negli Usa sia sui redditi che su alcuna operazione patrimoniale (inclusa l'imposta di successione). È necessario disfare l'intera operazione, ripor-

tare i beni da dove sono usciti, e poi si vedrà.

La strada è quella del principio sancito nel precedente *Hastings-Bass* del 1975 della Corte di Appello inglese (sul quale v. gli articoli pubblicati in questa rivista nel 2006: di G. W. Thomas, a p. 397 e di S. Dunn a p. 515): il giudice può dichiarare inefficace o annullare un negozio posto in essere da un trustee quando esso sia radicato nell'esercizio di un suo potere discrezionale, appaia che gli effetti del negozio non sono quelli che il trustee intendeva e risulti che questa diversità sia la conseguenza della mancata considerazione di aspetti rilevanti o della considerazione di aspetti irrilevanti.

Il precedente *Hastings-Bass* ha trovato accoglienza nel Commonwealth, ma non risulta alcuna applicazione nelle Isole Cook, la cui legge regola il trust di Cook e le azioni dei suoi trustee. Questi ultimi hanno dato attuazione all'iniziale progetto nel convincimento che il trust di Man fosse stato propriamente istituito e che fosse proprietario della società di Jersey, nella quale dovevano confluire i beni hawaiani attraverso la Big Sky. I legali dei trustee di Cook avevano espresso l'opinione che si potesse procedere, ma il loro parere era stato superficiale.

Si applicherebbe *Hastings-Bass* nelle Isole Cook? Su questo punto il giudice adito fa affidamento sulla posizione affermativa espressa da un avvocato di Cook e, a questo punto, la soluzione della causa è obbligata: i trustee hanno proceduto sulla base di un fondamentale errore, essendo evidente che mai avrebbero prodotto i disastrosi risultati che si sono effettivamente prodotti qualora avessero saputo della nullità del trust di Man.

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Jersey Legal Information Board.

Di conseguenza, tutte le operazioni poste in essere sono annullate dal giudice o, secondo la sua letterale espressione, dichiarate inefficaci con effetto retroattivo.

(M. L.)

Testo della Sentenza

1. This is an application by Asiatrust Limited ("Asiatrust") a Cook Islands company, and Steven Bruce Friedman (together referred to as the "trustees") in their capacity of trustees of a settlement known as the RAS International Trust (to which we shall refer as the "RAS I Trust"). It is the story of an asset protection and estate tax planning scheme that went badly wrong. The trustees seek to set aside certain sales of interests in a company called Big Sky LLC which took place in April 1996 and January 1997. After hearing submissions from counsel for the trustees, we granted the relief sought and indicated that we would provide reasons at a later date. This we now proceed to do.

2. The RAS I Trust is subject to the law of the Cook Islands and neither of the trustees is resident in Jersey. Certain property of the trust, namely a company called Butterfield Investments Limited ("Butterfield"), is however situated in Jersey, and this Court has jurisdiction to receive the application pursuant to Article 5 of the Trusts (Jersey) Law 1984 which provides that jurisdiction is conferred where "any trust property of a foreign trust is situated in Jersey".

Background

3. Affidavits placed before the Court enable the background to the application to be summarised fairly shortly. The settlors of the RAS I Trust are Herman Knuppe and his wife Barbara. Mr Knuppe is a businessman involved in the self-storage business in the United States. He wanted to order his affairs in a sensible and tax-efficient way. He sought advice from Mr Michael Potter, a lawyer specialising in international asset protection structures. An accountant, Mr Eugene Shortt, was also engaged to advise on U.S. tax consequences. Initially, the motive of Mr and Mrs Knuppe was primarily asset protection, but later it became clear that there was potential for substantial estate duty tax savings.

4. In essence, the plan which evolved was the creation of a Cook Islands trust, the trustee of which would then create a second trust in the Isle of Man, using property in Hawaii (the "Maui property") as the initial settled property, that Hawaiian property having been first settled into the Cook Islands trust by Mr and Mrs Knuppe. The Cook Islands trust would also contain a number of limited partnerships which owned the land upon which the self storage businesses operated and the businesses themselves. The plan was that the trustees of the Cook Islands trust would then sell limited partnerships and the underlying land to a Jersey company, which the trustees of the Isle of Man trust would by then have incorporated. Payment for the land would be made by the Jersey company by way of annuities and death cancelling promissory notes.

5. The planned effect was that the Cook Islands trust would deliver the asset protection benefits but would be tax neutral, whereas the Isle of Man trust would remove the land from the estates of Mr and Mrs Knuppe and would generate the estate duty tax savings.

6. The activities to put this plan into effect were undertaken between December 1995 and January 1997. Mr and Mrs Knuppe were already co-trustees of a Californian trust which held 99% of the limited partnerships and the Maui property in Hawaii. On the 26th December 1995, Big Sky LLC, a Wyoming company, was established by the Californian trust which then owned 99% of Big Sky. On 30th March 1996 the RAS I Trust was established in the Cook Islands. Mr and Mrs Knuppe were the settlors and the original trustees were Asiatrust and Mr Richard Clarkson. Mr Clarkson resigned as a trustee of the RAS I Trust on 1st January 1998. Mr Friedman was appointed as trustee in his place on 28th August 1998. In April 1996, Big Sky was added to the assets of the Trust and in May 1996, eleven limited partnerships were transferred to Big Sky.

7. On 17th April 1996 Mr Clarkson purported to establish the RAS II Trust in the Isle of Man; the initial settled property being declared to be the Maui property. The original trustee of the RAS II Trust was Royal Bank of Canada Trust Company (Jersey) Limited ("RBS"). The Maui property was not in fact transferred to the trust at that time.

8. On 18th April 1996, RBS incorporated Butterfield in Jersey, the shares of which were purportedly held by the trustees of the RAS II Trust. Towards the end of April 1996, two agreements were executed, the result of which was to transfer interests in Big Sky to Butterfield in exchange for a death cancelling promissory note and a private annuity. Only after those transactions had taken place, on a date in May 1996, was the Maui property transferred by Mr and Mrs Knuppe. It was however transferred directly from the Californian trust to Butterfield, rather than through the RAS I Trust and the RAS II Trust. This was done to save stamp duty on multiple transfers. It was a critical error. In January 1997, further interests in Big Sky were sold to Butterfield in exchange for a death cancelling promissory note.

9. The plan had been to remove the land held through the limited partnerships and Big Sky from the estates of Mr and Mrs Knuppe, so that it would be excluded from estate tax when they died. Mr and Mrs Knuppe are both beneficiaries of the RAS I Trust. According to U.S. tax law, they are fully liable to tax on the trust income and to estate duty on any assets held by the trust. In order to remove that liability it was vital that Butterfield (the ultimate home of Big Sky and its holdings of land) should be owned by an independent third party, namely the RAS II Trust (under which the Knuppes were excluded persons). Unfortunately this did not happen. The sale of interests in Big Sky took place in three tranches, the first two taking place before the transfer of the Maui property. The consequences were that, as at April 1996 (the date of the first two sales of interests), and as at January 1997 the RAS II Trust did not exist, as it had not been validly constituted by the transfer of the initial settled property by the settlor, and that Butterfield could not be owned by the RAS II Trust. Butterfield, and its underlying assets, are held on trust for the trustees of the RAS I Trust. All this appears from a decision of the High Court of Justice of the Isle of Man in a judgment delivered by His Honour Deemster Kerruish on 15th May 2006.

10. As a result, not only were the envisaged tax benefits not achieved but certain adverse tax consequences have flowed. It is unnecessary to describe those

Giurisprudenza

consequences in any detail for the purposes of this judgment.

Relief sought

11. The relief sought by the trustees in this application is a declaration that the sale agreements and associated instruments executed in April 1996 and January 1997 should be declared invalid and void *ab initio*.

The law

12. As we have stated in paragraph 2 above, the RAS I Trust is subject to the law of the Cook Islands, and that is the law which we have to apply. The Cook Islands are a Commonwealth jurisdiction and their highest court of appeal is the Judicial Committee of the Privy Council.

13. We have received an affidavit of Mr Bret Gibson, a Cook Islands barrister and solicitor of Brown, Gibson, Harvey PC. No other expert evidence is before us. Mr Gibson was admitted as a barrister and solicitor of the High Court of New Zealand in 1986 and as a barrister and solicitor of the High Court of the Cook Islands in 1987. He has been a partner of his firm since 1989. He was president of the Cook Islands Law Society between 2003 and 2004. He specialises in banking and finance, trust law, commercial and corporate law, and civil litigation. He has been involved as counsel in most of the Cook Islands asset protection trust litigation, either for creditors or for trustees. He is the author of the Cook Islands commentary in *Offshore Services*, published by Tolley Lexis Nexis in 2005. We have no doubt that Mr Gibson is well qualified to give an opinion on the trust law of the Cook Islands.

14. The relief sought by the trustees in this application relies essentially upon what has become known as the Hastings-Bass principle. The principle is well known in this jurisdiction, having been recognised and applied in *Re the Green GLG Trust* 2002 JLR 571. The first question is whether that principle forms part of the law of the Cook Islands. Mr Gibson's evidence is that there is no decided case on the issue, but that he is in no doubt that it is part of the law of the Cook Islands. In the absence of local authority, the practice of the High Court of the

Cook Islands is to turn to the law of New Zealand, Australia and England, and occasionally to offshore jurisdictions such as Jersey and Guernsey. The acceptance of the Hastings-Bass principle in New Zealand, Australia and Jersey leads Mr Gibson to the conclusion that it would be recognised and applied in the Cook Islands too.

15. Mr Gibson referred to *Re Bedford Estates – Steff and others v Fox and others* 8 ITLR 93 where the principle was summarized by Lloyd LJ in the following terms at paragraph 119 –

“I will, however, summarise the Re Hastings-Bass principle as I see it, as follows: (i) The best formulation of the principle seems to me to be this. Where trustees act under a discretion given to them by the terms of the trust, in circumstances in which they are free to decide whether or not to exercise that discretion, but the effect of the exercise is different from that which they intended, the court will interfere with their action if it is clear that they would not have acted as they did had they not failed to take into account considerations which they ought to have taken into account, or taken into account considerations which they ought not to have taken into account. (ii) I have expanded the formula [...] to include expressly the proposition that the trustees are not acting under an obligation, so as to distinguish cases such as *Kerr v British Leyland (Staff) Trustees Ltd* and *Stannard v Fisons Pension Trust Ltd*. It is only in cases, such as those, where the trustees are obliged to act, that the ‘might’ test applies. *Stannard’s* case should not be treated as applying or endorsing the Re Hastings-Bass principle, but as being in the same line as cases such as *Kerr’s* case. (iii) It does not seem to me that the principle applies only in cases where there has been a breach of duty by the trustees, or by their advisers or agents, despite what Lightman J said in *Abacus Trust Co (Isle of Man) v Barr*(1). (iv) His conclusion that, if the principle is satisfied, the act in question is voidable rather than void is attractive, but seems to me to require further consideration, in the light of earlier authority. (v) I am in no doubt that, as a general proposition, fiscal consequences are among the matters which may be relevant for the purposes of the principle.”

16. As to the potential for abuse of

the principle, Lloyd LJ stated at paragraph 82 –

“It seems to me, however, that on authority, the main ways at present open to the court to control the application of the principle are: (a) to insist on a stringent application of the tests as they have been laid down, (b) to take a reasonable and not over-exigent view of what it is that the trustees ought to have taken into account, and (c) to adopt a critical approach to contentions that the trustees would have acted differently if they had realised the true position, perhaps especially so in cases (unlike the present) where it is in the interests of all who are before the court that the appointment should be set aside. As Park J said in *Breadner’s* case ((2000) 2 ITCLR 812, [2000] 4 All ER 705 (para 61):

‘It cannot be right that whenever trustees do something which they later regret and think that they ought not to have done, they can say that they never did it in the first place.’”

We accept the evidence of Mr Gibson that the Hastings-Bass principle forms part of the law of the Cook Islands.

The application of Hastings-Bass principle to relief sought

17. The application of the principle to the facts in this case may be tested by the responses to the following questions –

(i) What were the considerations that the trustees should have taken into account?;

(ii) Did they take them into account?; and

(iii) If they did not, would they have acted differently had they considered that which they failed to consider?

18. As to (i) the trustees were aware that the entire estate tax savings scheme depended upon the disposal of the Big Sky interests to a company owned by another trust which would not be considered as part of the Knappes' estate under U.S. law. One fundamental consideration was clearly whether the RAS II Trust had been properly constituted and whether Butterfield was owned by the RAS II Trust.

19. As to (ii) we are satisfied from the

Nota:

(1) In questa Rivista, 2004, 407.

affidavit evidence that the trustees were clearly unaware that the RAS II Trust had not been properly constituted and did not own Butterfield. They had been led to believe by their professional advisers that all was in order, but that was not the case.

20. As to (iii), we have no doubt that if the trustees had been aware of the true state of affairs, they would not have exercised their discretion in the way that they did. The transactions would not have been concluded if the trustees had been aware that, not only would the desired outcome not be achieved, but adverse tax consequences would ensure for Mr and Mrs Knuppe. We are satisfied that this is not a case where the trustees merely regret their actions and simply want to rewrite history.

Open issues in relation to the Hastings-Bass principle

21. There is a difference of opinion

amongst some English judges as to whether there must be some fault or breach of fiduciary duty on the part of the trustee before the principle can be invoked. This was held to be a prerequisite by Lightman J in *Abacus Trust Company (Isle of Man) Limited v Barr* [2003] 1 All ER 760, but doubted to be a requirement by Lloyd LJ in *Sieff v Fox*. Even if it is a prerequisite, it is clear from the judgment of Lightman J that a breach of duty can be attributed to the trustee even where the fault is that of the trustee's professional advisers. There is no doubt in this case that one or more of the professional advisers was at fault and we conclude therefore that the higher test is satisfied.

22. There is a further issue as to whether the trustees' decision may be regarded as void *ab initio* or simply voidable; this remains an issue under Cook Islands law as under English law. However, in *Sieff v Fox*, the English court avoid-

ed the issue by setting aside the transaction in question with retrospective effect, and we accept the evidence of Mr Gibson that the Cook Islands' court would adopt the same approach.

Conclusion

23. Counsel for the trustees has satisfied us that all the beneficiaries of the RAS I Trust have been notified of this application and support it. Butterfield also supports the application notwithstanding that the effect will be to set aside the sales to it of interests in Big Sky.

24. For all these reasons we were satisfied that, applying Cook Islands law, it was proper to grant the relief sought. We accordingly declared that the sales of interests in Big Sky LLC by the then trustees of the RAS I Trust to Butterfield should be and were set aside with retrospective effect.

Conferimento di beni in trust e volontà del disponente

Jersey - Royal Court

Conferimento di azioni in trust - termini inequivocabili - efficacia - "beneficial ownership" - "legal ownership" - "bare nominee" - trust - "trust company" - "registered nominee" - competenza dell'assemblea dei soci - esclusione

Royal Court (Samedi Division), M. C. St. J. Birt, Deputy Bailiff, Bullen e King, Giurati, 24 gennaio 2007 [In the matter of the Palm Trust]

Ai fini del conferimento delle azioni (in questo caso, dell'intero capitale emesso) di una società in trust a beneficio di un soggetto, è efficace l'utilizzo di termini sufficientemente chiari purché esprimano inequivocabilmente la volontà del disponente. L'approvazione (e quindi anche l'esecuzione dell'atto) di conferimento in trust delle azioni di una società non è materia che possa essere discussa da un'assemblea di soci.

Sommario

Il rappresentante, una società che si occupa della gestione delle attività di trust, intenta un'azione per alcune dichiarazioni sulla validità dell'assegnazione di partecipazioni emesse sul capitale di una società registrata a Jersey, chiamata Basilisk Limited (Basilisk).

Gli avvenimenti che interessano tutte le parti in causa si sono svolti lungo una ventina d'anni, ma è dal 2000 che essi diventano significativi al fine della soluzione della causa. È importante individuare con precisione le parti in causa, in quanto la vicenda si complica proprio in relazione ai soggetti coinvolti a vario titolo.

Il rappresentante che agisce è una società, inizialmente chiamata Lex Nominees International Limited, di proprietà della Nigel Harris Trust Company Limited ("Nigel Harris Trust"), la quale, a sua volta, faceva parte delle attività fiduciarie gestite da uno studio di avvocati inglesi, di cui Nigel Harris era un socio anziano. Nel marzo 2000 l'attività venne acquisita dalla Rathbone Brothers Plc e di conseguenza cambiò nome nel luglio 2002.

Il primo convenuto, Mauleverer, gestisce dal 1971 un'attività di trust con il nome di Global, costituita da tre società, anch'esse convenute: Global Trading, Global Trust e Global Sales (le società Global), le quali figurano appartenere a un trust, mentre una società del gruppo Harris Trust risulta trustee di quel trust.

L'ultimo convenuto è il disponente del Palm Trust (il Trust), istituito il 25 febbraio 1987, i cui trustee sono una delle società Global, Global Trust, e il rappresentante. Il Trust, discrezionale, è regolato dalla legge di Jersey. Sebbene inizialmente non fosse considerato fra i beneficiari, il disponente venne incluso come tale il 28 febbraio 2001.

Dal 1997 l'unica attività del Trust sono 500 azioni (ovverosia l'intero capitale emesso) della società Basilisk, le quali sono state effettivamente Global Trading (che deteneva 494 partecipazioni), Global Trust (che ne deteneva 3) e Global Sales (che ne deteneva 3), in quanto intestatarie per i trustee del trust. L'unico bene della Basilisk è uno yacht britannico registrato, a disposizione del disponente.

Attraverso le società Global, Mauleverer è responsabile della gestione del Trust e della società Basilisk. Perciò, non solo lui e i due dirigenti di Basilisk, ma anche le società Global custodiscono il registro delle partecipazioni e i libri sociali di Basilisk. Mauleverer predispose un bilancio annuale di prova del Trust, ovverosia un semplice documento che mostrava soltanto le quote di Basilisk e che venne comunque approvato annualmente dal rappresentante. Questa tendenziale informalità è motivata dal fatto che tra Mauleverer e Nigel Harris intercorreva uno stretto rapporto, e in effetti la moglie di Mauleverer lavorò per Harris, secondo quanto riportato dal rappresentante.

La corrispondenza sottoposta ai giudici dalle parti è copiosa, ma i fatti che emergono si riconducono in sostanza, da un lato, ai reiterati dinieghi da parte di Mauleverer di adempiere a determinate richieste del trustee di fornirgli alcuni documenti (in particolare i rendiconti finanziari in possesso sia di Mauleverer che di Basilisk, in quanto Mauleverer era responsabile della gestione sia del Trust sia di Basilisk); dall'altro, alla mancanza di trasparenza che dimostrò per coprire in realtà un suo inadempimento a un obbligo fondamentale per il diritto di Jersey, ovverosia la registrazione delle *trust company* (le società Global), ai sensi del Financial Services (Jersey) Law 1998(1). Mauleverer preferì non adempiere in quanto le società Global non erano in grado di soddisfare l'ampiezza del controllo direttivo richiesto. Questo voleva dire che le società Global non avrebbero potuto gestire legalmente nessuna attività di trust.

Note:

Riproduciamo il testo della sentenza dal sito internet del Jersey Legal Information Board.

(1) Financial Services (Jersey) Law 1998 ("la Legge", nota in precedenza come Investment Business (Jersey) Law 1998) è entrata in vigore il 1° marzo 1999. Questa legge regola il controllo di agenti di cambio, consulenti finanziari e *manager* di investimenti discrezionali. Lo scopo della legge è di proteggere gli interessi degli investitori, sia residenti che non residenti, nella conduzione dei loro investimenti fatti a Jersey o da Jersey.

Ai sensi della legge 1) chiunque ritenga di esercitare un'attività di investimenti nell'isola di Jersey o da essa; e 2) ogni società registrata a Jersey ritenga di esercitare un'attività di investimenti nell'isola di Jersey o da essa, dovrà registrarsi. È considerato reato l'esercizio di tale attività senza questa preventiva registrazione.

Peraltro, a fronte di questi eventi essenziali, si sovrappongono altri fatti che meritano di essere accennati in questa sede ai fini di una maggiore chiarezza della vicenda.

L'atteggiamento (in apparenza) immotivatamente ostile di Mauleverer determina diverse conseguenze: da parte del trustee, la volontà di recedere dall'ufficio (sia per il Palm Trust che per gli altri trust), salvo di non ricevere almeno la documentazione chiamata Know Your Customer ("KYC")(2); da parte dello stesso Mauleverer, l'accusa, portata al presidente di Rathbone Brothers Plc, di un comportamento inammissibile da parte del trustee che, dimettendosi (unilateralmente e quindi non legittimamente secondo Mauleverer), si rendeva responsabile di inadempimento del trust.

Per sbloccare la situazione, il rappresentante scrive una lettera con cui precisa, in primo luogo, che la sua dichiarazione del 10 novembre 2000 non costituiva avviso di dimissioni, per cui aveva continuato ad esercitare l'ufficio di trustee - e di conseguenza non si era reso inadempiente verso il trust; in secondo luogo, che Global Trust recedeva dall'ufficio di trustee.

Posto il primo febbraio 2001 come termine ultimo per la registrazione dell'attività delle *trust company*, e posta la necessità di assicurare che il Trust non sarebbe rimasto senza trustee, il rappresentante decise di accettare di essere rinominato trustee del Trust, nonostante il fatto che non gli fosse stata fornita la documentazione KYC.

Il 13 febbraio 2001, tramite Mauleverer, il rappresentante riceve dal disponente del Trust una richiesta scritta per il conferimento di tutte le azioni Basilisk a una società di Gibilterra, Rock Forge Ltd., e per la chiusura del Palm Trust. Insieme alla lettera del disponente, Mauleverer allega un modulo per il trasferimento delle azioni. Questa disposizione induce il rappresentante a ritenere che le partecipazioni Basilisk gli siano state apparentemente trasferite dalle società Global - e in effetti solo in questo modo il rappresentante avrebbe potuto procedere con il trasferimento delle azioni Basilisk.

Il completamento dell'assegnazione delle azioni a Rock Forge richiede una serie di passaggi per il cui corretto adempimento il rappresentante chiede informazioni a Mauleverer: il certificato azionario

originale per le quote di Basilisk, l'eventuale titolo beneficiario sul Palm Trust che Rock Forge può vantare (dovendo, in caso contrario, nominare Rock Forge beneficiario del Trust), oltre a quanto già vanamente chiesto, ovverosia conoscere chi siano realmente gli azionisti di Basilisk e notizia dei libri sociali.

Invece di fornire le informazioni richieste, Mauleverer scrive al presidente e all'amministratore delegato della Rathbone, lamentando un ulteriore inadempimento del trust commesso dal rappresentante a Jersey. Ad avviso di Mauleverer il rappresentante avrebbe ignorato la volontà e le direttive del disponente nonché la propria, citando in merito il principio *Hastings-Bass*.

Con una delibera il rappresentante dispone che Rock Forge venga aggiunta tra i beneficiari e che, ai sensi della clausola 4b del Trust, le 500 azioni Basilisk siano conferite a Rock Forge - entrambi gli atti che conferiscono effetto a questa decisione devono essere *under seal*, ovverosia sottoscritti e recanti il sigillo del firmatario.

Poiché l'intero capitale di Basilisk rappresenta l'unico bene del Trust, con questo conferimento il Trust viene automaticamente chiuso.

Le conclusioni del giudice, la Royal Court of Jersey, ruotano intorno all'atto di conferimento delle quote Basilisk, datato 24 aprile 2001.

La prima e più importante posizione è quella del rappresentante: egli non poteva trasferire il titolo legale sulle azioni Basilisk a Rock Forge, in quanto era in capo alle società Global, intestatarie registrate di tutte le azioni Basilisk. Ma la clausola 4(b) del Trust conferisce al trustee il potere di trasferire pienamente il titolo beneficiario sulle medesime azioni. Dopo l'atto di conferimento, le società Global sono quindi titolari delle quote Basilisk come mere intestatarie per Rock Forge, mentre Rock Forge vanta una posizione beneficiaria assoluta.

Di fronte al comportamento tenuto da Mauleverer in seguito a questo atto, è comprensibile il motivo per cui il rappresentante abbia sentito l'esigenza di dissipare ogni dubbio eseguendo il conferimento delle quote Basilisk a Rock Forge nell'aprile 2005, ma tale atto non era necessario e non ebbe effetto, poiché il rappresentante lo aveva già portato validamente a termine con l'atto dell'aprile 2001.

Il giudice esclude che la decisione di assegnare il titolo beneficiario competa all'assemblea dei soci Basilisk - con ciò negando l'applicabilità del principio *Duomatic*, come invocato da Mauleverer. In merito all'altro principio di cui Mauleverer chiede l'applicazione, la regola *Hastings-Bass*, pur riconoscendo che tale regola faccia parte del diritto di Jersey, il giudice non può applicarlo in quanto il rappresentante non si è reso responsabile di tale inadempimento, risultando come egli abbia invece agito conformemente alla volontà e alle direttive del disponente del Trust.

L'unico punto su cui il giudice conviene con Mauleverer è l'iniziale comunicazione da parte del rappresentante alle società Global. Egli avrebbe dovuto notificare loro l'atto di conferimento e dar loro direttive in merito alla nuova situazione che le vedeva sempre intestatarie, ma in favore di Rock Forge. L'unico passo in tal senso fu la lettera di una collaboratrice del rappresentante (la signora Bennett), il 30 aprile 2001, i cui termini non risultano molto precisi in tal senso.

Il giudice riconosce che fu soltanto il 20 maggio 2003 che Mauleverer ricevette copia dell'atto di conferimento e una lettera da parte del rappresentante indirizzata alle società Global. Ma perfino in quella lettera, e in una successiva del luglio 2004, sembra che il rappresentante non chiarisca nel dettaglio la nuova situazione, limitandosi a ratificare e confermare la conclusione dell'atto di trasferimento delle azioni a Rock Forge, avvenuto il 24 aprile 2001.

Tuttavia, da questa documentazione, Mauleverer non poteva non concludere che Rock Forge aveva così acquisito una posizione beneficiaria assoluta sulle azioni Basilisk e, coerentemente, che intenzione del rappresentante fosse di rendere le società Global intestatarie per Rock Forge da quel momento, autorizzandole a trasferire le partecipazioni a nome del nuovo beneficiario.

Nota:

(2) KYC è il regolamento che le istituzioni finanziarie e le altre società analoghe devono seguire per identificare i propri clienti ed assumere le informazioni rilevanti in merito alle attività finanziarie che trattano con essi. Di norma, KYC è modellato sul programma di identificazione cliente predisposto secondo il Bank Secrecy Act e USA Patriot Act.

Giurisprudenza

Ad avviso dei giudici, una volta ricevuta la copia dell'atto nel 2003, Mauleverer avrebbe dovuto accettare definitivamente che le società Global avevano titolo sulle azioni Basilisk in qualità di nude intestatarie per Rock Forge, ed avrebbe dovuto agire di conseguenza. Ad avviso del giudice non sussiste alcun valido motivo perché debba essere discussa la situazione mutata dal conferimento.

Il giudice ritiene quindi che il conferimento delle azioni, eseguito nell'aprile 2001, sia efficace al fine di attribuire il pieno diritto beneficiario sulle azioni Basilisk a Rock Forge, malgrado il linguaggio usato nell'atto.

(V. B.)

Testo della Sentenza

1. In this matter the representor applies for certain declarations concerning the validity of an appointment of the issued share capital of a company incorporated in Jersey called Basilisk Limited ("Basilisk"). As will be seen in due course, it is ultimately a very straightforward matter and the fact that the parties have been unable to resolve matters despite some five years of correspondence and have had to bring the matter before the Court is a cause for profound regret.

2. The Court has been provided with a detailed affidavit from Mr Nigel Bentley, the managing director of the representor, to which is exhibited a very substantial body of correspondence. The first respondent ("Mr Mauleverer") has also produced a bundle of correspondence and other documents. We have read all of the papers submitted to us. However it is not necessary to lengthen this judgment with reference to most of the correspondence. We propose to summarise matters as briefly as possible and to refer only to those matters which are essential in order to explain the decision which we have reached.

(i) The background

3. The representor is a company carrying on the business of trust and company administration. It was formerly known as Lex Nominees International Limited and was owned by Nigel Harris Trust Company Limited ("Nigel Harris Trust"). That company in turn formed part of the trust company business carried on by the firm of English solicitors of which the late Mr Nigel Harris was the senior partner. In

March 2000 the business was acquired by Rathbone Brothers Plc and accordingly the representor subsequently changed its name in July 2002.

4. It is clear from what he told the Court that Mr Mauleverer had a close working relationship for many years with Mr Nigel Harris. Indeed his wife had worked for Mr Harris. He told us that in about 1971 he had set up a trust and company business of his own under the 'Global' name. The second to fourth respondents ('Global Trading', 'Global Trust' and 'Global Sales' respectively and together "the Global companies") were apparently owned under some form of trust, and a company in the Harris Trust group was the ultimate owner of the company which was trustee of that trust. Although we were not given - and did not ask for - any details, one can probably safely assume that Mr Mauleverer had an interest thereunder. For many years he ran the business from a small office in St Helier but he told us that in 1994 he moved the business to his home and thereafter ran it himself with the assistance of a part-time secretary.

5. On 25th February 1987 the Palm Trust ("the Trust") was established by deed executed by the fifth respondent as settlor ("the settlor") and Global Trust and the representor as trustees. The Trust was a conventional discretionary trust and the settlor provided a letter of wishes. Although he was not named as a beneficiary initially, he was added as a beneficiary on 28th February 2001. The Trust was governed by the law of Jersey. Since 1997 the sole remaining asset of the Trust has been 500 shares (being the entire issued share capital) in Basilisk. The sole asset of Basilisk is a British registered yacht which was used by the settlor. It is not disputed that the registered shareholders of Basilisk at all material times have been Global Trading (holding 494 shares), Global Trust (holding 3 shares) and Global Sales (holding 3 shares). They each held as nominee for the trustees of the Trust.

6. It is clear that Mr Mauleverer, through the Global companies, was responsible for the administration of the Trust and Basilisk. Thus, not only were he and two other gentlemen the directors of Basilisk, but the share register and company books were kept at the Global office, which was also the registered office of Basilisk. He prepared an annual trial bal-

ance of the Trust which was a simple document showing only the shares in Basilisk and this was approved annually by the representor. We can well understand that the way in which this matter was run historically was based upon the close working relationship between Mr Mauleverer and Mr Nigel Harris.

(ii) The purported resignation

7. However, by 2000, changes were afoot. Trust companies would have to register and be regulated under the Financial Services (Jersey) Law 1998 and Rathbone Plc had acquired the Nigel Harris trust company business of which the representor was part. Correspondence began in 1999 whereby staff of the representor were asking Mr Mauleverer for proper financial accounts in relation to the Trust. It is clear that this also related to other trusts where both Global Trust and the representor were trustees. No satisfactory accommodation appears to have been reached and in due course the representor decided to resign as the trustee of the Trust (and other trusts) on 10th November 2000. It executed an instrument of retirement and delivered a copy to Mr Mauleverer on that date.

8. There followed considerable correspondence and discussion. Suffice it to say that Mr Mauleverer was not happy with the representor's decision and did not accept that it was entitled to resign unilaterally in this way. It emerged at a meeting on 22nd November 2000 that Mr Mauleverer had decided that the Global companies would not apply for registration under the 1998 Law because of an inability to meet the span of control requirements. This meant that Global would be unable to carry on any trust or company administration business lawfully after 1st February 2001, which was the date by which application for registration had to be submitted to the Jersey Financial Services Commission ("JFSC") in order to take advantage of the transitional provisions. There was therefore a comparatively short period to find an alternative trustee of the Trust.

9. After a while the representor agreed that it would resume its position as trustee provided that it was given appropriate Know Your Customer ("KYC") material but Mr Mauleverer was not happy with this. He began to write to the chairman of Rathbone Brothers Plc complaining of a

breach of trust by the representor. By mid-January it was clear that an impasse had been reached and eventually, given the 1st February cut-off date for the registration of trust company business and the need to ensure that the Trust was not left without a trustee, the representor decided to accept its re-appointment as trustee of the Trust notwithstanding that the KYC material had not been provided.

10. The representor prepared a draft deed of retirement which did two things. First it declared that the instrument of retirement dated 10th November 2000 did not constitute notice of resignation by the representor so that it continued as trustee and secondly, it stated that Global Trust retired as a trustee. The deed was executed by Global Trust and returned to the representor on 31st January 2001. In the same letter Mr Mauleverer stated that all the existing directors and secretary of 'each company' had resigned and that "our trustee company and the nominee shareholders have today executed stock transfer forms to transfer all the issued shares of each company to your relevant trustee companies." The reference to 'each company' would seem to be because the letter was written in connection with a number of different trusts and companies administered by Global. The upshot was that from 1st February 2001 Basilisk had no directors or secretary and the representor was the sole trustee of the Trust. The Global companies were still the registered shareholders of Basilisk but it would seem that they may have executed forms of transfer in favour of one or more of the Rathbone companies although it is not clear which. In response, by letter dated 1st February 2001, Mr Christopher Harris, son of Mr Nigel Harris and a director of the representor, requested Mr Mauleverer to send the company books for Basilisk to the representor together with the executed transfer forms and resignation letters and up to date contact details for the settlor. He also requested other information. We do not propose to summarise the further correspondence on this aspect. Suffice it to say that Mr Mauleverer did not provide the company books or answer Mr Harris' queries. The company books have remained at Mr Mauleverer's office, which has remained the registered office of Basilisk.

11. Mr Mauleverer replied on 2nd February. He made no reference to the

request for the company books of Basilisk and the other documents requested by the representor. As far as the request for an up to date contact address for the settlor was concerned, Mr Mauleverer stated merely that the settlor's contact details "had not changed for many years but, if you would like me to forward correspondence, please let me know".

12. Mr Harris replied on 7th February. He summarised the position and went on to request the precise name of the transferee of the shares in Basilisk and gave an address for the settlor taken from the representor's records, which he asked Mr Mauleverer to confirm. In his reply of the same date Mr Mauleverer said that he had been asked not to provide the representor with further information for the time being and merely referred back to his letter of 31st January for the identity of the transferees. He repeated both these points in a letter of 9th February when he said that he was satisfied that the representor's question as to the identity of the transferees of the shares in Basilisk had been answered by him unambiguously in his letters of 31st January and 7th February. That was of course simply not so. It is clear that by this time relations between Mr Mauleverer and the representor had begun to deteriorate.

(iii) The appointment of April 2001

13. On 13th February 2001 the representor, via Mr Mauleverer, received a written request from the settlor for the appointment of all the shares in Basilisk to a Gibraltar company Rock Forge Limited and for the Trust to be terminated. The settlor's letter was accompanied by a covering letter from Mr Mauleverer which enclosed a stock transfer form transferring 500 shares in Basilisk from the representor to Rock Forge. This was the first indication which the representor had received that all the shares in Basilisk had apparently been transferred by the Global companies to the representor (although this later turned out not to be so). In a reply of 20th February, Mrs Bennett of the representor explained that Rock Forge was not a beneficiary and stated that the representor would therefore need to take steps to appoint Rock Forge as a beneficiary of the Trust. She also asked for confirmation as to whether Mr Mauleverer held the original share certificate for the shares in Basilisk.

14. In his reply dated 22nd February addressed to Mr Harris, Mr Mauleverer did not deal with these points but complained that Mr Harris was not dealing with matters personally and reiterated that all the information about the holding of shares had been dealt with in his earlier correspondence. This was not so. In fact it remained the position that the representor had been unable to ascertain, despite a number of requests, who actually were the shareholders of Basilisk and had not yet managed to obtain sight of the company books. On 27th February, Mr Mauleverer pressed for the return of the executed stock transfer form from the representor to Rock Forge. On 28th February the settlor was added as a beneficiary of the Trust by deed executed by the representor.

15. On 2nd March Mrs Bennett wrote to Mr Mauleverer emphasising that, in order to appoint to Rock Forge, the representor had to be satisfied that Rock Forge was in the beneficial ownership of Mr Palm and she asked for confirmation of this from Mr Mauleverer. Mr Mauleverer was not impressed with this point and wrote back to Mr Harris on 5th March asking Mr Harris whether he agreed with Mrs Bennett and, if so, whether he would supply a note explaining the reasons. Mr Harris replied on 6th March confirming that he shared Mrs Bennett's opinion. Instead of supplying the information requested, Mr Mauleverer addressed his next letter of 8th March to the chairman and to the chief executive of Rathbone Brothers Plc complaining about a further apparent breach of trust committed by the representor in Jersey. We should add that it was indeed necessary for the representor to establish the beneficial ownership of Rock Forge before appointing the trust fund to it and the representor's questions of Mr Mauleverer were not only reasonable, they were essential.

16. On 15th March Mrs Bennett again emphasised to Mr Mauleverer that the representor wished to resolve matters as soon as possible but that it had to be satisfied that an appointment to Rock Forge would be for the benefit of the settlor. They had asked for confirmation from Mr Mauleverer but emphasised that it had not been forthcoming. She also mentioned that Mr Mauleverer's refusal to countenance a meeting or even a telephone call was making it difficult to take

Giurisprudenza

things forward. In a response addressed to Mr Harris on 16th March, Mr Mauleverer repeated that he had been asked not to provide the representor with any information and continued to press for the appointment of the shares to Rock Forge. Various correspondence continued until on 2nd April Mr Mauleverer wrote to Mr Harris insisting on the transfer but concluding by saying "The shareholders have today executed stock transfer forms (the relevant ones discussed in my 2001 Jan 31 letter having been destroyed) to transfer all the issued shares of the company directly to the acquiring company. In accordance with the 2001 Feb 10 'request', I think you should arrange for this action to be approved and for copies of appropriate resolutions to be sent to me."

17. Throughout this period the representor had been trying to make direct contact with the settlor and eventually such contact was made by telephone on 5th April. He confirmed to Mr Harris on the telephone that Rock Forge was his personal holding company. Accordingly Mr Harris wrote to Mr Mauleverer on 11th April stating that, having obtained clarification of the position from the settlor, the representor, as trustee of the Trust, would now be willing to add Rock Forge as a beneficiary of the Trust and distribute the trust assets to Rock Forge. According to the representor, these actions were taken on 24th April. There is a written resolution of the representor resolving that Rock Forge should be added as a beneficiary; that the deed effecting this should be executed under seal; that 500 shares in Basilisk should, in accordance with Clause 4(b) of the Trust, be appointed to Rock Forge; and that the deed of appointment effecting this appointment should be executed under seal. It was further noted that there were therefore no further assets in the Trust and it was resolved that the Trust be terminated. We have seen the two deeds of 24th April, the first of which adds Rock Forge as a beneficiary and the second of which appoints 500 ordinary shares in Basilisk to Rock Forge absolutely. Because of the subsequent queries raised by Mr Mauleverer as to the effect of the second deed we would quote the relevant paragraph of that deed of appointment:-

"In exercise of the powers for this purpose conferred upon them by Clause 4(b)

of the settlement and of all other powers them enabling and in consideration of the covenants and indemnities hereinafter contained the trustee hereby appoints the Appointed Fund to the Beneficiary absolutely and the trustee hereby undertakes to transfer the said assets into the name of the Beneficiary and to perform all acts or deeds pursuant thereto with intent that the Beneficiary shall be absolutely entitled to the Appointed Fund."

The Appointed Fund is defined as the 500 ordinary shares in Basilisk and the Beneficiary is defined as Rock Forge.

18. It is clear that, in order to finalise matters following the appointment, the representor should have written to the Global companies directing them that they were now holding the shares in Basilisk for Rock Forge and to look for Rock Forge for their instructions. Unfortunately, this was not done for some time. On 30th April 2001 Mrs Bennett wrote to Mr Mauleverer simply to say that the necessary documentation had now been completed to effect the transfer of the Basilisk shares to Rock Forge and that this had been done on 24th April. That was of course rather ambiguous and uninformative. Nevertheless we consider that most nominees would, on receipt of such a letter, have made enquiries and asked for confirmation from the representor that the nominee was now to hold the shares for Rock Forge. However Mr Mauleverer did not take this course. There was subsequent correspondence about the fees charged by the representor and it would appear that Mr Mauleverer made a complaint to the JFSC about the representor. It is clear that Mr Mauleverer and the representor were engaged in finalising other company and trust matters as well as those in relation to the Trust and Basilisk.

(iv) Correspondence since the April 2001 appointment

19. It would appear that the JFSC asked the representor to provide information to Mr Mauleverer about the appointment because on 20th May 2003 Mrs Bennett wrote to Mr Mauleverer enclosing three certified copies of the deed of appointment of Rock Forge as a beneficiary of the Trust, the deed of appointment of the shares in Basilisk to Rock Forge, the written resolution of the representor

in connection with these appointments and a letter approving the use of stock transfer forms to transfer the shares in Basilisk from the registered shareholders to Rock Forge. We think it appropriate to set out the text of that letter which was addressed to the three Global companies, which were of course still the registered shareholders of Basilisk:-

"Dear Sirs

The Palm Trust/ Basilisk Limited
 Rathbone Fiduciaries Jersey Limited hereby ratifies and confirms due authority for the execution of stock transfer forms by Global Trading Company (Jersey) Limited, Global Sales and Service (Jersey) Limited and Global Trust Services (Jersey) Limited in April 2001 relating to the transfer of the issued share capital of Basilisk Limited to Rock Forge Limited."

It appears that the certified copy of the trustees resolution was dated 26th April rather than 24th April. According to the affidavit filed by Mr Bentley, the original resolution of 24th April had been mislaid at the time of production of the certified copy and a duplicate resolution was apparently signed and erroneously dated 26th April. This gave rise to further correspondence at a later date. During the hearing, Mr Gleeson conceded that 20th May 2003 was the first occasion upon which Mr Mauleverer had been sent copies of the documents showing what the representor had in fact done on 24th April 2001 and notifying the Global companies of the fact that they could now transfer the shares to Rock Forge. Mr Mauleverer acknowledged at the hearing that he had received these documents.

20. The next event referred to in the evidence is a meeting on 19th July 2004 between Mr Mauleverer and Mr Bentley, who had become the managing director of the representor. The meeting was essentially about other matters but the position of the Trust and Basilisk was touched upon. Mr Bentley's file note recorded that he would personally investigate the manner in which the Trust had been wound up and would write to Mr Mauleverer with evidence that the Trust had been validly brought to an end by appointing the assets to the client. Following this Mr Bentley sent through further copies of the deeds of appointment dated 24th April 2001 and the written resolution (again unfortunately dated 26th April) and a further up-dated letter

from the representor dated 15th July 2004 addressed to the Global companies in the same terms as the letter of 20th May 2003 above save that the reference to 'April 2001' becomes a reference to '2nd April 2001'. Both references were clearly to the apparent transfers by the Global companies to Rock Forge described in Mr Mauleverer's letter of 2nd April 2001 set out at para 16 above.

21. In an effort to bring matters to a conclusion the representor approached the settlor and on 23rd December 2004 Mrs Bennett sent him a draft of a letter to send to Mr Mauleverer notifying Mr Mauleverer whom he (the settlor) wished the Global companies (as registered shareholders) to appoint as directors of Basilisk. However the upshot of this was that the settlor wrote to Mr Bentley following a discussion with Mr Mauleverer in which he put the ball back in the representor's court, although it is quite hard to tell exactly what he was asking the representor to do when he referred to ensuring that the representor 'meet its regulatory requirements, especially remedying whatever false or misleading statements it made'. This expression was repeated in a letter dated 27th January 2005 from Mr Mauleverer to the chairman of the Jersey Financial Services Commission complaining of the representor's conduct. In a letter of 4th February 2005 Mr Bentley wrote to Mr Mauleverer again indicating what he considered was necessary in order to resolve the matter. He said the first step was for new directors and a new secretary of Basilisk to be appointed and he attached a draft resolution in order to regularise the position. The various enclosures Mr Bentley had sent were returned on 5th February by Mr Mauleverer with the simple comment that he had not asked for them and anyway they contained errors and relied on mistaken assumptions. He did not however elaborate on what these errors and mistaken assumptions were. He went on to say that any future prevarication by Mr Bentley would reinforce suspicion that the representor had been in deliberate breach of its duties of trust for four years and that Mr Bentley was personally directing a cover up. By now Mr Mauleverer had begun copying his letters to the Archbishop of Canterbury, the Bishop of Winchester, the Dean of Jersey, the Lieutenant Governor and a number of others. Further cor-

respondence followed which we do not need to rehearse but on 21st March 2005 the representor sent an e-mail to the company administration agents of Rock Forge outlining the actions required to bring finality to the matter. However, by now it was becoming clear that Mr Mauleverer was of the view that the deed of appointment of 24th April 2001 had not successfully appointed beneficial ownership of the shares in Basilisk to Rock Forge because, on 12th April 2005, he took the unusual step, on behalf of Rock Forge, of placing a notice in the Jersey Evening Post which read as follows:-

"Whereas Mrs Nicola Bennett (of Rathbone Trust Company Jersey Limited) stated in her e-mail dated 22nd March 2005:-

'The beneficial ownership of Basilisk was held by a Jersey Trust but was appointed to Rock Forge Limited (which was appointed a beneficiary) in April 2001'

and she referred to us (Rock Forge Limited) as 'beneficial owners' of Basilisk Limited.

TAKE NOTICE:-

1. that 'The beneficial ownership of Basilisk' was not transferred to Rock Forge Limited,

2. that MRS BENNETT'S DESCRIPTION (of Rock Forge Limited 'as beneficial owners' of Basilisk Limited) IS FALSE and that Rock Forge Limited has not (until Mrs Bennett's e-mail dated 22nd March 2005) been aware that it has been so described,

3. that Mrs Bennett appears to be confusing the term:-

3.1 'beneficial owner' (which stands possessed of assets) with the term:-

3.2 'beneficiary' which does not stand possessed of assets held by a trustee of a settlement and

4. that ROCK FORGE LIMITED hereby publicly declares:-

4.1 that it REJECTS Mrs Bennett's new suggestion that Rock Forge Limited has been 'beneficial owner' of Basilisk Limited for some four years and confirms:-

4.1.1 that it does not stand possessed of Basilisk's shares and

4.1.2 that it has not accepted the role of their 'beneficial owner' and

4.2 that it REQUIRES RATHBONE to honour its previously withheld undertaking (made as trustee and beneficial owner on 24 April 2001) 'to transfer the

said assets [the shares of Basilisk Limited] into the name of the Beneficiary [Rock Forge Limited] and to perform all acts or deed pursuant thereto' including 'acts' approving the action of the 'registered shareholders' on 2 April 2001 etc and ensuring that 'such entries be made in the register as are necessary to give effect to this transfer' as requested on 2 April 2001."

The notice went on to remind the JFSC of their duty to ensure that Rathbones met their regulatory requirements.

22. In the light of the notice, the representor consulted Bedell Cristin. Advocate Dart of that firm wrote to Mr Mauleverer on 1st June 2005. The letter set out clearly why the deed of appointment of 24th April 2001 was indeed effective to appoint beneficial ownership of the shares in Basilisk to Rock Forge. Given that Mr Mauleverer subsequently complained to the Bâtonnier and the Law Society about Advocate Dart, we consider it right to record that we regard all of Advocate Dart's letters to Mr Mauleverer as models of clarity and restraint. Advocate Dart went on in the first letter to explain in simple terms what was required in order to regularise the position. We will quote two paragraphs as follows:-

"In paragraph 4.2 of the notice published in the Jersey Evening Post on 12th February 2005, Rock Forge Limited requires Rathbone to transfer the shares of Basilisk Limited into the name of Rock Forge Limited and to perform all acts or deeds pursuant thereto. Rathbones have already done everything that it is within their present power to do in this connection. If Rock Forge Limited wishes to become the registered shareholder of the issued shares of Basilisk Limited (which it is entitled to do as the beneficial owner of those shares), this requires Rock Forge Limited to give instructions to the three registered shareholders. As nominees, they should then execute stock transfer forms of their respective shareholdings in Basilisk Limited in favour of Rock Forge Limited. I am sure that you are aware that it is now possible for a Jersey company to have a single shareholder. The difficulty which then arises is that the stock transfers cannot be approved, and entries cannot be made in the register of members of Basilisk Limited to reflect the transfers, without appropriate resolutions of the directors of Basilisk Limited. Once again,

Giurisprudenza

therefore, we come back to the need for there to be individuals willing to accept office as directors of Basilisk Limited if this matter is to be concluded.

Please can you advise whether or not you are aware that there are any persons presently holding office as directors of Basilisk Limited. If you are not, then a shareholders resolution in the form supplied to you by Nigel Bentley under cover of his letter of 4th February 2005 would still appear to be appropriate and the three shareholder companies must look to Rock Forge Limited as beneficial owner of the shares of Basilisk Limited, for instructions as to the individuals to appoint as directors. A further copy of the resolution which needs to be adopted is enclosed. Once directors have been appointed for Basilisk Limited, or if there are directors already in office, the three registered shareholder companies of Basilisk Limited need to execute stock transfer forms in favour of Rock Forge Limited and those forms need to be approved, and authority given for appropriate entries to be made in the register of members of Basilisk Limited, by a meeting of the directors of Basilisk Limited. None of this is within the control of Rathbones, but I am sure that if you so request, they will be happy to provide draft resolutions and minutes, as well as suitable stock transfer forms, for execution."

The letter ended by saying that, if the matter could not be resolved, the representor might be left with no choice but to seek the directions of the Court.

23. At no stage in the subsequent correspondence did Mr Mauleverer address a reply to Advocate Dart but he wrote regularly to the chairman of Rathbone Brothers Plc about Advocate Dart's letters and copied Advocate Dart into that correspondence. On 3rd June he wrote to the chairman stating that the deed of appointment had appointed only the shares themselves and not the beneficial ownership of the shares. He went on to say that Global must therefore continue to look to the representor as owner until the shares themselves were transferred to Rock Forge.

24. Faced with this assertion on the part of Mr Mauleverer and in a desperate attempt to resolve matters to Mr Mauleverer's satisfaction, Advocate Dart advised the representor, out of an abundance of caution, to execute a further deed of

appointment specifically appointing the beneficial ownership of the shares in favour of Rock Forge. This was effected on 15th June 2005 ("the 2005 Appointment") and the deed recites that the trustee intended and believed that it had appointed in favour of Rock Forge by the original deed of appointment dated 24th April 2001 all ownership rights and entitlement in the shares in Basilisk, including the beneficial ownership thereof, but, if and to the extent that the beneficial ownership had not already been effectively appointed, it expressly appoints that beneficial ownership to Rock Forge. On the same date the representor wrote to the three Global companies confirming that the beneficial interest in the shares in Basilisk owned by the nominees had been appointed to Rock Forge and that accordingly they should henceforward look to Rock Forge for instructions with regard to actions relating to those shares. A copy of the 2005 Appointment was sent to them.

25. Unfortunately this did not have the desired effect because, by letter dated 30th June 2005 to the chairman of Rathbone Brothers Plc, Mr Mauleverer asked Mr Bentley to confirm that the representor had not ceased to be a trustee of the Trust before 15th June 2005. On various occasions thereafter Mr Mauleverer continued to write to the effect that, until the name Rock Forge was entered on Basilisk's register of members, the Global companies had no option but to continue to look to the representor as owner.

26. Correspondence continued to take place but all to no avail and eventually the representor issued its current representation on 30th August 2006 seeking, *inter alia*, a declaration that the April 2001 Appointment was effective to appoint the entire issued share capital of Basilisk to Rock Forge absolutely.

Conclusions

27. In our judgment the position in this case is elementary and clear beyond doubt. At the request of the settlor, the representor, as trustee of the Trust, exercised its power of appointment under Clause 4(b) of the Trust to appoint the entire issued share capital of Basilisk to Rock Forge absolutely on 24th April 2001. The terminology used in the deed of appointment is effective to appoint full beneficial ownership of the shares in

Basilisk to Rock Forge. The representor could not transfer legal ownership of the shares to Rock Forge because it did not hold legal ownership itself. That ownership rested with the three Global companies who were the registered shareholders of all the shares in Basilisk. They held the shares as bare nominee for the representor as trustee of the Trust. The deed was however effective to appoint the beneficial interest in those shares absolutely to Rock Forge and, following that appointment, the Global companies held the shares as bare nominee for Rock Forge. We can understand why the representor on advice, felt that it might help to remove any doubt in Mr Mauleverer's mind by executing the 2005 Appointment but that Appointment was not necessary and was of no effect, because the representor had already validly appointed the beneficial ownership of the shares in Basilisk to Rock Forge by virtue of the 2001 Appointment.

28. At various points in the correspondence, Mr Mauleverer has queried the fact that certain copies of the written resolution of the representor to effect the deed of appointment were dated 24th April whereas others were dated 26th April. This was undoubtedly inefficient on the part of the representor but the Court accepts the explanation proffered as to mislaying the original. What the Court is completely satisfied of is that on 24th April 2001 the representor decided to and did exercise its power of appointment under Clause 4(b) so as to appoint the shares in Basilisk absolutely to Rock Forge.

29. Where we have some sympathy with Mr Mauleverer is that the representor initially failed to communicate its decision properly to the Global companies. It should have notified them of the appointment and directed them that they were now holding the shares as nominee for Rock Forge. The only initial communication in this respect was the letter from Mrs Bennett dated 30th April 2001 and that did not explain the position properly. We accept that it was not until 20th May 2003 that Mr Mauleverer was supplied with copies of the deed of appointment and a letter from the representor addressed to the Global companies.

30. We further accept that, even in that letter, the wording was perhaps not ideal. Instead of stating simply that the Global companies were now holding to

the order of Rock Forge or should look to Rock Forge for their instructions, both the 20th May 2003 and 15th July 2004 letters referred to the representor ratifying and confirming authority for the execution of share transfer forms by the Global companies to Rock Forge on 2nd April 2001. However, when read with the deed of appointment and the various correspondence, it should have been obvious to Mr Mauleverer that the beneficial ownership of the shares in Basilisk had been appointed absolutely to Rock Forge and accordingly the representor intended that the Global companies should henceforth hold those shares to the order of Rock Forge and were authorised to transfer them into the name of Rock Forge. Even if Mr Mauleverer felt that the wording of the 20th May 2003 and 15th July 2004 letters was not ideal, any reasonable company administrator would simply have asked for specific clarification that the Global companies were now indeed to hold to the order of Rock Forge. In our judgment, once he received the documents sent to him on 20th May 2003 Mr Mauleverer should have accepted that the Global companies were holding the shares in Basilisk as bare nominee for Rock Forge and should have acted accordingly.

31. Any scintilla of doubt concerning the nature of the communications by the representor to the Global companies on this point was in any event removed by the letter of 15th June 2005 which specifically stated that the Global companies should look to Rock Forge for instructions in relation to the Basilisk shares.

32. So why did Mr Mauleverer not accept the position even once it was clearly explained to him by the representor and by Advocate Dart? We have had the benefit of hearing Mr Mauleverer's submissions during the hearing and we have concluded that a substantial contributory factor to the situation was a concern on his part that, if the Global companies agreed to hold the shares in Basilisk for a new beneficial owner (i.e. Rock Forge instead of the representor as trustee of the Trust) and if they then appointed new directors, they would be considered to be carrying on trust company business (as defined in the 1998 Law) at a time when they were not registered and would therefore be committing an offence. Indeed, when pressed by the Court as to exactly what it was that he

was asking the Court to do, Mr Mauleverer explained that, amongst other things, he wished to Court to procure that the JFSC would grant him an indemnity from prosecution in respect of all the necessary steps to regularise the situation.

33. On this aspect, the Court found it inconceivable that, given that Mr Mauleverer's actions would be aimed at getting rid of the administration of Basilisk, the JFSC would ever consider prosecuting him for taking such steps. As it happened, because of the complaints directed to the JFSC in respect of the representor by Mr Mauleverer, Mr Darren Boschat of the JFSC was in Court for the hearing. The Court took the opportunity of outlining to him the sort of steps which would be necessary to resolve the position and enquired of him what the JFSC's approach to such actions by Mr Mauleverer and the Global companies would be. Mr Boschat confirmed, as one would have expected, that the JFSC was anxious to see this matter brought to a sensible conclusion and that there was no prospect of the JFSC recommending a prosecution against Mr Mauleverer or the Global companies simply by reason of their taking the necessary steps to resolve the position and to procure that the administration of Basilisk was transferred to another service provider. We appreciate that Mr Boschat cannot bind the Director General, who in turn cannot bind the Attorney General, but we are quite happy to place on record our shared incredulity with Mr Boschat that anyone would think it appropriate to take action against Mr Mauleverer or the Global companies for taking the steps to which we shall refer at the end of this judgment, even if such actions would technically amount to carrying on trust business (as to which we express no view, having heard no argument on the point).

34. We have already stated our conclusion that the 2001 Appointment was effective to appoint the beneficial interest in the shares in Basilisk to Rock Forge but, in deference to Mr Mauleverer's submissions, we propose to deal briefly with the arguments which he raised as we understood them.

35. Firstly, he submitted that the representor should acknowledge that it was still trustee of the Trust and should give authority to the Global companies to execute share transfers transferring the shares in Basilisk to Rock Forge. For the reasons

which we have already given, this submission is erroneous. The representor appointed the beneficial interest in the shares to Rock Forge by the 2001 Appointment and, there being no further assets in the Trust, the Trust came to an end at that time. The only procedural matter which needed to be done in order finally to give effect to the 2001 Appointment was for the Global companies, as registered shareholders of the Basilisk shares, to be notified of the appointment to Rock Forge. Although not given in ideal terms, we are satisfied that, to any reasonable nominee, the notices dated 20th May 2003 and 15th July 2004, accompanied by copies of the deed of appointment dated 24th April 2001, were sufficient notification. Even if that were not so, the letter dated 15th June 2005 was on any view sufficient.

36. Secondly, Mr Mauleverer submitted that the Court should declare that the Hastings-Bass principle was part of the law of Jersey and that application of the principle to the facts of this case should lead to the invalidity of the 2001 Appointment. He submitted that the principle required that the representor should have had regard to the wishes and guidance of both the settlor and Mr Mauleverer in relation to the Trust and this it had failed to do in respect of the 2001 Appointment.

37. We agree that the Hastings-Bass principle is part of the law of Jersey (see *Re Green GLG Trust* 2002 JLR 571). However we do not agree that there is any evidence that the representor failed to have regard to the wishes of the settlor and Mr Mauleverer when executing the 2001 Appointment. On the contrary, the settlor had expressed a wish that the representor should appoint the shares in Basilisk to Rock Forge and Mr Mauleverer had supported him strongly in this and had indeed been critical of the representor for its delay in making the necessary appointment whilst it ascertained the beneficial ownership of Rock Forge. It would appear that Mr Mauleverer was submitting that he and the settlor envisaged that the shares themselves would be transferred into the name of Rock Forge, not simply the beneficial ownership; it was in this respect that the representor had failed to take account of their wishes. However, this is to ignore the fact that the representor was simply not in a position to transfer

Giurisprudenza

the legal ownership of the shares because they were still registered in the names of the Global companies. In retrospect, what should have happened was that, immediately before Mr Mauleverer and his two co-directors resigned from Basilisk on 31st January 2001, they should have held a board meeting at which duly executed share transfers by the Global companies in favour of the representor were tabled and approved by the directors, with the appropriate entry in the share register being made. This would have resulted in the representor being the sole registered shareholder. The representor could then have passed the necessary shareholder resolution to appoint new directors and the legal ownership of the shares could then have been transferred by the representor to Rock Forge pursuant to the deed of appointment following approval from the new directors. However, this did not happen because registered ownership of the shares remained with the Global companies. Given that he knew that this was the case and that he continued to hold the company books and share register of Basilisk, it is hard to see why Mr Mauleverer thought that the representor would be able to transfer legal ownership of the shares to Rock Forge.

38. Thirdly, Mr Mauleverer submitted that the Court should declare that the Duomatic principle should be applied so as to obviate the need to appoint new directors of Basilisk. The Duomatic principle derives from the case of *Re Duomatic Limited* [1969] 2 Ch 365 where it was held that, where it could be shown that all the shareholders with the right to attend and vote at a general meeting had assented to some matter which a general meeting of the company could carry into effect, the assent was as binding as a resolution in general meeting.

39. In *Deakin v Faulding* (Unreported 31st July 2001) Hart J held that, on the particular facts of that case, the Duomatic principle could be extended to cover the unanimous decision of the beneficial owners as opposed to the registered shareholders. Mr Mauleverer submitted that that principle should be applied in the present case.

40. However, it is far from clear that the decision in *Deakin* is a legitimate development of the Duomatic principle. In the Australian case of *Jalmoon Pty Limited v Bow* (1997) 15 ACLC 230, the

Queensland Court of Appeal confined the principle to registered shareholders, as did Lindsay J in *Domoney v Godinho* [2004] 2 BCLC 15. Suffice it to say that it is clearly for consideration on a future occasion as to whether the Duomatic principle is capable of being applied to beneficial owners as well as registered shareholders, but the matter was not fully argued on this occasion.

41. However, we do not need to resolve the matter for two reasons. First, it would not avail Mr Mauleverer because we have held that the beneficial owner of the shares in Basilisk is and has been since 24th April 2001, Rock Forge. There is therefore no action that the representor could take pursuant to the Duomatic principle. Secondly, the principle only applies to matters which a general meeting of shareholders could carry into effect. Under the articles of association of Basilisk, the directors have an absolute discretion as to whether to approve any share transfer and accordingly the transfer of shares from the Global companies to Rock Forge is not a matter which could be dealt with by a shareholders meeting.

42. Mr Mauleverer raised a number of other submissions (e.g. the difference in dates between 24th and 26th April 2001 on the trustee resolution and the alleged lack of instructions to the Global shareholders to hold the shares for Rock Forge), but we do not think that we can usefully add in this respect to what has been said earlier in the judgment.

43. In summary, we declare that the appointment of 24th April 2001 was a good and valid appointment in accordance with its terms and that accordingly the Global companies have since that date been holding the shares in Basilisk registered in their respective names as bare nominees for Rock Forge from whom they should take their instructions in connection with such shares.

The way forward

44. It is in everyone's interest that this matter be brought to a final conclusion as speedily and cheaply as possible. In an effort to assist we propose to set out the steps which would need to be taken, although these are essentially those originally suggested by both the representor and Advocate Dart. We would emphasise that the list is not meant to be prescriptive or definitive; ultimately those admin-

istering Basilisk must take their own advice as necessary. However, it would seem to us that the following are the appropriate steps:-

(i) The Global companies should execute declarations of trust in favour of Rock Forge in respect of the shares in Basilisk.

(ii) The Global companies should obtain instructions from Rock Forge (whose sole director is apparently the settlor who can therefore give instructions on behalf of Rock Forge) as to:-

(iii) who should be appointed as director(s) of Basilisk;

(iv) to whom the shares in Basilisk should be transferred i.e. Rock Forge itself or some other new (duly licensed) trust company in Jersey; and

(v) subject to paragraph 45, the choice of a new secretary and registered office.

(vi) The present articles of association of Basilisk require two directors but Article 94 allows the number to be reduced by the shareholders in general meeting. It follows that, if Rock Forge wishes the settlor to be the sole director of Basilisk, this can be achieved by the necessary resolution of the Global companies as shareholders.

(vii) The Global companies should pass the necessary shareholder resolution to appoint the person(s) nominated by Rock Forge as director(s).

(viii) The Global companies should execute share transfers in favour of Rock Forge or the transferee(s) nominated by Rock Forge.

(ix) The new director(s) of Basilisk should hold a meeting to approve the transfer of shares from the Global companies to the new transferee(s). Subject to paragraph 45 below, they could at the same meeting appoint a new secretary and registered office.

(x) The various share transfers and appointments made by the directors should be written up in the share register and company books and records which, if there is to be a new registered office, should then be passed to the new service provider. At that stage the Global companies would be out of the picture entirely.

45. There is perhaps one variation to this which could be considered. The settlor described to us how he has been unable to use the yacht for some time because of ill health and that it may well

be that the right course is for the yacht to be sold. In that event there may well be no continuing need for Basilisk. Indeed, even if the yacht is retained, the settlor may well consider it appropriate for it to be transferred to the ownership of Rock Forge, as there seems little need for two companies simply for the purpose of holding a yacht. This will of course be a matter for the settlor to decide. However, if he decides to wind up Basilisk, we raise the possibility that it might be most convenient for this to be arranged by Mr Mauleverer and the Global companies. It would seem that comparatively little would be involved. Either the yacht could be sold by Basilisk (acting through its new director(s)) and the proceeds distributed to Rock Forge as shareholder on a winding up, or alternatively Basilisk could be wound up before sale with the yacht being distributed in *specie* to Rock Forge as shareholder. It seems only fair that, in the light of what has occurred, the cost should be kept to a minimum and this might best be achieved by Mr Mauleverer and the Global companies taking these few extra steps rather than introducing a new service provider. We appreciate that, when we discussed the matter with Mr Boschat during the course of the hearing, we were considering merely the appointment of directors, the transfer of shares to Rock Forge and the subsequent actions necessary to transfer the administration of Basilisk to a new service provider as set out in para 44, but the additional work involved in winding up Basilisk seems extremely modest. We therefore invite Mr Mauleverer to consult with the JFSC with a view to seeing whether they would have any objection to his procuring the winding up as we have described rather than a new service provider having to undertake this. This will however require Mr Mauleverer to meet with the JFSC and generally talk to them rather more constructively than appears to have been the case hitherto. It is entirely a matter for the JFSC as to the attitude which they adopt towards these extra matters.

46. In its representation the representor seeks an order that the Global companies execute new declarations of trust in favour of Rock Forge in respect of the shares in Basilisk, alternatively that the Viscount be authorised to do so on their behalf. We do not consider that this is

appropriate. We are granting a declaration that the Global companies have been holding the shares in Basilisk as bare nominees for Rock Forge since 24th April 2001 and that is sufficient. It is now for the Global companies and Rock Forge (as it has been since 24th April 2001) to decide how to take matters forward. Paras 44 and 45 above constitute advice and guidance, not directions.

Postscript

47. In his skeleton argument Mr Gleeson has given advance notice that, should the representor be successful, he will be asking for an order for indemnity costs against Mr Mauleverer and/or the Global companies and/or the settlor and/or Rock Forge. The representor has been successful and no doubt that application will be pursued. Although the decision on costs will be for the Deputy Bailiff alone, that decision must be made against the factual background found by the Court and we consider it may be helpful to the parties if we set out the Court's findings in this respect.

48. In an internal memo dated 16th July 2002 Mrs Bennett wrote to Mr Harris as follows:-

"Our objective is to take matters forward in a positive and non-confrontational way. We are however severely constrained by Rex Mauleverer's policy of:-

- (i) Not answering telephone calls;
- (2) Declining to discuss matters on the telephone;
- (3) The opaque and unclear nature of his written responses."

49. Paragraphs 135 and 136 of Mr Bentley's affidavit say as follows:-

"135 The legal issues raised in this application for directions are remarkably simple. The representor contends that on 24 April 2001, it took all the steps necessary to implement the settlor's wishes as expressed in his letter to the representor dated 10 February 2001 to appoint the shares to Rock Forge. The representor seeks the assistance of the Court in ratifying the 2001 Appointment and directing all requisite steps to achieve the vesting of ownership of shares in Rock Forge, consistently with the settlor's wishes.

136 Several straightforward practical steps could and should have flowed from the 2001 Appointment. Mr Mauleverer could have caused the Global companies to execute new nominee declarations of

trust in favour of Rock Forge and thereafter the Global companies acting through Mr Mauleverer could have accepted the instructions of Rock Forge in all matters regarding the Basilisk shares. Those instructions might have included the appointment of new directors for Basilisk and, if required by Rock Forge, the transfer of the shares into the name of Rock Forge or other nominees on its behalf. None of these perfectly simple steps have been carried out. Instead, Mr Mauleverer has engaged the representor in several years of fruitless and astonishingly frustrating correspondence. The correspondence has been littered with wide-ranging, wholly unfounded allegations against not just the representor, but also its advocate and even officers of the JFSC. The necessity for this application, to assist in the implementation of a routine administrative matter, has come about purely as a result of the irrational and intransigent stance taken by Mr Mauleverer."

50. The Court appreciates that this matter may have become mixed up in Mr Mauleverer's mind with disputes between him and the representor concerning other trusts and companies and nothing we say is to be taken as referring to such matters, as we have heard only passing reference to them. However, Mr Bentley is correct in stating that the issues in this case are simple and should have been speedily resolved. Having seen all the exhibited correspondence in this case and having heard the parties' oral submissions this Court has come to the clear conclusion that the last sentence of para 136 of Mr Bentley's affidavit is an accurate statement and that Mrs Bennett's memo is an accurate description of Mr Mauleverer's approach to this whole matter, which has undoubtedly made it extremely difficult to resolve the position. Mr Mauleverer and the Global companies should have accepted the position following receipt of the documents sent on 20th May 2003. Responsibility for the fact that matters have dragged on since then without being resolved lies entirely with Mr Mauleverer.

51. We would add that, having read the settlor's submissions and having had the opportunity of hearing him address the Court briefly, we consider that he relied on Mr Mauleverer's advice and that accordingly the fault for this debacle does not lie at his door.

© JLIB 2001-2007

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Le “confidenze” napoletane

Italia - Corte di Cassazione di Roma

Testamento - istituzione di erede - ente ecclesiastico - opere di beneficenza e carità - confidenza - amministrazione particolare dei beni - non confusione con i beni propri dell'ente - manomorta ecclesiastica - conversione dei beni - esclusione

Corte di Cassazione di Roma, Sez. Civile, Condi Cav. G.C. Nicola, Pres., Caselli Comm. Enrico, Masi Comm. Giorgio, Brunenghi Comm. Agostino, Mosca Cav. Uff. Francesco, Niutta Cav. Mario, 5 maggio 1897 [Amministrazione del Demanio dello Stato (Intendenza di Finanza di Napoli) c. Capitolo Metropolitano di Napoli]

L'istituzione di un ente ecclesiastico quale erede per mezzo di testamento nel quale la testatrice dispone che l'ente impieghi e amministri i beni ricevuti non per uso proprio ma per il compimento di opere di beneficenza e di carità, costituisce un'istituzione nota nel Mezzogiorno con il nome di “confidenza” e, pertanto, l'ente non può essere considerato il reale proprietario dei beni, che non sono quindi soggetti alla conversione di cui alla legge del 7 luglio 1866 contro la manomorta ecclesiastica, bensì deve essere considerato quale mero ministro delle ultime volontà della testatrice stessa.

Sommario

Con la decisione del 5 maggio 1897 la Corte di Cassazione di Roma si pronuncia sulla legittimità della decisione della Corte d'Appello di Napoli del 21 febbraio 1896.

Oggetto della controversia sono i beni immobili che la sig.ra Concetta Fera aveva lasciato con testamento del 1° luglio 1883 al Capitolo Metropolitano di Napoli per lo svolgimento di opere di carità e beneficenza dalla testatrice stessa indicate nell'atto di ultima volontà.

Le precise parole della testatrice erano: “A scopo di poter adempiere con illimitati poteri le opere di carità e di beneficenza che intendo affidare alla Sua coscienza, dovendosi perciò dei miei beni costituire un'amministrazione particolare

per l'adempimento dei pesi e dei legati che saranno indicati qui appresso, senza potersi mai confondere col patrimonio del medesimo Capitolo”. Dopo aver posto alcuni legati riguardanti la sola rendita del suo patrimonio, ad eccezione di quello della mobilia, aggiungeva: “voglio che, adempiti primamente i suddetti legati e pagate le tasse e pesi inerenti, nonché il diritto di esazione al medesimo Capitolo in L. 4% annuo sulla rendita dei miei beni e prelevate L. 150 annue per un funerale annuale nel dì anniversario della mia morte da adempirsi dai Canonici della Cattedrale di Napoli, il rimanente della rendita sia adibita in opere di carità e beneficenza, segnatamente per collocare fanciulli e fanciulle povere in luogo di educazione e di sicuro ricovero, ovvero in maritaggi, se si crederà più opportuno”.

Ricorrente è il Demanio dello Stato che ritiene applicabile in questo caso la legge 7 luglio 1866, legge che, allo scopo di sopprimere la “manomorta ecclesiastica”, vietava agli enti religiosi anche solo il possesso di beni immobili. Il Demanio chiede pertanto la conversione dei beni immobili lasciati al Capitolo dalla testatrice, quale conseguenza dell'applicazione della legge suddetta.

Si oppone il Capitolo, che sottolinea come i beni ereditari della disponente formino “oggetto di speciale confidenza” da non confondersi nel patrimonio dell'ente stesso e che sono stati ad esso conferiti al solo scopo di realizzare le opere di carità e beneficenza indicate dalla disponente, con mero diritto di esazione.

La Corte d'appello di Napoli si era pronunciata in senso favorevole al Capitolo poiché aveva ritenuto che, sebbene la testatrice avesse istituito “erede” il Capitolo, questo non potesse definirsi erede allo stato del diritto poiché, guardando alla “volontà genuina” della stessa, i beni

non erano a quello devoluti, ma, anzi, doveva amministrarli distintamente dal proprio patrimonio originario e per la realizzazione dello scopo prefissato dalla disponente. O si creava una nuova figura giuridica di erede *cum onere*, istituto autonomo che solo il potere sovrano può creare, oppure si affermava che la testatrice usò impropriamente il termine erede, volendo in realtà fare del Capitolo un ministro della sua volontà, ponendo in essere una confidenza.

La confidenza è un istituto tipico delle province del mezzogiorno, non vietato da alcuna legge dello Stato e consistente nell'assegnare a un ente già esistente, o persona giuridica, un patrimonio da tenere distinto dal proprio, per l'adempimento dello scopo e del fine voluto dal disponente. “La confidenza è per se stessa una costruzione giuridica compiuta, un soggetto di diritto indipendente, che esplica la sua azione per mezzo di un altro soggetto di diritto, senza che possa aversi confusione delle due individualità, e poter ritenere che il rappresentante ed amministratore dello istituto stesso possa in sé incorporarla ed assorbirla”.

Il Demanio censura la decisione di merito per i seguenti motivi:

– perché a suo avviso, questa farebbe discendere la qualità di erede dall'utilità economica ritraibile dall'eredità stessa, caratteristica mancante nel caso di specie e pertanto condizione sufficiente per negare la qualità di erede del Capitolo (con conseguente inapplicabilità della legge sulla manomorta ecclesiastica).

– Perché per ritenere il Capitolo un semplice amministratore del patrimonio della defunta e non un erede *cum onere* sarebbe occorsa la creazione di una nuova figura giuridica.

– Per supposta contraddizione della decisione stessa, nella parte in cui afferma

che il Capitolo non è erede, ma al tempo stesso ritiene che la nuova fondazione sia dallo stesso rappresentata.

La Corte di Cassazione di Roma dichiara prive di fondamento tutte le doglianze, confermando la sentenza di merito. Il Capitolo non è erede, è autorizzato ad accettare il novello patrimonio con la finalità distinta dalla sua preesistente, dunque la Corte d'Appello di Napoli ben aveva interpretato il testamento ravvisando la creazione di una confidenza.

(G. D. C.)

Testo della Sentenza

In Nome di Sua Maestà
 Umberto I
 per grazia di Dio e Volontà della Nazione
 Re d'Italia
 La Corte di Cassazione di Roma
 Sezione Civile

(omissis)

ha pronunciato la seguente
 Sentenza
 nella causa tra

L'Amministrazione del Demanio dello Stato (intendenza di Finanza di Napoli) domiciliata elettivamente in ... ma presso l'ufficio dell'avvocatura generale erariale dalla quale è rappresentata e difesa; ricorrente

e

Il Capitolo Metropolitan di Napoli in persona del canonico Provitera D. Giuseppe, nella qualità di Cellerario di detto Capitolo, ivi residente, e domiciliato elettivamente in Roma presso lo studio dell'avvocato De Dominicis Ulisse dal quale è rappresentato e difeso per mandato speciale, in unione agli avvocati Fusco Salvatore e Ferrari Giulio; controricorrente.

Visto il ricorso proposto per l'annullamento della sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Napoli il 21 febbraio - 9 marzo 1896, ivi registrata il 16 detto mese di marzo al n. 5382 con £. 18.

Visto il controricorso prodotto nell'interesse dell'anzidetto Capitolo.

Udita la relazione della causa fatta dal Consigliere Comm. Caselli, alla pubblica udienza del 26 marzo 1897.

Uditi i difensori intervenuti cioè il sostituto avvocato erariale Nespoli e gli avvocati Fusco e Ferrari.

Udito il Pubblico Ministero in persona del Cav. Uff. Barracano sostituto procuratore generale il quale ha concluso per rigetto tanto della eccezione d'inammissibilità, che del ricorso.

Osserva che il Demanio dello Stato ritenendo in virtù della legge 7 luglio 1866 soggetti a conversione i beni immobili compresi nella successione di Concetta Fera alla quale col testamento del 1° luglio 1883 era stato chiamato il Capitolo Metropolitan di Napoli, se ne immise in possesso nel 1891.

Sostenne il Capitolo che la citata legge fosse inapplicabile, costituendo i beni ereditari della Fera una speciale confidenza da non confondersi col Capitolo stesso; e quindi trasse in giudizio il Demanio perché fossero dichiarati tali beni esenti da conversione.

Il Tribunale accolse la dimanda e la Corte d'Appello di Napoli rigettò il gravame del Demanio con sentenza del 21 febbraio 1896.

Considerò la Corte che la indagine precipua era di ricercare, attraverso le parole e le disposizioni del testamento, la volontà vera della testatrice. E questa appariva evidente da tutto il tenore del testamento medesimo, e che fine unica delle disposizioni si furono le opere di carità e beneficenza. Nella parola di erede ravvisava il Demanio che la successione della Fera fosse toccata al Capitolo. Ma disse la Corte che un erede al quale i beni della successione non furono devoluti, e dei quali dovrà formare una distinta amministrazione, diretta al conseguimento dei fini voluti dalla testatrice, non era giuridicamente in nessun codice raffigurata. La parola di erede valeva il pensiero della testatrice, che fu quello di nominare il Capitolo un semplice amministratore de' suoi beni, un ministro della sua volontà concretata nella esplicazione di opere di carità e di beneficenza. E queste opere non era mestieri che fossero create in un istituto autonomo; imperocché la forma della realizzazione della carità affidata come qualche cosa da per sé stante e distinta dal patrimonio altrui all'amministrazione di un ente riconoscente, non simulava niente di meno che perfettamente legale. Si distingueva dall'istituto civile della fiducia, e si aveva la confidenza; da che seguiva di non poter considerare il Capito-

lo come un erede *cum onere*. E considerò anche che non potea attendersi alla deduzione subordinata del Demanio di doversi in qualsiasi ipotesi applicare la legge di conversione, mirando la legge del 1866 a sopprimere nell'interesse generale la manomorta ecclesiastica, per cui era vietato agli enti conservati anche il possesso di beni immobili; posto mente che con siffatta deduzione si veniva sempre a sostenere che i beni fossero del Capitolo, lo che si era dimostrato non potersi ritenere.

Di tale sentenza si chiede per due mezzi l'annullamento.

(omissis)

Dal Capitolo si eccepisce la inammissibilità del ricorso, perché dagli atti e dalla denunziata sentenza risulta che era stato in giudizio come amministratore della confidente Fera, ed il ricorso era stato notificato al Capitolo nel proprio nome, senza tener conto della speciale qualità che avea assunta nel giudizio.

Osserva che non ha fondamento la dedotta eccezione, posto mente che il ricorso non fu notificato in una qualità diversa da quella che fu riconosciuta in giudizio al Capitolo rispetto ai beni lasciati dalla Fera. Imperocché si contendeva tra il Demanio e il Capitolo della qualità del secondo di fronte all'asse ereditario della Fera, adducendo il Demanio, che il Capitolo era il proprietario, quale erede universale, dei beni lasciati dalla Fera, e sostenendo il Capitolo che era un semplice amministratore di detti beni.

Il ricorso intanto era notificato al Capitolo in persona di chi ne avea ottenuta la rappresentanza, e qualunque potesse essere la qualità che s'intese ritenere, era sempre ben notificato il ricorso. Né diversamente si dovea notificare, tanto più che il Demanio non potea, senza contraddizioni, riconoscere nel Capitolo con la notificazione del ricorso quella qualità che gli contendeva.

Osserva che col primo mezzo si censura la sentenza impugnata per avere ritenuto che la qualità ereditaria dipendesse dalla utilità economica che la persona designata quale erede del testatore potesse ritrarre dalla eredità; e per aver ritenuto

Nota:

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

Giurisprudenza

inoltre che sebbene il Capitolo si dovesse considerare come un semplice ministro della volontà, costituendo la fondazione della Fera un ente del tutto distinto dal patrimonio del Capitolo, ed avente uno scopo diverso, pure non fosse stato mestieri della creazione di un istituto autonomo al quale avrebbe dovuto dare vita propria e giuridica il potere sovrano. E si censura infine per contraddizione posto mente che mentre riteneva che l'ente Capitolo non fosse l'erede, ritenga nello stesso tempo che la novella fondazione fosse dallo stesso Capitolo rappresentata.

Osserva innanzi tutto che col proposto ricorso s'insorge contro la interpretazione data dalla Corte di merito alla disposizione della Fera. Di fatto portando la Corte stessa il suo esame sul cennato testamento ed interpretando la volontà della Fera attraverso le parole e le fatte disposizioni, venne nella conclusione che la finalità della fondazione fosse diretta a scopo esclusivo di beneficenza, e che il Capitolo fatto il nome di erede non fosse che un semplice ministro della volontà. E questo concetto lo desumeva la Corte, considerando che i beni lasciati non fossero devoluti al Capitolo, dovendosi invece formare un'amministrazione a parte non confondibile mai con il patrimonio proprio del detto Capitolo, e diretto al compimento dei fini e delle opere di carità nel testamento espresse, e toccando al Capitolo un semplice diritto di esazione. In questo esame adunque della cennata disposizione si contiene, come si è detto, la interpretazione della stessa, la quale non è censurabile in questa sede quando non si dimostra che si siano violate le regole che regolano le interpretazioni degli atti e delle disposizioni.

Osserva che non si possono dir violate per avere la Corte ritenuto che la qualità ereditaria dipende dalla utilità economica che l'erede designato possa ritrarre dalla eredità. Imperocché non solo per questa considerazione, ma per le altre notate innanzi, e principalmente per questa, la Corte affermò che il Capitolo non quale erede, ma come un ministro della volontà si fosse dovuto considerare.

Né ha valore la seconda obiezione della ricorrente amministrazione che per ritenere il Capitolo un semplice amministratore del patrimonio della Fera e non un erede istituito con modalità che non ne avessero alterata la istituzione, sarebbe occorsa la creazione di un istituto autonomo a cui avesse dato vita propria e giuri-

dica il potere sovrano. Imperocché per le fondazioni che si basano su di un ente già esistente non occorre la erezione ad ente morale, ma basta che l'ente al quale la nuova donazione si aggiunge sia autorizzato ad accettare il novello patrimonio con la finalità distinta da quella che si avea l'ente preesistente.

Ed elegantemente si è ricordato che se nelle corporazioni il patrimonio e lo scopo nascono insieme, nelle fondazioni l'associazione è già fatta quando sopra lei, come un tronco nativo, s'innestano gli scopi e le dotazioni che originano le fondazioni.

Giova pur notare che la disposizione della Fera conteneva una di quelle istituzioni che specialmente nelle province del mezzogiorno sono state in grande uso sotto il nome di confidenze, né sono al presente interdette con novelle sanzioni legislative.

Si è intesa sempre la confidenza per una fondazione autonoma avente una speciale finalità confidata all'amministrazione di una persona civile o di un ente già esistente. A questo è affidato il patrimonio per lo adempimento dello scopo e del fine voluto dal disponente; per lo che ne segue che l'istituto della confidenza è sempre distinto dall'ente a cui è affidata l'amministrazione, restando all'istituto stesso il dominio. E però giustamente si fa notare che la confidenza è per se stessa una costruzione giuridica compiuta, un soggetto di diritto indipendente, che esplica la sua azione per mezzo di un altro soggetto di diritto, senza che possa aversi confusione delle due individualità, e poter ritenere che il rappresentante ed amministratore dello istituto stesso possa in sé incorporarla ed assorbirla.

Questo ritenendo la Corte di merito che avesse inteso di fare la Fera col suo testamento, non è sotto alcun aspetto censurabile il suo giudizio che, come si è detto innanzi, si riassume nella interpretazione del testamento medesimo.

E per le fatte considerazioni si dimostra infondata ancora l'altra censura che si fa alla denunziata sentenza, di contraddizione nei motivi.

Osserva che col secondo mezzo si assume che anche quando la novella fondazione costituisse un che di distinto dall'ente ecclesiastico, pure dovrebbero i beni convertirsi, salvo che si possedessero da tali enti per conto di altri non soggetti all'applicazione della conversione.

Ma se la Corte di merito, come si è visto innanzi, ha ritenuto che il Capitolo

detiene i beni non per proprio conto, ma per conto dell'opera di beneficenza voluta dalla Fera, e poiché queste opere non sono soggette a conversione, si dimostra, senza spendere altro ragionamento, del tutto infondato il proposto mezzo.

Per tali motivi

La Corte rigetta il ricorso prodotto dall'Amministrazione del Demanio dello Stato contro la sentenza della Corte d'Appello di Napoli del 21 Febbraio 1896. La condanna alle spese del giudizio liquidate in Lire centocinquantesette e cent. i ottanta ed al compenso di avvocato in Lire cento.

Fatta e pronunziata in Roma nel Palazzo Altieri, residenza della Corte di Cassazione, addì ventisei Marzo 1897.

Segue lo scritto di S. Fusco - N. De Luise, Le confidenze nel diritto pubblico italiano, Napoli, 1897, pubblicato in occasione della disputa decisa dalla sentenza della Corte di Cassazione di Roma.

§ 1.**Argomento della disputa**

Concetta Fera con testamento pubblico del 1 luglio 1883 per notar Piscopo nominava erede universale in tutto quello che le apparteneva il Capitolo della Chiesa Cattedrale di Napoli «E CIÒ (sono le precise parole della testatrice) A SCOPO DI POTER ADEMPIRE CON ILLIMITATI POTERI LE OPERE DI CARITÀ E DI BENEFICENZA CHE INTENDO AFFIDARE ALLA SUA COSCIENZA, DOVENDOSI PERCIÒ DEI MIEI BENI COSTITUIRE UN'AMMINISTRAZIONE PARTICOLARE PER L'ADEMPIMENTO DEI PESI E LEGATI CHE SARANNO INDICATI QUI APPRESSO, SENZA POTERSI MAI CONFONDERE COL PATRIMONIO DEL MEDESIMO CAPITOLO».

E dopo aver ella fatti pochi legati che toccavano la sola rendita del suo patrimonio, ad eccezione di quello della mobiglia, soggiunge: «Voglio che, adempiti primamente i suddetti legati e pagate le tasse e pesi inerenti, nonché il diritto di esazione al medesimo Capitolo in L. 4% annuo sulla rendita dei miei beni e prelevate L. 150 annue per un funerale annuale nel dì anniversario della mia morte da adempirsi dai Canonici della Cattedrale di Napoli, IL RIMANENTE DELLA RENDITA SIA ADIBITA IN OPERE DI CARITÀ E BENEFICENZA, SEGNA-TAMENTE PER COLLOCARE FANCIULLI E FANCIULLE Povere in luogo di educazione e

DI SICURO RICOVERO, OVVERO IN MARITAGGI, SE SI CREDERÀ PIÙ OPPORTUNO...».

Addì 6 settembre 1889 passò a miglior vita la signora Concetta Fera; ed il Capitolo metropolitano ebbe cura di praticare tutti gli atti necessari a garantire l'esecuzione delle opere di beneficenza volute dalla testatrice.

Mercè decreto de' 14 ottobre 1890 fu impartita la sovrana approvazione a quel testamento, autorizzandosi il Capitolo Metropolitano di Napoli ad accettare la disposizione per compiere il mandato commessogli.

Il Demanio in aprile del seguente anno 1891 invitò il Capitolo a far la denuncia dei beni immobili lasciati dalla signora Fera, affin di procederne alla conversione. Il Capitolo vi si rifiutò, stante che i beni dell'eredità Fera costituivano una *Confidenza particolare*, un patrimonio autonomo, avente per iscopo un'opera di beneficenza e perciò sottratto alla pretesa conversione. Ma il Demanio senza darsi pensiero del rifiuto prese possesso di quei beni.

Il Capitolo allora fu costretto ad istituire giudizio, nel quale chiese la restituzione dei beni insieme ai frutti percetti.

Il Tribunale civile di Napoli, con sentenza de' 22 luglio 1895, accolse la istanza del Capitolo. Esso innanzi tutto si fece ad interpretare la disposizione della signora Fera per determinare se costei volle beneficiare il Capitolo, pur sottoponendolo a taluni oneri di coscienza, ovvero istituire un'Opera di beneficenza affidata alla gestione del Capitolo. Ed all'uopo considerò che con quella disposizione il Capitolo non era beneficiato, ma aveva solo l'incarico di tradurre in atto l'Opera di beneficenza ed amministrarla, notando che «la istituzione testamentaria della Fera con le modalità sopraindicate non costituisce un fatto nuovo e singolare, ma risponde ad altre innumerevoli fondazioni dello stesso genere, che vanno conosciute sotto il nome di CONFIDENZE, e che ebbero origine sotto l'impero delle antiche leggi, e continuarono a restare in vita ed a riprodursi anche sotto la nuova Legislazione, non essendosi mai fatta quistione, in molteplici controversie giudiziarie, che i beni delle dette *Confidenze* costituiscano un patrimonio separato e distinto da quello degli Enti che li amministrano». E dopo spiega l'indole giuridica della *Confidenza*, e dice così: «La *Confidenza*, in effetti, non è altro che una istituzione di beneficenza, la cui amministrazione e giuridica rappresentanza è affidata ad

un altro Ente morale già esistente e legalmente riconosciuto. Ed è agevole il riconoscere la genesi e la finalità di siffatte istituzioni nella volontà de' disponenti di perpetrarsi con speciali e distinte fondazioni, anche quando il patrimonio a ciò destinato non abbia una entità sufficiente a costituire un'Opera di per se stante; onde alla deficienza dei mezzi economici si supplisce con opportuno espediente, affidando la gestione e rappresentanza giuridica della voluta fondazione ad un Ente già preconstituito, quali sono d'ordinario Congreghe od altre opere pie laicali, e talvolta anche, come nel caso attuale, Enti ecclesiastici conservati. Né in questa unità di persona giuridica o pluralità di patrimonio si ravvisa nulla che sia contrario alle regole generali del diritto ed alle positive disposizioni delle vigenti leggi, perché, anche fra le persone fisiche si verifica tutto giorno il caso di una distinzione di patrimonio nell'unica rappresentanza secondo accade nell'esercizio della tutela o della patria potestà».

Il Demanio si dolse della sentenza del Tribunale; non la Corte di appello, altresì in prima Sezione, ebbe a farvi plauso con pronunziato de' 9 marzo 1896. La Corte anche essa comincia dall'interpretare la disposizione testamentaria e vi trova come il Tribunale un'istituzione di erede nominale, mentre in sostanza il Capitolo non è altro se non un *nudus minister*, un incaricato. Indi ritiene come necessaria conseguenza della fermata premessa, che il patrimonio della signora Fera costituiva un patrimonio autonomo, o una pia fondazione annessa al Capitolo, ma separata dal patrimonio di questo ed intesa a tutt'altra finalità. Aggiunge che questi patrimoni autonomi qui erano e sono appellati tuttavia *Confidenze*, e consistono in un'Opera di beneficenza che viene annessata sopra un Ente riconosciuto, quale che ne sia la natura. E da tutto ciò trae l'inferenza che la conversione de' beni era assurda, e conferma, siccome innanzi si è detto, la sentenza del Tribunale.

Le giudicature napoletane, sono state tutte concordi nello stabilire il pregio giuridico delle *Confidenze*. A cominciare dalla prima sentenza de' 31 marzo 1869(1), sino a quest'ultima della Corte di appello, non si è mai tentennato. E la ragione è evidentissima; imperocché chi ha vissuto nel napoletano e conosce i nostri istituti, sì laicali e sì ecclesiastici, non può dubitare del valore che hanno le *Confidenze*,

cioè di essere patrimoni autonomi o fondazioni pie di per se stanti. La dettuzione datane entra a far parte della nostra coscienza giuridica.

Il Demanio altre volte dopo le prime avvisaglie si è ritratto dalla lite, ma per la causa della *Confidenza Fera* ha voluto recare le sue doglianze fino innanzi al Supremo magistrato.

Qui esso si avviene, secondo a noi pare, in un ostacolo insuperabile, cioè nella questione di volontà. Dice il GIORGI, e con lui chiunque abbia un po' di mitidio: «è quistione di volontà il decidere se il lascito si risolva in *esecutoria*, o se ritenga la natura di credito, legato, o donazione *cum onere*(2)».

Note:

(1) Giova riferire qui talune considerazioni di questo primo pronunziato, che fu fatto con molta cura e diligenza, avendo svolta ampiamente la materia:

«Le *Confidenze* sono quell'istituto meramente laicale, fondato per largizione dei fedeli da tre secoli circa, a solo scopo di beneficenza in pro di orfane fanciulle, di vedove, e di altre persone indigenti, affatto distinto e separato dal Capitolo, il quale ne ha soltanto l'amministrazione.

«Attesoché ritenuta l'esistenza delle *Confidenze* come istituzioni distinte ed autonome con beni divisi dalla massa capitolare, solamente amministrati non posseduti in proprietà dal Capitolo, le conseguenze di diritto sono ben diverse da quelle che il Direttore del Demanio si fa a sostenere in giudizio...

Nelle CONFIDENZE la *perpetuità* non si nega, manca la destinazione allo scopo del culto...

«Le CONFIDENZE non furono istituite per l'incremento degli uffici nella Chiesa metropolitana, non pel maggior decoro o riparazione delle fabbriche nel tempio, non per alcuno *spirituali labora* del Capitolo; desse non furono che fondazioni meramente laicali dirette al sollievo degli orfani, delle vedove e dei poveri; sicché mancandovi lo scopo della preghiera, del vantaggio della Chiesa, del Culto, non han potuto essere colpite dalla legge delle soppressioni.

«Attesoché l'accidentale condizione di fatto di trovarsi quest'istituto affidato all'amministrazione d'un Corpo ecclesiastico, non può venir mutando in alcun modo lo stato delle cose, e variare il significato della legge nella sua pratica applicazione...

«Laonde le *Confidenze* non solo non sono state colpite dalla legge di soppressione del 1867, perché non fondate od oggetto di culto, ma sono state invece espressamente conservate dalla stessa legge del 1862 sulle opere pie, quantunque sia affidato al governo di un Corpo ecclesiastico (*Gazzetta del Procuratore anno 1809 p. 46*).

(2) Dottrina delle Persone giuridiche, Vol. V, n. 43, pag. 109.

Giurisprudenza

Ma lo superi pure, ché nel merito non ha miglior ragione. Il Demanio vuol fermarsi alla lettera della disposizione. Il nominalismo però è nulla. È la disposizione in se, nella sua sostanza, che va definita: *disponentis voluntas colligitur ex disponendi causa*.

E quando si guarda nel suo vero essere la disposizione della signora *Fera*, si trova che i Giudici del merito non hanno dato in fallo. In quel testamento la beneficenza è tutto, la causa prima e finale: il Capitolo costituisce un semplice mezzo, stimando la disponente che i suoi beni per opera del Capitolo potessero con sicurezza aver la voluta destinazione.

Noi togliendo occasione da questa disputa, ci occuperemo qui dell'istituto della *Confidenza*, la quale nella nostra regione è stata sempre ritenuta per una Fondazione autonoma laicale.

E con ciò faremo un sol viaggio e due servizi perché col porre in sodo l'indole propria della *Confidenza* resterà nello stesso tempo dimostrato come il giudizio de' magistrati di merito circa la *Confidenza Fera* risponda non solo al *mos regionis* ad un Diritto, che diremmo Consuetudinario, ma alle più severe norme del Diritto Comune.

§ 2. Delle Confidenze

Prima di discorrere delle *Confidenze* e della loro giuridica consistenza, dovremo rimuovere un equivoco o una confusione che si crea col rassomigliare, anzi uguagliare l'istituto della *Confidenza* all'istituto della *Fiducia* ed applicare in conseguenza al primo le norme proprie del secondo. Ma siccome cotesto equivoco, oltre ad essere artificioso, si dilegua e svanisce da se con la determinazione dell'enunciato istituto della *Confidenza*, così prenderemo le mosse da questo e di poi mostreremo l'infinita discrepanza che intercede tra l'uno e l'altro istituto.

Non in tutte le regioni d'Italia troverai adoperata la voce *Confidenza*, come nella regione meridionale. L'uso, che è di molto momento nelle cose e che è il padre del parlare, ha qui attribuita a quella voce un significato peculiare, che indarno ti farai a ricercare nei vocabolarii(3). E l'uso è vetusto e si è mantenuto costante; di guisa che a quella voce si è riconosciuto sempre il significato che da tre secoli e più, se non andiamo errati, le si attribuì.

La *Confidenza* è la maschera, il volto, il traslato della cosa che rappresenta, tolta da un lato di essa quantunque essenziale: in altri termini è in esplicazione racciata del soggetto che adombra.

La *Confidenza* nelle province meridionali d'Italia, e precipue nel napoletano, si è intesa sempre per una fondazione, per un patrimonio autonomo avente una speciale finalità ovvero una *universitas* diretta per intero ad un determinato scopo e confidata all'amministrazione di una persona civile riconosciuta, di un'individualità ideale (corpo morale) esistente. E per questo affidar o confidar che si fa la gestione dell'*universum ius*, od anche perché l'incarico o il deposito che si commette, ispirasi naturalmente alla fiducia, crediamo che sia sbocciata fuori la *Confidenza*. Oltre a che siccome la lingua castigliana non è estranea agli istituti delle province meridionali, dove per lungo tempo imperò la Spagna, così non ci par lontano dal vero, che quel peculiare significato ci venisse di lì, trovando notato nel Dizionario dell'Accademia Spagnuola sotto la parola *Confiar*, il senso vero della *Confidenza*, come qui suona:

«Confiar - DEPOSITAR EN UNO sin mas seguridad que la buena fe, y la opinión que de el se tiene LA HACIENDA, el secreto, u atra oalquier cosa(4)».

La *Confidenza*, adunque significa, il deposito di un patrimonio, che si affida ad una persona civile per l'adempimento di un fine voluto dal testatore. Basta il rilevare cotesto significato per non ismarrire la diritta via nella definizione dell'istituto.

L'istituto della *Confidenza* si conserva sempre sceverato dalla persona cui si amoglia, o è commesso, del pari che il depositario della cosa depositata ed il mandatario dalla cosa datagli ad amministrare. Il dominio non si trasferisce in chi governa l'istituto e lo rappresenta, ma permane nello stesso istituto che il testatore ha creato, e che per se costituisce un organismo perfetto, quantunque affidato alle cure di un altro organismo.

Vi hanno fondazioni che si immedesimano con la Persona civile che le rappresenta, poiché tendono al medesimo scopo, ed il dominio quindi del patrimonio risiede in essa; e vi hanno altre fondazioni nelle quali la Persona civile ne è la nuda amministratrice. Lo STUART-MILL parlando delle fondazioni in generale fa questa avvertenza che torna acconcia alla *Confidenza*. Ma ci è un'altra e molto im-

portante classe di fondazioni, l'oggetto delle quali non è il provvedere a persone di tale o tale altra qualità, ma l'adempimento di qualche pubblico fine; come la coltura della dottrina, la diffusione dell'istruzione religiosa, o l'educazione della gioventù...

«Le persone per le cui mani il danaro passa non entrarono mai nelle viste del fondatore, altro che come meri amministratori fiduciarri per un pubblico fine(5)».

Ed in ciò appunto consiste la *Confidenza*. Le Persone civili chiamate a reggerla per un pubblico fine sono un'accidentalità. Potrà essere una più tosto che un'altra; ma siffatta scelta non influisce, né menoma l'organismo dell'opera voluta dal testatore per un pubblico fine. L'Opera è per se una costruzione giuridica compiuta, un soggetto di diritto artificiale indipendente, che esplica però la sua azione per mezzo di un altro soggetto di diritto.

L'unica rappresentanza non induce la confusione delle due individualità astratte, dei due organismi ideali. L'uno sta a lato dell'altro, serbando ciascuno integri i proprii attributi. Ed il primo cui è demandato in regime del secondo, non viene per ciò soltanto ad incorporarselo, assorbirlo od annullarlo.

Ciò che affermiamo, non riesce nuovo nella storia del Diritto; val dire la congiunzione di più personalità in un solo soggetto.

Il Diritto Pubblico ci offre l'esempio degli ordini federativi o l'unione di più Stati con una centralità politica, come l'Impero Germanico, l'Austria-Ungheria ecc.

Il Diritto Civile, oltre all'istituto del mandato e del deposito nei quali tu hai due personalità giuridiche distinte nello stesso soggetto, ci da, in opera di succes-

Note:

(3) Abbiamo riscontrati tutti i vocabolarii, quello della Orusen, di Manuzzi, dell'Alberti, di Tommaseo e Bellini, del Fanfani e Rigutini, e del Rozasco (amministrativo-politico), e non abbiamo rinvenuto in essi sotto la voce *Confidenza*, qualche cosa che risponda al significato speciale attribuitole in Napoli.

(4) Dizionario della Reale Accademia Spagnuola 1884.

(5) TORTO E DIRITTO dell'ingerenza dello Stato nelle Corporazioni e proprietà della Chiesa - Traduzione di Carlo Boncompagni.

sione, un esempio più somigliante a quello delle Confidenze. Il medesimo individuo, fuor di dubbio, può rappresentare due, tre eredità beneficiarie, ciascuna delle quali rappresenta un'*universitas* distinta. Da che l'amministrazione si tiene da una sola persona, non ne deriva che le diverse eredità si mescolino e confondano. Ciascuna eredità rappresenta un'*universitas* per se stante, un patrimonio autonomo col suo attivo e passivo.

Nel Diritto Canonico, a proposito dei benefici, che sono vere persone giuridiche, rilevasi la grande discrepanza che passa tra le diverse unioni od aggregazioni di essi. Il DUARENO(6) le compendia tutte in poche parole, riscontrandosi l'ultima delle ipotesi di unione da lui raffigurata col nostro caso delle *Confidenze*: «*Primus est* (dei modi di congiunzione od unione) *cum duae Ecclesiae in unum voluti corpus confundentur et coalescunt, adeo ut una Ecclesia, unum ministerium, unumque beneficium, non duo vere dici possint. Et hanc confusionem Iustinianus verbo graeco enosis Nov. 28, alii vulgo unionem, quasi verbum verbo reddentes, sed non satis latine vocant ... Secundus modus est, cum ila connectuntur Ecclesiae ut in unum quasi corpus minime confientur, sed ut una superior sit ac principalis, altera inferior et accessoria... TERTIUS MODUS est cum neutrasubiicitur alteri, SED ANBABUS SUUM TITULUM, GRADUMQUE RETINENTIBUS, IDEM MINISTER PRAEFICTUR(7)».*

Nel Diritto patrio amministrativo si potrebbe fare una lunga escursione; ma ci limitiamo a notare poche cose che hanno stretta attinenza col nostro tema, fermandoci in ispecie sulle Istruzioni del 20 maggio 1820 dell'ex Regno di Napoli, concernenti gli Stabilimenti di beneficenza, e la Legge ultima del Regno d'Italia sulle Opere Pie del dì 17 luglio 1890.

Quando nel 1820 furon pubblicate quelle Istruzioni, dalle quali nella sostanza poco si discostano le norme presenti che regolano la pubblica beneficenza, si provvide, fra l'altro, alla maniera onde doveva esser compilato lo stato discusso delle diverse Amministrazioni. Sono degni di nota gli articoli 28 e 29, che mostrano come da un solo Ente potevano dipendere più Stabilimenti di beneficenza o più fondazioni pie, e come a ciascuna di esse si era cauti e guardinghi di conservare la peculiare autonomia: «Articolo 28. Il travaglio preliminare degli stati discussi, sarà l'opera delle Amministrazioni lo-

cali(8), le quali descriveranno partitamente i cespiti, che formano l'introito di ciascun Stabilimento.

«Art. 29. Trovandosi sottoposti ad una Commissione più Stabilimenti, si formerà un solo stato discusso per tutti quelli che hanno un'analogia d'istituzioni e di opere. Gli introiti e gli esiti verranno classificati per ciascuno Stabilimento nel modo espresso nel precedente articolo, in guisa che lo stato indichi l'annua rendita di ogni pio luogo preso separatamente, e l'insieme della rendita che si amministra dalla Commissione. Lo stesso sarà per le spese».

Dalla nostra Legge sulle Opere Pie del 1890, che fu il risultamento di lunghi stadii, apparisce anche più chiaramente come la congiunzione di più Opere pie sottostanti alla medesima Amministrazione non menomi l'integrità e l'indipendenza di esse. In quella legge, o precisamente negli articoli 54, 58 e 59, si discorre di concentrazione nella Congregazione di Carità e di raggruppamento delle svariate istituzioni di beneficenza, secondo le ipotesi ivi contemplate; ma vien proclamato nell'art. 61 che tanto la concentrazione, quanto il raggruppamento importano soltanto unità di governo o di amministrazione, dovendosi serbare rigorosamente l'autonomia dei patrimoni costituenti la dote delle istituzioni concentrate o raggruppate: «Art. 61. Le istituzioni pubbliche di beneficenza concentrate nella Congregazione di Carità o riunite in gruppi a norma dei precedenti articoli, mantengono separati i patrimoni e continuano ad erogare le rendite in conformità dei rispettivi statuti, a vantaggio degli abitanti delle Province, dei Comuni, o delle frazioni di Comuni, a beneficio dei quali erano destinate; e di tale separazione e speciale erogazione deve risultare negli inventarii, nei bilanci e nei conti».

Le *Confidenze* adunque sono fondazioni od Opere Pie dotate di un patrimonio che deve essere adetto al fine dal designato testatore per mezzo di un altro Ente morale incaricato dell'esecuzione.

L'unico scrittore napoletano che parli delle *Confidenze* è FRANCESCO VASELLI, valoroso cultore delle discipline amministrative dell'ex reame di Napoli, il quale nel torre ad esame una decisione del Consiglio d'Intendenza di allora resa addì 27 gennaio 1844 nella causa tra lo Stabilimento degli Incurabili - *Confidenza di D. Diego Zappata* - e le damine Marianna Ca-

ravita dei Duchi di Toritto e Luisa Montemayor, che reclamavano un monacaggio dallo Stabvilimento degli Incurabili, definisce la *Confidenza* così: «Si dicevano *Confidenze* di un pubblico Stabilimento quelle PIE FONDAZIONI, con le quali i testatori tramandavano a Luoghi Pii i loro beni per ergere un'Opera a pro di una classe d'infelici(9).

Questa definizione risponde alla nostra, nel concetto; ma offre per la forma una leggiera differenza, potendo qualche espressione del Vaselli non esatta ingenerare dei dubbi.

A nulla monta poi la natura dell'Ente o Persona civile cui si è affidata l'Opera Pia. Imperocché se le finalità sono distinte, e il testatore ha voluto i suoi beni scerverati da quelli dell'Ente, di maniera che costituiscano una particolare *universitas* stante per se, riesce evidente che l'indole della persona civile non eserciti nessuna influenza sul destino dei beni della *Confidenza*.

L'Ente morale non è un vero e proprio erede o legatario: ne ha per vece la sola parvenza; essendo esso in realtà un amministratore, un *nudus minister*, o un esecutore testamentario nel senso lato. Conciossiaché i beni non vanno all'Ente morale, ma compongono la dotazione di un'Opera di beneficenza; e conseguentemente il dominio di detti beni sta attaccato all'Opera, il cui governo soltanto è commesso all'Ente morale già esistente.

Ed è bene qui fermarsi alquanto circa la differenza che intercede tra il vero erede o legatario ed il semplice amministratore od esecutore testamentario, mostrando essa anche più chiaramente la consistenza giuridica delle *Confidenze*.

Note:

(6) La dottrina del DUARENO, in materia di aggregazione di benefici, è seguita dal GARGIA nel suo celebre trattato de *Beneficiis* /Pars duodecima, Cap. II de unione), dal FAGHANO (in Lib. III *Decret*, Cap. V *Postulustu*) dal WAN-ESPEN (*Ius ecclesiasticum universum* - Par. II Tit. XXIX de unione beneficiorum).

(7) De Sacr. Minist. Ac Benaf. Lib. V, Cap. VI.

(8) A quel tempo in ciascun Comune eravi una Commissione amministrativa detta *Comunale*, che corrispondeva alla nostra Congregazione di Carità.

(9) Manuale del Giureconsulto - Vol. 8 pag. 744. Lo stesso autore ne discorre altresì in un altro luogo della stessa opera, ma di volo.

Giurisprudenza

Tutti sanno che quella differenza trovata abbozzata nella Legge 9, D. *de alim. et cibis*, e per opera dei Glossatori, del giuriconsulto BARTOLO, di coloro che lo seguirono e dell'antica giurisprudenza fu esattamente determinata e definita. I moderni che se ne occupano, sino agli ultimi, non fanno che su per giù ripetere la loro dottrina; per cui preferiamo di rammemorare le autorità degli antichi scrittori, e della vecchia giurisprudenza.

Dice il BARTOLO nel commentare la mentovata legge 9, D. *de alim.*: se il testatore dona a qualcuno una sua cosa, qualunque lo gravi di oneri, egli ti avrà eletto *ut legatarius*, se poi ti affida parte o l'intero suo patrimonio affine di addirlo ad un'Opera pia, ti avrà in cambio eletto *ut nudus minister: si verba legati non conferuntur in Titium, sed verba executionis ... et tunc dicitur clectus et nudus minister*. Niente rilevano le parole adoperate dal testatore: quale che sia la qualità da lui data alla persona contemplata, quale che sia il nome affibbiatogli, la sostanza delle cose non cangia punto. Allorché nel contemplato manca il principale attributo del dominio, quello del disporre, e tutta l'energia giuridica di lui riducesi ad una mera esecuzione della volontà del defunto, dovendo addire i beni ad una designata finalità, quegli non può essere che un mandatario o uno strumento dell'altrui volere.

Avverte il CARDINALE DE LUCA, che il porre in sodo se uno sia vero erede o legatario, ovvero un puro e semplice esecutore od amministratore, è questione di volontà, la cui decisione dipende, a punto *causae finalis, seu principalis, an scilicet disponens principaliter contemplant personam legatarii cui accessorie adjectum esset onus Vel a converso principaliter contemplatum esset onus*, (com'è nelle Confidenze), *cui accessorie persona destinata sit, tamquam instrumentum executionis*(10). E quale ragione poi culminante di quella differenza il CARDINALE DE LUCA adduce il vantaggio o meno che possa tornare al chiamato: dove il vantaggio manca, soggiunge, ivi non vi può essere che il *nudus minister*, il semplice amministratore: *ad distinguendum legatarium ab exequatore attenditur an persona aliquod commodum ae emolumentum ex ea dispositione assequitur nec ne, ut primo casu censeatur LEGATARIUS, in secundo autem ESEQUOTOR ...*(11).

Che anzi il maggior numero degli scrittori stima che la prova potissima,

per non dire unica, che non si abbia altra qualità se non quella di esecutore testamentario consista appunto nel difetto di qualunque utilità che possa l'onorato ritrarre dalla disposizione, non dovendosi però confondere col vantaggio la remunerazione che per l'esecuzione il testatore conceda, dappoiché quella sia il corrispettivo del servizio che l'incaricato è tenuto a rendere. Laonde il MANTICA nel suo Trattato, *de conjecturis ultimae voluntatis* proclama questa dottrina: «*et executor aut est habiturus aliquod commodum et intelligitur LEGATARIUS, aut nullum commodum est habiturus et tunc NUDUS MINISTER videtur, glossa in L. Lucius Titius § 1, in verbo non posse D. ad Treb, et glossa iuc L. si quis Titio, de leg. 2. cum appellat nudum ministrum, apud quem nullum commodum remanere debeat*(12)».

Da ultimo il napolitano SORGE professa i medesimi principii in una sua dottrina ed acuta *Enucleazione di diritto* intorno al vero legatario ed a quello di puro nome, quando cioè la sua incombenza si debba rimanere alla sola esecuzione: *illum dict simplicem executorem qui nullum commodum, nullamque actionem consequitur ex re legata, sed tantum praestat nudum ministerium in exequendo quod testator disposuit. Legatarius vero est qui commodum ex legata re actu et potentia sive aptitudine sentit*(13).

E non torni discaro qui il ricordo di talune massime della Ruota Romana, che fu uno dei maggiori Tribunali del mondo, ebbe eguale autorità del Sacro Regio Consiglio napolitano, ed in opera del Dritto si mostrò la continuatrice dell'antica giurisprudenza, da cui nacque, dice il GIORDANI, una generazione di uomini nuova ammirabile, pieni di sapienza morale e politica e di diritto e fermo raziocinio.

Queste massime sono: «*Ubi (haeres) vera habeat solam facultatem vendendi omnia bona, et eorum pretium implicandi in causam expressam tunc reputatur simple mandatarius*.

«*Vel solum habere potest loco haereditatis ad hoc ut hanc et conveniri possit pro exequenda voluntate*.

«*Non dicitur legatarius sed potius executor ubi testator eum elegit, ut aliquam pecuniarum quantitatem in usus pios erogaret*.

«*Item quis dicitur solum executor quando ex legato ei relicto nullum consequitur commodum, sed ad alterum exinde debeat pervenire*(14).

«*Ille dicitur haeres ad quem spectat commodum haereditatis*(15)».

«*Quare haeres cum onere erogandi bona sibi relicta in opus pium, dicitur institutus ad favorem operis pii, et consetur merus executor*(16)»

Dei moderni ci limitiamo a ricordare un luogo del Giorgi, e talune massime tratte dal Repertorio del Giornale il *Foro Italiano*, le quali rivelano come il Consiglio di Stato e le altre giudicature presenti si siano uniformate agli antichi insegnamenti.

Il Giorgi: «Quando la disposizione è fatta direttamente ai poveri, secondo l'art. 832 del Cod. Civ.: e la beneficenza appare essere stata la vera causa della disposizione, in cui l'onorato viene chiamato piuttosto come mezzo di esecuzione, che con l'intendimento di avvantaggiarlo: o quando al più l'emolumento attribuitogli non eccede la modifica retribuzione di un esecutore, e nel tempo stesso concorrono nell'atto costitutivo dati sufficienti per determinare la dotazione, sia in beni stabili, sia in capitali sia della fondazione autonoma: in altre parole, della istituzione pubblica di beneficenza. Allora l'onorato, anziché un erede, un legatario o un donatario, apparisce un mero esecutore della disposizione(17)...».

Il Repertorio del Giornale il *Foro Italiano*, sotto la parola *Opera pia*, contiene le seguenti massime:

Anno 1876, n. 4:

«La disposizione testamentaria, con la quale ad un parroco istituito erede si dà l'obbligo di attribuire doti a fanciulle povere all'atto del loro matrimonio, non costituisce un semplice onere a carico della parrocchia, ma una mera e propria opera pia, la cui amministrazione può essere di-

Note:

(10) Disc. XXIII, *De testam.* N. 6.

(11) Ibid.

(12) Lib. VIII. Tit. 4, n. 13.

(13) *Enucleationes juris*. Tomo 7, pag. 107.

(14) *Sacrae Romanae Decis* recant, in *compendium redactae*, Parola, *executor testamentarius*.

(15) Ibid. Parola, *haereditas*.

(16) Ibid.

(17) *Opera* cit. pag. 109 e 110.

sciolta nel caso in cui il parroco amministratore non si voglia uniformare alle leggi in vigore - C. Stato 10 dic. 1875, Foro VI, 106.

Anno 1877, n. 5 e 6

«Il legato di un capitale al parroco *pro tempore* con l'incarico di distribuire la rendita annua ai cronici della parrocchia non è fatta al beneficio parrocchiale, ma ai cronici; il parroco non è che amministratore a beneficio di questi.

«Quindi la fondazione è vera opera pia nel senso della legge - C. Stato 28 luglio 1877. Giur. cons. st. II, 1223.

Anno 1878. Ibid. n. 10.

«La disposizione di un legato al parroco *pro tempore* di una chiesa con l'onere di erogare i redditi della cosa legata in sollievo dei poveri della parrocchia, e con facoltà al parroco di prelevare annualmente una piccola somma in compenso delle cure d'amministrazione contiene non già un legato *sub modo* a favore del parroco, ma bensì una fondazione di beneficenza, a cui devono applicarsi le prescrizioni della legge 3 agosto 1862 sulle opere pie.

Anno 1879. Ibid. n. 4 e 5.

«La destinazione di una porzione ereditaria ad oggetto di costituire doti monastiche in un dato monastero ad elezione della badessa eletta fidecommissaria, non costituisce un legato al convento, né un legato per oggetto di culto devoluto al Demanio per effetto delle leggi di soppressione.

«Eso è un legato di beneficenza».

Gli spiriti sofisticati nemmeno intorno a questo punto così sfolgorante si restano dal porre innanzi obiezioni, ricorrendo a talune smozzicature di sentenze della Corte di Cassazione di Roma, con le quali si bandisce che *haereditas est nomen iuris*, e che *haereditatis appellatio continet sine dubio etiam haereditatem dannosam*. Sapevamo; ma la questione non sta lì, e quelle massime non risolvono nulla. L'erede puro e semplice può pagare *ultra vires* dell'eredità, per ispontaneo volere o per colpa; ed allora la eredità torna evidentemente a danno. La questione è tutt'altra. Quando l'eredità ha i beni ed offre dei vantaggi, che passano soltanto per le mani dell'onorato, perché costui dee volerli ad un altro fine, domandiamo: oserete voi allora chiamarlo erede? Sarebbe un assurdo. Quindi non si rechina in mezzo smozzicature di sentenze, dalle quali non è lecito cavare alcun costrutto, tornando inopportuno.

§ 3.

Differenza tra la Fiducia e le Confidenze

Vi ha chi vorrebbe trarre vantaggio dalla quasi sinonimia tra la istituzione della Fiducia e quella della Confidenza, con lo scopo di far passare l'incarico per un *haerese confidentialis*, mentre l'uno è le mille miglia distante dall'altro.

Non intendiamo qui mettere il piede nella materia delle Fiducie, che CARLANTONIO DE LUCA appella inestricabile labirinto; ma noteremo di volo quanto sia sufficiente a mostrare la grande discrepanza che intercede fra quei due istinti.

Le fiducie, checche vogliano taluni scrittori, sono un portato medioevale. Di esse si abusò; onde si andarono man mano trasformando e restringendo. Sia pure che il Codice presente le abbia ricettate, è fuor di dubbio che il fiduciario o l'*haeres confidentialis*, conformemente insegnano tutti i giuristi e bandisce oggi la concorde giurisprudenza, è un vero erede: HABET NOMEN ET IUS HAEREDIS, secondo il motto giustiniano.

Le *Confidenze* che sono, siccome abbiamo visto, un istituto napoletano e vivono da gran tempo nel nostro diritto consuetudinario importano per vece un nudo mandato, un semplice incarico; di guisa che l'*universum ius* non risiede nell'incarico, ma nell'Opera di beneficenza designata dal testatore, o che l'incarico stesso dovrà designare.

Da ciò deriva la differenza fra l'uno e l'altro istituto, ed è che nella Fiducia il contemplato quantunque apparente è il solo e vero erede, è l'unico rappresentante della Personalità giuridica, mentre nelle *Confidenze*, il confidenziario, mi si passi l'espressione, è un puro amministratore o gerente; poiché l'*universum ius* va ad incedere nell'Opera di beneficenza.

Il MIRABELLI nel suo Libro, il *Diritto dei terzi*, discorrendo delle Fiducie, fa rilevare con molta precisione la distanza che vi ha tra l'*haeres confidentialis* e l'amministratore od incaricato dell'esecuzione di un'Opera pia: «Non sono da confondersi le istituzioni fiduciarie con quelle disposizioni, con le quali il testatore dispone di tutto il suo patrimonio, di una parte di esso, o di un singolo oggetto per opera di carità in genere, senza altra determinazione e senza istituire un erede o un legatario, escludendo virtualmente i successori legittimi. Eredi in tal caso sono le stesse

Opere, da avere effetto quando queste saranno fondate, o la Congregazione di Carità che le rappresenta. Se è nominato un amministratore o un esecutore, insomma un *minister voluntatis*, al cui arbitrio è lasciata la determinazione delle Opere, la validità non può esserne contestata(18)».

CONCLUSIONE

La Corte di Cassazione di Roma per la prima volta dovrà profferire il suo verbo circa l'indole delle *Confidenze*, ove non stimi che le sia interdotta, perché si fatta questione implica l'altra della volontà.

Ma togliendo a considerare l'indole delle *Confidenze*, il Supremo magistrato Romano ha innanzi a se l'autorità di uniformi giudicati che traggono la loro maggior forza dalla coscienza giuridica del napoletano, o dal *mos regionis*, oltre ad ispirarsi a' principii rigorosi del giure Comune ben inteso, siccome si è dimostrato. E però si ha fidanza che esso col suo voto verrà non a spezzare quella continuità uniforme di giudizi, ma a rinvigorirla, facendo plauso alle sentenze dei magistrati del merito ed alle sane dottrine che le medesime bandiscono.

A questo modo si renderà anche benemerito della pubblica beneficenza, la quale è ombrosa ed a nostro avviso andrebbe secondata pur nelle fisime, allorché la sostanza non ne rimane offesa. La sorte dei beni non è possibile che cangi per la natura della persona civile, cui si ama affidare una pia fondazione. Questa permane sempre quale è in sé, o quale la battezzano le Leggi vigenti. E del resto l'importante è che ciascun concorra per quanto può a sovvenire gl'infelici; ma poi si lasci a lui *fare secondo che gli abbella*.

Nota:

(18) Vol. II, p. 180, nota.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.

Esecuzione delle disposizioni testamentarie segrete

Spagna - Tribunal Supremo

Testamento - nomina di eredi fiduciari - comunicazione verbale delle disposizioni fiduciarie - validità della nomina

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 30 ottobre 1944, n. 1180

Nel diritto di Navarra, contenuta in un testamento la nomina di eredi fiduciari e il rinvio a un documento scritto e sigillato contenente le disposizioni alle quali essi dovranno attenersi, il mancato reperimento di tale documento non rende nulla la nomina qualora vi sia la prova che la defunta aveva comunicato verbalmente i propri intendimenti agli eredi fiduciari, cosicché questi ultimi sono obbligati ad attuarli secondo coscienza.

Testo della Sentenza

La signora Manuela P.C., assoggettata alla giurisdizione di Navarra, morì dopo aver redatto testamento in cui designò come eredi fiduciari, nella modalità che compare nei considerando che seguono, il Signor Eusebio B.G. e il Signor José Maria C. M. Contro di loro è stata proposta *acción de mayor cuantía*(1) di fronte al Tribunale di Pamplona, da parte di certi parenti della testatrice, chiedendo che si dichiarasse deserta l'eredità e si aprisse la successione intestata. Il giudice di Pamplona pronunciò sentenza dichiarando la mancanza di legittimazione ad agire da parte degli attori, rigettò la domanda sull'invalidità del testamento e sulla conseguente apertura della successione intestata e, accogliendo la domanda riconvenzionale, stabilì che la validità dell'istituzione (di erede) non era subordinata a nessuna scheda testamentaria e, inoltre, che gli attori avevano diritto all'importo della legittima in forza delle consuetudini locali nel valore che si fosse determinato nell'esecuzione della sentenza, con l'esclusione di qualsiasi altro diritto, e che gli attori erano obbligati ad adempiere in tutta coscienza le istruzioni ricevute dalla

testatrice. Contro questa sentenza si fece ricorso in Cassazione per violazione di legge da parte degli attori, e la Corte di Cassazione decise per il non luogo a procedere.

CONSIDERANDO. - che, per decidere sul presente ricorso, bisogna partire dai seguenti fatti e antecedenti imprescindibili: Primo: Che la Signora Manuela P., nubile e di stato civile navarro, morì a Saragozza nell'anno 1940 avendo redatto testamento a Tudela nel 1913 e in cui, dopo aver destinato la legittima consuetudinaria navarrese e aragonese ai parenti che pretendessero azione o diritto sopra i suoi beni, e averli esclusi riguardo tutti gli altri, tranne quelli che lei stabilì, dichiarò, nella clausola sesta, che “se nei suoi documenti, (rinvenuti) tanto nella sua casa di Valtierra quanto in quella di Saragozza, o (se per mezzo di) una qualche persona che lo presentasse, si trovasse qualche memoria testamentaria in una busta chiusa e sigillata, che risultasse tale, che sia scritta tutta con la grafia della testatrice, e con tutte le sue pagine firmate da lei, e che cominci con le seguenti parole: “Vivano Gesù, Maria e Giuseppe”, gli eredi fiduciari che nominerà la presenteranno dinnanzi al giudice per dichiararla tale, verrà redatto verbale dal notaio della città che corrisponde (al luogo del ritrovamento), e adempiranno alla stessa in tutte le sue parti”, aggiungendo a continuazione, nella settima clausola, che, “adempuito, soddisfatto e pagato quanto sia stabilito e ordinato, di ciò che rimanga di tutti i suoi beni, diritti e azioni che oggi ha e possiede, e che in futuro possa avere e corrispondere per qualsiasi titolo, voce o ragione, istituisce e nomina come suoi eredi fiduciari Don Eusebio B.G.; ancora oggi parroco di V. e Don José Maria C., che

tuttora è medico di A., provincia di Huesca, perché così tutti e due insieme o ognuno di essi disgiuntamente diano esecuzione alla sua eredità e adempiano a tutto ciò che si è stabilito nella memoria testamentaria...”

Secondo: che dopo aver ingiunto senza risultati i signori B. e C. perché si presentassero e dessero notizia della memoria a cui il testamento faceva riferimento, gli attori, parenti trasversali in quarto grado della dante causa, proposero il reclamo che ha dato origine a questi provvedimenti, chiedendo si dichiarasse che il testamento della Signora Manuela P. era inefficace per fondare la sua successione, essendo decaduti i convenuti, Don Eusebio B. e Don José Maria C., dalle funzioni assegnate in esso, essendo così in grado di procedere all'apertura della successione legittima della dante causa.

Terzo: che i convenuti, nella costituzione di risposta, hanno eccepito la carenza di legittimazione attiva, fondata sul doppio punto di vista che l'azione non era stata proposta quando i supposti beneficiari della memoria testamentaria avrebbero potuto fondare la propria pretesa sulla memoria testamentaria, se questa fosse venuta alla luce, e che non esiste inoltre sotto alcun profilo l'azione che gli attori

Note:

La sentenza è stata tradotta da Fiammetta Parodi ed è stata rivista da Sonia Martín Santesteban.

La sentenza in lingua originale è stata pubblicata in questa Rivista, 2007, 277.

(1) La “acción de mayor cuantía” è l'azione che si propone quando l'importo del litigio supera una certa cifra. L'azione prende il nome dal processo giudiziale corrispondente.

hanno esercitato; e, in forza di domanda riconvenzionale, hanno chiesto, fra l'altro, che si dichiarasse: che il testamento della Signora Emanuela P. è valido ed efficace nella sua totalità, senza che la sua efficacia, né la sua validità siano subordinati in tutto o in parte all'esistenza o inesistenza di alcuna memoria testamentaria; che nessuno degli attori abbia alcun diritto *mortis causa* sui beni della dante causa (eccetto ciò che rappresenta la sua istituzione nella legittima delle consuetudini locali); che in caso in cui non si trovi la memoria testamentaria a cui il testamento fa riferimento, gli eredi fiduciari saranno obbligati in coscienza ad adempiere alle istruzioni che siano state ricevute da parte della dante causa essendo però i soli a mantenere e perpetuare la personalità della stessa; e che non si può procedere in nessun caso ad aprire la successione intestata della dante causa.

CONSIDERANDO. - che l'Audienza (di Pamplona) rigetta la domanda, accogliendo l'eccezione di carenza di legittimazione attiva, e ammette invece le pretese contenute nella riconvenzionale sulla base di una valutazione del litigio, che si traduce, sinteticamente, nelle seguenti affermazioni: Primo: che il testamento discusso contiene nella settima clausola l'ultima volontà della dante causa. Secondo: che l'efficacia della condizione di eredi a favore dei signori B. e C. non si è fatta dipendere dall'esistenza delle istruzioni scritte. Terzo: che è stato provato che fra i documenti della testatrice non si è trovata la memoria che avrebbe dovuto contenerli. Quarto: che, invece, la prova accreditata che i detti fiduciari ricevettero istruzioni verbali della dante causa.

CONSIDERANDO. - che seguendo le necessità pratiche da sempre sperimentate, le consuetudini giuridiche e le legislazioni hanno accolto, con maggiori o minori restrizioni o in certi casi con divieti, diversissime manifestazioni della fiducia testamentaria (intesa quest'ultima nel suo senso più ampio), per cui i testatori rivolgono o chiedono certe preghiere o incarichi a un erede o a una persona di sua fiducia, sia investendolo della facoltà universale di scegliere, per loro, l'erede (testamento per commissario), sia concedendogli solamente la facoltà di designare l'erede o di distribuire l'eredità fra le persone o opere indicate dal proprio testatore (eredi distributori, erede fiduciario con l'elezione incaricata ai parenti più possi-

mi, clausola di fiducia concessa al coniuge vivo, ecc.), sia imponendo all'erede l'adempimento di determinate disposizioni (legati, clausole *sub modo*, fedecommissi, donazioni *mortis causa* con trasmissione fiduciaria, ecc.) o rimettendo a quelle stabilite e dettate dal proprio erede, fuori dal testamento, in scritti complementari (memorie testamentarie), sia, infine, affidando a questa persona di fiducia l'esecuzione della sua ultima volontà (esecutore testamentario), ora con l'obbligo di rendere conto della sua gestione, ora liberandolo da quest'obbligo (esecutore testamentario di fiducia).

CONSIDERANDO. - che una delle più interessanti e sfumate figure contenute nel quadro precedente è la (figura) genuinamente romana del fedecommissario, che ha come caratteristica specifica la petizione o la richiesta che consiste nell'imporre al fiduciario l'incarico di restituire tutta l'eredità o parte di essa a una terza persona (fedecommissario universale o fedecommissario di eredità), oppure di restituire una certa cosa o pagare una certa quantità a un terzo (fedecommissario singolare), e che non solo si è manifestato storicamente con diverse forme (fedecommissari puri o condizionali, espressi o taciti), ma che ha dato luogo a modalità speciali come il fedecommissario successivo, perpetuo o temporale (da cui derivano il fedecommissario familiare romano e la moderna sostituzione fedecommissaria dei chiamati limitati) e, per quello che qui ci interessa, il fedecommissario segreto, da cui si origina il fedecommissario con incarichi o istruzioni riservate (eredità di fiducia), istituzione, questa, sviluppata dal diritto consuetudinario e dalla dottrina sulla base di alcuni testi del diritto romano e delle "Decretales" e, sebbene sia vietato oggi dall'art. 785 del Codice Civile spagnolo, ancora ha un uso radicato in alcune regioni di diritto speciale, dove i testatori, non volendo, a volte, per una ragione o per un'altra, formulare o precisare la loro ultima volontà nel proprio testamento, designano come erede una persona o delle persone di loro fiducia (eredi di fiducia), con l'incarico di destinare i beni dell'eredità agli scopi che comunicarono o che comunicheranno loro, sia nella forma di istruzioni concrete, sia in termini generali perché così loro li sviluppino e li applichino secondo i dettami della loro coscienza.

CONSIDERANDO. - che questa gamma così ricca di istituzioni giuridiche

rappresentative della fiducia testamentaria, nate e sviluppate attraverso un lungo processo di sviluppo del diritto romano nei secoli successivi, presenta nei diritti moderni che le hanno accolte totalmente o parzialmente, e soprattutto nei regimi di diritto non codificato, come i nostri cosiddetti diritti consuetudinari, il difficile problema della sua delimitazione e quello della determinazione della natura e degli effetti di ognuna di loro; essendo da notare al riguardo. Primo: che il trattamento di esse deve essere governato, come regola fondamentale, dalla soggezione alla volontà dei testatori, che è una norma primordiale del diritto di successione, e che deve essere rispettata quando non si opponga alle prescrizioni della morale o del diritto. Secondo: che la questione molto delicata, del carattere o della considerazione che debba essere attribuita al fiduciario, che nel caso del fedecommissario di eredità fu già oggetto di criteri, indecisi e fluttuanti nella dottrina romana (la quale ci mostra soluzioni, molto complicate, basate sul fatto che sia riconosciuta al fiduciario una qualità iniziale di erede *iure civile* e al fideicommissario una condizione di erede *iure praetorio*, tutelata dai mezzi processuali che garantivano la sua situazione e i suoi diritti circa la restituzione dei beni e il trasferimento delle azioni ereditarie), dà origine anche nel diritto moderno, in relazione all'eredità di fiducia, a una dogmatica dai tratti poco precisi, dominata dalla separazione di due fasi o aspetti differenti, dato che nell'aspetto esterno o formale e nella fase anteriore alla rivelazione della fiducia, si ritiene che il fiduciario o erede di fiducia mostri la condizione di titolare del patrimonio ereditario, mentre nell'aspetto interno o materiale e principalmente nella situazione che si produce in virtù della rivelazione della fiducia, si stabilisce che il confidente è una specie di mandatario del testatore, mero depositario ed esecutore della volontà di questi, secondo le istruzioni da lui ricevute. Terzo: si potrebbe concludere, riguardo a questo carattere giuridico che si attribuisce all'eredità di fiducia, che, sebbene in principio la dichiarazione del fiduciario - che agisce come una sorta di testimone qualificato - costituisce la prova della volontà del testatore, la quale, una volta manifestata, è la legge della successione, questo non giustifica che la rivelazione della fiducia non abbia più pieno effetto, sempre che intermedino circo-

Giurisprudenza

stanze avverse alla verosomiglianza dell'affermazione del confidente. Quarto: che, quando, a causa della rivelazione di una fiducia non vera, risulti accreditato che manca la base stessa dell'istituzione fiduciaria (come nel caso contemplato dalla sentenza di questa sezione del 17 marzo del 1906, secondo cui gli eredi dichiarano la fiducia a favore di loro stessi) o quando, dato che i fiduciari non sono arrivati a rivelare la fiducia, divenga di impossibile adempimento il fedecommesso ordinato dal testatore e allo stesso modo rimanga senza basi l'istituzione a favore del fiduciario, si produce l'invalidità o la decadenza di questa e, di conseguenza, del testamento stesso.

CONSIDERANDO: - che tuttavia il regime giuridico della fiducia offre caratteristiche molto diverse e speciali quando il testatore, invece che affidare all'erede fiduciario le istruzioni riservate (orali o scritte) relative al destino dei beni, si rimetta - come nel caso di questo processo - a quelle che possano essere contenute in qualche scritto o memoria testamentaria senza che si possa affermare che l'intenzione del testatore abbia voluto stabilire un legame essenziale o di reciproca condizionalità fra l'istituzione a favore del fiduciario e le istruzioni determinanti dell'applicazione dei beni ereditari, dato che in questi casi - che in realtà rimangono fuori dal senso stretto, tipizzato dalla dottrina, dell'eredità di fiducia - la posizione del fiduciario si allontana radicalmente da quella del mero esecutore, avvicinandosi, invece, a quella dell'erede stabilito con clausola modale; e questo è l'orientamento che si trova nella sentenza di questo tribunale del 19 novembre 1897 che, decidendo riguardo a un caso in cui un certo testatore aveva nominato come unico e universale erede una certa persona perché disponesse dei beni secondo le istruzioni che il testatore lasciava scritte e firmate di suo pugno, stabilì che "la mancanza di istruzioni che il testatore diceva avrebbe lasciato scritte di suo pugno non vizia né invalida l'istituzione dell'erede nella concezione con cui fu fatta, sia perché l'efficacia della stessa non dipende né si è fatta dipendere dall'esistenza di quella, sia perché è possibile che si siano smarrite..., sia perché si tratta di un atto di libera volontà del defunto com'era appunto quello di lasciare o meno dette istruzioni scritte".

CONSIDERANDO: - che il primo dei motivi del ricorso, formulato ex art.

1692, comma 1 della Legge Processuale, si oppone alla dichiarazione della Corte che ha pronunciato la sentenza relativa alla carenza di legittimazione attiva degli attori, segnalando che la clausola quarta del testamento della Signora Manuela P., legge obbligatoria a cui devono attenersi tutti coloro che pretendano di avere un diritto derivante dallo stesso, esclude precisamente dalla successione (salvo le legittime consuetudinarie) quei parenti che pretendano azione o diritto sui beni della testatrice, opponendo ad essa il ricorrente, da un lato, che l'azione che hanno i parenti chiamati a ereditare *ab intestato* per impugnare un testamento, non nasce da quest'ultimo ma dalla legge, e che quindi, non può essere toccata dalle disposizioni che avesse stabilito la testatrice e, dall'altro (lato) che, trattandosi di un'azione relativa all'inefficacia di un testamento, non si può, senza supporre la questione, argomentare le sue disposizioni per arrivare a concludere che queste impediscono di perseguire detta invalidità; inoltre, qualunque siano gli errori della motivazione in cui la sentenza sia potuta incorrere quando ha cercato di spiegare la carenza di legittimazione attiva degli attori, improntandola precisamente non nell'inopportunità con cui è stata esercitata e che è stata oggetto di allegazione della risposta alla domanda, ma nella supposta carenza di legittimazione attiva o di facoltà di fare causa, è vero comunque che la causa di cui si sta parlando è irrilevante per i fini della cassazione della sentenza perché, sebbene la Corte consideri in principio l'eccezione di carenza di legittimazione, non manca per questo di entrare nel merito delle questioni sostanziali affermate dalle parti nella domanda originale e nella riconvenzionale, e fra loro la più fondamentale è quella della validità o non validità del testamento nella lite. A questo inoltre bisogna aggiungere che, in realtà, il ricorso si oppone soltanto alla validità e all'efficacia della clausola testamentaria di esclusione degli attori, argomentando che non si tratta di un'esclusione definitiva per quanto limitata dalla frase della stessa clausola "salvo quello che dopo si dirà", considerazione inoperante, visto che la portata di dette parole non può essere scollegata dal problema centrale della validità del testamento in discussione dato che se si intende, come la Corte sentenziatrice, che le disposizioni dello stesso non sono essenzialmente

subordinate all'esistenza della memoria testamentaria si dovrebbe concludere che non essendoci questa, è inefficace la riserva precedentemente menzionata.

CONSIDERANDO: - che il secondo motivo del ricorso ex art 1692, comma 1, della Legge di Procedura Civile fonda la sua argomentazione su queste fondamentali proposizioni. Primo: che i Signori B. e C erano solo dei mandatari della Signora Manuela P., meri esecutori della sua volontà testamentaria. Secondo: che quello che loro avrebbero dovuto eseguire era strettamente e unicamente quello che si sarebbe detto nella memoria testamentaria. Terzo: che le istruzioni riservate a cui allude la sentenza, anche se fossero esistite, non sarebbero state valide né efficaci in quanto non avrebbero avuto né il loro fondamento né la loro fonte nel testamento. Quarto: che come conseguenza di quanto detto fin ora bisogna dichiarare l'invalidità del testamento impugnato, in quanto la sparizione della memoria a cui detto testamento fa riferimento implica la caducità della fiducia data ai convenuti.

CONSIDERANDO: - che nella sfera d'interpretazione del negozio giuridico discusso questo argomento non può prosperare dato che, lungi dal dimostrare che la Corte che ha pronunciato la sentenza abbia commesso un errore nel determinare il senso e la portata della dichiarazione di volontà contenuta nel testamento della Signora Manuela P., oppone al criterio della Corte punti di vista manifestamente inammissibili. Primo: perché nel terreno dell'interpretazione letterale, la tesi del ricorrente secondo cui i Signori B. e C. sono soltanto meri mandatari o esecutori testamentari è in opposizione con la parte finale del testo della clausola settima in cui la testatrice dice che istituisce e nomina come suoi eredi fiduciari, di ciò che rimane di tutti i suoi beni, diritti e azioni, Don Eusebio B. e Don José Maria C. Secondo: Perché nel terreno dell'interpretazione logica e sistematica bisogna precisare che la tesi della Corte permette di armonizzare detta clausola con le altre del testamento per quanto è possibile incaricare un erede di funzioni relazionate con l'esecuzione del testamento e l'applicazione dei beni (in modo che, nel presente caso, i fiduciari potrebbero essere, se comparisse la memoria, esecutori di essa senza perdere la loro condizione di eredi); la tesi del ricorrente, invece, è equivalente a privare di senso una delle disposizioni, e

cioè proprio quella fondamentale del testamento, sacrificandola a favore di altre clausole meramente accessorie. Terzo: perché nessun criterio interpretativo permette di affermare che la testatrice volesse porre come condizione all'istituzione di eredi fiduciari l'esistenza delle istruzioni che si riservava di stabilire lei stessa, dato che non c'è nessuna espressione che permetta di subordinare l'efficacia di detta istituzione al fatto che si rinvenga la memoria testamentaria, e neanche si può dedurre detta condizionalità dalla relazione fra la clausola settima e la sesta, dato che, da un lato, la clausola sesta parla soltanto della memoria testamentaria in senso ipotetico e, dall'altro lato, la clausola settima, in quanto comincia con la frase "adempito, soddisfatto e pagato quanto rimane disposto e ordinato", deve essere rapportata non solo con le disposizioni eventuali della clausola sesta ma anche con quelle dell'istituzione della legittima consuetudinaria che contiene la clausola quarta. Quarto: perché alla luce di un criterio teleologico, la tesi del ricorrente, nel ricondurre alla conseguenza pratica dell'inefficacia dell'istituzione dell'erede e del testamento stesso, viola il principio della conservazione del negozio giuridico - accolto dall'art. 1284 del Codice Civile e accolto come molto rilevante all'interno del diritto di Navarra dalla sentenza di questa Sezione del 2 marzo 1926 - che obbliga a preferire, dinnanzi a un dubbio, l'interpretazione che sia favorevole alla validità del negozio e di ognuna delle sue clausole. Quinto: perché, inoltre, nel presente caso, la finalità della dante causa di morire con testamento, manifestata espressamente nella clausola che esclude dall'eredità coloro che pretendessero essere eredi *ab intestato*, domina la totalità del complesso testamentario e gli imprime uno spirito e un senso che il giudice non può ignorare.

CONSIDERANDO: - che neanche nella sfera delle qualificazioni giuridiche o, in altre parole, toccando la naturalezza e le conseguenze proprie delle disposizioni contenute nel testamento della Signora P.C., può prosperare il motivo di cassazione che si esamina, dato che bisogna rilevare, contro la tesi che in questo (ricorso) si propugna di invalidare il testamento in ragione della caducità dell'istituzione degli eredi fiduciari. Primo: che se, accettando il criterio che il ricorrente segnala, si accettasse l'esistenza in questo

processo di un'eredità di fiducia, costituita non in virtù delle istruzioni verbali che i fiduciari abbiano potuto ricevere dal testatore e che non hanno fondamento diretto nel testamento, ma per il ruolo che questo attribuisce alla memoria testamentaria, mai si potrebbero applicare a questa eredità di fiducia - impropria o quantomeno atipica - le norme ordinarie con cui la dottrina solitamente disciplina l'istituzione allusa, fra le altre ragioni, che risultano da tutto ciò detto finora, per l'importantissima ragione che questa memoria (a cui la testatrice si è riferita in proposizione condizionale, accettando, solo come cosa meramente possibile ed eventuale, che si trovasse questa (memoria) tra i suoi documenti o in possesso di una qualche persona che la presentasse), non aveva una funzione essenziale nel meccanismo dell'istituzione degli eredi fiduciari e, di conseguenza, si arriverebbe per questa strada alla stessa soluzione che fa propria - attraverso ragionamenti più o meno chiari - la Corte sentenziatrice. Secondo: che se si volesse e si potesse concettualizzare l'istituzione ereditaria a favore dei convenuti e resistenti come un fedecommissario classico romano, neanche questa via potrebbe condurre al risultato, che si cerca nel ricorso, dell'invalidità del testamento impugnato, dato che detto fedecommissario dovrebbe essere ritenuto non come un fedecommissario universale (impossibile da ammettere in quanto la testatrice, facendo riferimento a una possibile memoria testamentaria, non dice che in essa avrebbe nominato un secondo erede fedecommissario, né si può presumere che questa fosse la sua volontà considerata il concetto che, nel diritto vigente di Navarra e congruentemente nell'origine romanistica dell'istituzione, si ha avuto delle memorie testamentarie considerate dalle più autorevoli istituzioni dottrinali come un mezzo per fare emendamenti, migliorie, chiarimenti e altre varie disposizioni però non istituzioni di eredi, né loro variazioni, né sostituzioni degli stessi), ma come un fedecommissario particolare e, in questo senso, le contingenze che possano toccare l'esistenza e l'efficacia delle disposizioni, a titolo particolare che avesse contenuto la memoria testamentaria non comparsa, non è importante per l'istituzione valida degli eredi fiduciari che ha sostanza e vita propria, sufficiente per sostenere l'efficacia del testamento. Terzo: che, se per

mezzo del criterio che sembra più adatto alle peculiarità del presente caso, si qualificasse come "istituzione modale" quella fatta a favore dei signori C. e B., tenendo conto non solo l'uso che nella clausola testamentaria si fa dell'espressione "perché (con lo scopo di)", che caratterizza tanto il *modus*, ma tutto il senso di detta clausola, egualmente sarebbe inaccettabile la tesi secondo cui il fatto che non sia comparsa la memoria dove si sarebbe determinata l'applicazione che avrebbe dovuto farsi ai beni, implicava la caducità dell'istituzione, dato che è dottrina, condivisa per il diritto romano vigente in Navarra e per il diritto comune spagnolo, che quando la clausola modale non può essere adempiuta senza colpa del beneficiario si presume non esistente e in nulla pregiudica la validità dell'istituzione degli eredi, così come quando, senza colpa o fatto proprio dell'erede, non può avere effetto la clausola modale negli stessi termini che abbia stabilito il testatore, dovranno adempirsi nei termini più prossimi e conformi alla sua volontà (art. 798, comma 1 Codice Civile concordante nell'essenza con la legge 16, titolo II, libro 33 del Digesto). Quarto: che attraverso questa ultima dottrina e per via indiretta si può spiegare, ed è perfettamente legittimo, il collegamento e la combinazione che la sentenza oggetto di ricorso stabilisce fra il regime proprio dell'istituzione ereditaria pura e quello dell'eredità di fiducia, dato che non c'è la memoria testamentaria ed esistono invece le istruzioni verbali che i fiduciari riceverebbero dalla testatrice, e che la Sezione considera provati, a essi saranno soggetti suppletivamente detti eredi, ragione per cui l'istituzione diventa, almeno analogicamente e praticamente, un'eredità di fiducia e, quindi, è corretta la sentenza che dichiara che "Don Eusebio B., e Don José Maria C., eredi fiduciari, sono obbligati ad adempiere in coscienza alle istruzioni che hanno ricevuto dalla testatrice d'accordo con l'eredità".

CONSIDERANDO: - che il terzo dei motivi del ricorso, fondato sull'art. 1692 n. 7 della Legge Processuale sull'errore di fatto, di diritto e sulla valutazione delle prove, per aver accettato il giudice come reali le istruzioni riservate che i convenuti dicono di avere ricevuto non può prevalere, da un lato, perché il proprio testamento, che si indica come documento autentico, non prova che non ci siano state

Giurisprudenza

queste istruzioni verbali che la Sezione considera provate e, dall'altro lato, perché invero la sentenza non disconosce che i fiduciari, seguendo detto documento, dovessero seguire le istruzioni scritte che sarebbero state contenute nella memoria testamentaria, quindi, non può essere consi-

derata l'infrazione dell'art. 1281 che, in relazione con l'art. 1248, entrambi del Codice Civile, propone il ricorrente.

CONSIDERANDO: - Infine, che il quarto motivo, nel puntualizzare che le infrazioni che si suppone abbia commesso la Corte non ammettendo la procedura di

apertura della successione intestata, si basa sul presupposto, tralasciato dai motivi precedenti, che sia decaduta l'istituzione di erede, e, di conseguenza, essendo una mera sequela di detti motivi di cassazione già rifiutati, anche questo motivo manca di efficacia e deve essere respinto.

La legge francese sulla *fiducie*, con traduzione

Francia

Loi 19 février 2007, n° 2007-211, instituant la fiducie

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit:

Chapitre Ier Dispositions générales

Article 1

Dans le livre III du code civil, il est rétabli un titre XIV ainsi rédigé:

«TITRE XIV «DE LA FIDUCIE

«Art. 2011. - La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.

«Art. 2012. - La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit tre expresse.

«Art. 2013. - Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public.

«Art. 2014. - Seules peuvent tre constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

«Art. 2015. - Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du m me code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du m me code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances.

«Art. 2016. - Le constituant ou le fiduciaire peut tre le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie.

«Art. 2017. - Sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le constituant peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de

s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat et qui peut disposer des pouvoirs que la loi accorde au constituant.

«Art. 2018. - Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité:

«1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent tre déterminables;

«2° La durée du transfert, qui ne peut excéder trente-trois ans à compter de la signature du contrat;

«3° L'identité du ou des constituants;

«4° L'identité du ou des fiduciaires;

«5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation;

«6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

«Art. 2019. - A peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France.

«Lorsqu'ils portent sur des immeubles ou des droits réels immobiliers, ils sont, sous la m me sanction, publiés dans les conditions prévues aux articles 647 et 657 du code général des impôts.

«La transmission des droits résultant du contrat de fiducie et, si le bénéficiaire n'est pas désigné dans le contrat de fiducie, sa désignation ultérieure doivent, à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les m mes conditions.

«Art. 2020. - Un registre national des fiducies est constitué selon des modalités précisées par décret en Conseil d'Etat.

«Art. 2021. - Lorsque le fiduciaire agit pour le compte de la fiducie, il doit en faire expressément mention.

«De même, lorsque le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou des droits dont la mutation est soumise à publicité, celui-ci doit mentionner le nom du fiduciaire ès qualités.

«Art. 2022. - Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant. Le fiduciaire rend compte de sa mission au bénéficiaire et au tiers désigné en application de l'article 2017, à leur demande, selon une périodicité fixée par le contrat.

Nota:

Traduzione a cura di Assofiduciaria.

La legge sarà commentata da A. Neri sul prossimo numero della Rivista. Il progetto di legge è stato commentato da F. Tripet, La prohibition de la fiducie-libéralité: pourquoi une telle démesure?, in questa Rivista, 2007, 194 e da A. Neri, La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla *fiducie*, in questa Rivista, 2006, 69.

Legislazione

«Art. 2023. - Dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs.

«Art. 2024. - L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire.

«Art. 2025. - Sans préjudice des droits des créanciers du constituant titulaires d'un droit de suite attaché à une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie et hors les cas de fraude aux droits des créanciers du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

«En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire.

«Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée.

«Art. 2026. - Le fiduciaire est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission.

«Art. 2027. - Si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés, le constituant, le bénéficiaire ou le tiers désigné en application de l'article 2017 peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire. La décision judiciaire faisant droit à la demande emporte de plein droit dessaisissement du fiduciaire.

«Art. 2028. - Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.

«Après acceptation par le bénéficiaire, le contrat ne peut être modifié ou révoqué qu'avec son accord ou par décision de justice.

«Art. 2029. - Le contrat de fiducie prend fin par la survenance du terme, par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme ou en cas de révocation par le constituant de l'option pour l'impôt sur les sociétés.

«Il prend également fin de plein droit si le contrat le prévoit ou, à défaut, par une décision de justice, si, en l'absence de stipulations prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat se poursuit, la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie. Il en va de même si le fiduciaire fait l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution, ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption.

«Art. 2030. - Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant.

«Art. 2031. - En cas de dissolution du constituant, lorsque les ayants droit ne sont pas des personnes morales soumises à l'impôt

sur les sociétés, le patrimoine fiduciaire ne peut être attribué à ces ayants droit en qualité avant la date à laquelle le contrat de fiducie prend fin. Dans cette situation, les droits des ayants droit au titre de la fiducie ne sont pas transmissibles à titre gratuit entre vifs ni cessibles à titre onéreux.»

Chapitre II

Dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux

Article 2

Le septième alinéa (6°) de l'article L. 562-2-1 du code monétaire et financier est ainsi rédigé:

«6° La constitution, la gestion ou la direction de fiducies régies par les articles 2011 à 2031 du code civil ou par un droit étranger ou de toute autre structure similaire.»

Chapitre III

Dispositions fiscales

Section 1

Enregistrement et publicité foncière

Article 3

I. - Le 1 de l'article 635 du code général des impôts est complété par un 8° ainsi rédigé:

«8° Les actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie, et le transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire dans les conditions prévues par l'article 2019 du code civil.»

II. - Avant l'article 669 du même code, il est inséré un article 668 bis ainsi rédigé:

«Art. 668 bis. - Pour la liquidation des droits d'enregistrement et de la taxe de publicité foncière, la valeur de la créance détenue sur une fiducie est évaluée à la valeur vénale réelle nette des biens mis en fiducie ou des biens acquis en remploi, à la date du fait générateur de l'impôt.»

III. - Le sixième alinéa de l'article 1115 du même code est ainsi rédigé:

«Pour l'application de la condition de revente, les transferts de droits ou de biens dans un patrimoine fiduciaire et les apports purs et simples effectués à compter du 1er janvier 1996 ne sont pas considérés comme des ventes.»

IV. - Dans l'article 1020 du même code, le mot et la référence: «et 1133 ter» sont remplacés par les références: «, 1133 ter et 1133 quater.

V. - Après l'article 1133 ter du même code, il est inséré un article 1133 quater ainsi rédigé:

«Art. 1133 quater. - Sous réserve des dispositions de l'article 1020, les actes constatant la formation, la modification ou l'extinction d'un contrat de fiducie ou constatant le transfert de biens ou droits supplémentaires au fiduciaire sont soumis à un droit fixe de 125 EUR.

«Toutefois, l'article 1020 ne s'applique pas aux actes constatant le retour de tout ou partie du patrimoine fiduciaire au constituant.»

VI. - Après l'article 1378 sexies du m me code, il est inséré un article 1378 septies ainsi rédigé:

«Art. 1378 septies. - Pour l'application des droits d'enregistrement, les droits du constituant résultant du contrat de fiducie sont réputés porter sur les biens formant le patrimoine fiduciaire. Lors de la transmission de ces droits, les droits de mutation sont exigibles selon la nature des biens et droits transmis.»

Article 4

Après l'article 792 du m me code, sont insérés deux articles 792 bis et 792 ter ainsi rédigés:

«Art. 792 bis. - Lorsqu'il est constaté une transmission dans une intention libérale de biens ou droits faisant l'objet d'un contrat de fiducie ou des fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens, droits ou fruits ainsi transférés, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777.

«Pour l'application des dispositions mentionnées au premier alinéa, l'intention libérale est notamment caractérisée lorsque la transmission est dénuée de contrepartie réelle ou lorsqu'un avantage en nature ou résultant d'une minoration du prix de cession est accordé à un tiers par le fiduciaire dans le cadre de la gestion du patrimoine fiduciaire. Dans ce dernier cas, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur de cet avantage.

«Art. 792 ter. - Dans le cas mentionné à l'article 2031 du code civil, lors du transfert, à la fin du contrat, du patrimoine fiduciaire aux personnes physiques ou aux personnes morales non soumises à l'impôt sur les sociétés, ayants droit du constituant, les droits de mutation à titre gratuit s'appliquent sur la valeur des biens ou droits objets de la fiducie, appréciée à la date de ce transfert. Ils sont liquidés selon le tarif applicable entre personnes non parentes mentionné au tableau III de l'article 777.»

Section 2 Impôts directs

Article 5

I. - Après le 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts, il est inséré un 1 bis ainsi rédigé:

«1 bis. En cas de cession de titres ou droits reçus dans les conditions prévues à l'article 792 ter, le prix d'acquisition de ces titres ou droits s'entend de leur valeur retenue pour la détermination des droits de mutation à titre gratuit prévus à ce m me article 792 ter.»

II. - Le V de l'article 150-0 D bis du même code est complété par un 7° ainsi rédigé:

«7° En cas de cession de titres ou droits mentionnés au 1 bis de l'article 150-0 D, à partir du 1er janvier de l'année du transfert des titres ou droits cédés du patrimoine fiduciaire aux ayants droit.»

III. - Le I de l'article 150 VB du m me code est complété par un alinéa ainsi rédigé:

«En cas de cession d'un bien ou d'un droit mentionné aux articles 150 U à 150 UB, reçu lors du transfert du patrimoine fiduciaire aux ayants droit, à la fin du contrat de fiducie, le prix d'acquisition est égal à la valeur de ce bien ou de ce droit telle qu'elle est stipulée dans l'acte.»

Article 6

Le chapitre II du titre Ier de la première partie du livre Ier du m me code est complété par une section 9 ainsi rédigée:

«Section 9 «Fiducie

«Sous-section 1 «Constitution du patrimoine fiduciaire

«Art. 223 V. - I. - Les profits ou les pertes ainsi que les plus ou moins-values résultant du transfert dans un patrimoine fiduciaire de biens et droits inscrits à l'actif du bilan du constituant de la fiducie ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert si les conditions suivantes sont réunies:

«1° Le contrat de fiducie répond aux conditions prévues aux articles 2011 à 2031 du code civil;

«2° Le constituant est désigné comme le ou l'un des bénéficiaires dans le contrat de fiducie;

«3° Le fiduciaire doit respecter les engagements, pris dans le contrat de fiducie, suivants:

a) Inscrire dans les écritures du patrimoine fiduciaire les biens ou droits transférés ainsi que les amortissements et provisions de toute nature y afférents;

b) Se substituer au constituant pour la réintégration des provisions et résultats afférents aux biens ou droits transférés dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition de ce dernier;

c) Calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui ont été transférées dans le patrimoine fiduciaire d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du constituant;

d) Réintégrer dans les bénéfices imposables au titre du patrimoine fiduciaire les plus ou moins-values dégagées lors du transfert de biens amortissables. La réintégration des plus-values est effectuée par parts égales, dans la limite de la durée initiale du contrat de fiducie, sur une période de quinze ans pour les constructions et les droits qui se rapportent à des constructions ainsi que pour les plantations et les agencements et aménagements des terrains amortissables sur une période au moins égale à cette durée. Cette période est de cinq ans dans les autres cas.

«Toutefois, la cession d'un bien amortissable entraîne l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente à ce bien qui n'a pas encore été réintégrée.

«En contrepartie, les amortissements et les plus-values ultérieurs afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur d'inscription dans les écritures du patrimoine fiduciaire;

«4° Les éléments autres que les immobilisations transférés dans le patrimoine fiduciaire doivent être inscrits dans les écritures

Legislazione

res du patrimoine fiduciaire pour la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du constituant.

«A défaut, le profit correspondant à la différence entre la valeur d'inscription dans les écritures du patrimoine fiduciaire de ces éléments et la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du constituant est compris dans le résultat imposable de ce dernier au titre de l'exercice au cours duquel intervient le transfert dans le patrimoine fiduciaire.

«II. - Les droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues aux 1 et 2 de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier sont assimilés à des éléments de l'actif immobilisé, amortissables ou non amortissables dans les conditions prévues à l'article 39 duodecies A.

«Pour l'application du c du 3° du I du présent article, en cas de cession ultérieure des droits mentionnés au premier alinéa du présent II qui sont assimilés à des éléments non amortissables ou de cession du terrain, la plus-value est calculée d'après la valeur que ces droits avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du constituant.

«Ces dispositions s'appliquent aux droits afférents aux contrats de crédit-bail portant sur des éléments incorporels amortissables d'un fonds de commerce ou assimilé.

«III. - Pour l'application du présent article, les titres du portefeuille dont le résultat de cession est exclu du régime des plus ou moins-values à long terme conformément à l'article 219 sont assimilés à des éléments non amortissables de l'actif immobilisé.

«Sous-section 2

«Dispositions applicables durant le contrat de fiducie

«I. - Résultat du patrimoine fiduciaire

«Art. 223 VA. - Le bénéfice imposable de la fiducie est déterminé selon les règles applicables au bénéfice réalisé par le titulaire d'une créance au titre de celle-ci et imposé au nom de ce titulaire.

«En cas de pluralité de titulaires, le bénéfice de la fiducie est imposé au nom de chaque titulaire proportionnellement à la valeur réelle du ou des biens ou droits mis en fiducie par chacun des constituants à la date à laquelle celui-ci a transféré des éléments dans le patrimoine fiduciaire.

«Art. 223 VB. - Dans le cas visé à l'article 2031 du code civil, le bénéfice imposable de la fiducie est déterminé selon les règles applicables aux bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés. L'impôt dû est calculé dans les conditions mentionnées au I de l'article 219 du présent code et acquitté par le fiduciaire. Cet impôt est établi et contrôlé comme l'impôt sur les sociétés et sous les mêmes garanties et sanctions.

«II. - Situation du constituant

«Art. 223 VC. - Toute variation ou dépréciation du montant de la créance ou des créances au titre de la fiducie demeure sans incidence sur le résultat imposable du titulaire de cette créance.

«Art. 223 VD. - Pour l'application du présent code et de ses annexes, le chiffre d'affaires provenant de la gestion du patrimoine fiduciaire s'ajoute à celui réalisé par le constituant.

«En cas de pluralité de constituants, le chiffre d'affaires est réparti proportionnellement à la valeur réelle du ou des biens ou droits mis en fiducie par chacun des constituants à la date à laquelle celui-ci a transféré des éléments dans le patrimoine fiduciaire.

«Sous-section 3

«Fin de la fiducie

«Art. 223 VE. - I. - En cas de cession ou d'annulation de tout ou partie de la créance constatée au titre du contrat de fiducie, les résultats du patrimoine fiduciaire sont déterminés, à la date de cession ou d'annulation, dans les conditions prévues aux articles 201 et suivants et imposés au nom du cédant.

«La différence entre le prix de cession de la créance et le prix de revient n'a pas d'incidence sur le résultat imposable du cédant.

«II. - Le I s'applique également en cas de cessation ou de dissolution du titulaire de la créance, en cas de résiliation ou d'annulation du contrat de fiducie ou lorsqu'il prend fin.

«Art. 223 VF. - L'article 223 VE ne s'applique pas en cas de transfert de la créance réalisé dans le cadre d'une opération bénéficiant des dispositions prévues à l'article 210 A.

«Art. 223 VG. - I. - Par exception aux dispositions de l'article 223 VE, lorsque le contrat de fiducie prend fin, les profits ou les pertes ainsi que les plus ou moins-values résultant du transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire au constituant ne sont pas compris dans le résultat imposable de l'exercice de transfert si les conditions suivantes sont réunies:

«1° Le contrat de fiducie prend fin sans liquidation du patrimoine fiduciaire;

«2° Le constituant doit respecter les engagements suivants:

«a) Inscire à son bilan les biens ou droits transférés ainsi que les amortissements et provisions de toute nature y afférents;

«b) Se substituer au fiduciaire pour la réintégration des provisions et résultats afférents aux biens et droits transférés dont la prise en compte avait été différée pour l'imposition du patrimoine fiduciaire;

«c) Calculer les plus-values réalisées ultérieurement à l'occasion de la cession des immobilisations non amortissables qui lui ont été transférées d'après la valeur qu'elles avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du patrimoine fiduciaire;

«d) Réintégrer dans ses bénéfices imposables les plus ou moins-values dégagées lors du transfert de biens amortissables. La réintégration des plus-values est effectuée par parts égales sur une période de quinze ans pour les constructions et les droits qui se rapportent à des constructions ainsi que pour les plantations et les agencements et aménagements des terrains amortissables sur une période au moins égale à cette durée. Cette période est de cinq ans dans les autres cas.

«Toutefois, la cession d'un bien amortissable entraîne l'imposition immédiate de la fraction de la plus-value afférente à ce bien qui n'a pas encore été réintégrée.

«En contrepartie, les amortissements et les plus-values ultérieurs afférents aux éléments amortissables sont calculés d'après la valeur d'inscription à son bilan;

«3° Les éléments autres que les immobilisations doivent tre

inscrits au bilan du constituant pour la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du patrimoine fiduciaire. A défaut, le profit correspondant à la différence entre la valeur d'inscription au bilan du constituant de ces éléments et la valeur qu'ils avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du patrimoine fiduciaire est compris dans le résultat imposable de ce dernier au titre de l'exercice au cours duquel intervient le retour des biens au constituant.

«II. - Pour l'application du I, les engagements mentionnés au 2° du I sont pris dans l'acte constatant le transfert des biens ou droits du patrimoine fiduciaire au constituant ou, à défaut, dans un acte sous seing privé ayant date certaine, établi à cette occasion.

«III. - Les droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues aux 1 et 2 de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier sont assimilés à des éléments de l'actif immobilisé, amortissables ou non amortissables dans les conditions prévues à l'article 39 duodecies A du présent code.

«Pour l'application du c du 2° du I du présent article, en cas de cession ultérieure des droits mentionnés au premier alinéa du présent III qui sont assimilés à des éléments non amortissables ou de cession du terrain, la plus-value est calculée d'après la valeur que ces droits avaient, du point de vue fiscal, dans les écritures du patrimoine fiduciaire.

«Ces dispositions s'appliquent aux droits afférents aux contrats de crédit-bail portant sur des éléments incorporels amortissables d'un fonds de commerce ou assimilé.

«IV. - Pour l'application du présent article, les titres du portefeuille dont le résultat de cession est exclu du régime des plus ou moins-values à long terme conformément à l'article 219 sont assimilés à des éléments non amortissables de l'actif immobilisé.

«Sous-section 4

«Obligations déclaratives incombant au fiduciaire ès qualités

«Art. 223 VH. - La fiducie fait l'objet d'une déclaration d'existence par le fiduciaire dans des conditions et délais fixés par décret.

«Art. 223 VI. - Le fiduciaire est tenu aux obligations déclaratives qui incombent normalement aux sociétés soumises au régime fiscal des sociétés de personnes défini à l'article 8.

«Art. 223 VJ. - Pour l'application du présent code et de ses annexes, les états retraçant les écritures du patrimoine d'affectation sur l'exercice tiennent lieu de bilan et de compte de résultat pour chaque patrimoine fiduciaire.»

Article 7

L'article 54 septies du même code est ainsi modifié:

1° Dans la première phrase du I, les références: «210 B et 210 D» sont remplacées par les références: «210 B, 210 D et 223 VG»;

2° Le II est ainsi modifié:

a) Le premier alinéa est complété par deux phrases ainsi rédigées:

«Il en est de même des plus-values dégagées sur des éléments

d'actif non amortissables résultant du transfert dans ou hors d'un patrimoine fiduciaire et dont l'imposition a été reportée par application de l'article 223 V ou de l'article 223 VG. Lorsque l'imposition est reportée en application de l'article 223 V, le registre est tenu par le fiduciaire qui a inscrit ces biens dans les écritures du patrimoine fiduciaire.»;

b) La deuxième phrase du second alinéa est complétée par les mots: «ou du patrimoine fiduciaire».

Section 3

Taxe sur la valeur ajoutée

Article 8

I. - Dans le 1° du IV de l'article 256 du code général des impôts, les mots: «et les travaux immobiliers» sont remplacés par les mots: «, les travaux immobiliers et l'exécution des obligations du fiduciaire».

II. - L'article 257 du même code est ainsi modifié:

1° Le 6° est ainsi rédigé:

«6° Sous réserve du 7°:

«a) Les opérations qui portent sur des immeubles, des fonds de commerce ou des actions ou parts de sociétés immobilières et dont les résultats doivent tre compris dans les bases de l'impôt sur le revenu au titre des bénéficiaires industriels et commerciaux;

«b) Les cessions de droits au titre d'un contrat de fiducie représentatifs de biens visés au premier alinéa et dont les résultats doivent tre compris dans les bases de l'impôt sur le revenu au titre des bénéficiaires industriels et commerciaux;»

2° Après le b du 1 du 7°, il est inséré un b bis ainsi rédigé:

«b bis) Les cessions par le constituant, dans le cadre d'un contrat de fiducie, de droits représentatifs de biens visés aux a et b;»

3° Dans le dernier alinéa du 2 du 7°, après les mots: «des droits sociaux», sont insérés les mots: «ou des droits résultant d'un contrat de fiducie».

III. - Après le f du 1 de l'article 266 du même code, il est inséré un f bis ainsi rédigé:

«f bis) Pour les prestations effectuées par un fiduciaire, par la rémunération versée par le constituant ou retenue sur les recettes de l'exploitation des droits et biens du patrimoine fiduciaire;».

IV. - Le b de l'article 268 du m me code est complété par un alinéa ainsi rédigé: «Lorsque l'opération est réalisée par un fiduciaire, les sommes mentionnées aux deux précédents alinéas s'apprécient, le cas échéant, chez le constituant.»

V. - Après l'article 285 du m me code, il est inséré un article 285 A ainsi rédigé:

«Art. 285 A. - Pour les opérations relatives à l'exploitation des biens ou droits d'un patrimoine fiduciaire, le fiduciaire est considéré comme un redevable distinct pour chaque contrat de fiducie, sauf pour l'appréciation des limites de régimes d'imposition et de franchises, pour lesquelles est retenu le chiffre d'affaires réalisé par l'ensemble des patrimoines fiduciaires ayant un même constituant.»

Legislazione

Section 4 Fiscalité locale

Article 9

I. - L'article 1476 du code général des impôts est complété par un alinéa ainsi rédigé:

«Lorsque l'activité est exercée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire.»

II. - Le début du 2° de l'article 1467 du même code est ainsi rédigé:

«Dans le cas des titulaires de bénéfices non commerciaux, des agents d'affaires, des fiduciaires pour l'accomplissement de leur mission et des intermédiaires de commerce employant moins de cinq salariés... (le reste sans changement).»

III. - Après l'article 1518 B du m me code, il est inséré un article 1518 C ainsi rédigé:

«Art. 1518 C. - Les transferts et transmissions résultant de l'exécution d'un contrat de fiducie sont sans incidence sur la valeur locative des biens concernés.»

IV. - L'article 1400 du m me code est complété par un IV ainsi rédigé:

«IV. - Lorsqu'un immeuble a été transféré en application d'un contrat de fiducie, la taxe foncière est établie au nom du fiduciaire.»

Section 5 Droit de contrôle et droit de communication

Article 10

I. - Après le troisième alinéa de l'article L. 12 du livre des procédures fiscales, il est inséré un alinéa ainsi rédigé:

«Lorsqu'un contrat de fiducie ou les actes le modifiant n'ont pas été enregistrés dans les conditions prévues à l'article 2019 du code civil, ou révélés à l'administration fiscale avant l'engagement de l'examen contradictoire de la situation fiscale personnelle d'un contribuable qui y est partie ou en tient des droits, la période prévue au troisième alinéa est prorogée du délai écoulé entre la date de réception de l'avis de vérification et l'enregistrement ou la révélation de l'information.»

II. - L'article L. 13 du même livre est complété par un alinéa ainsi rédigé:

«Les fiducies, en la personne de leur fiduciaire, sont soumises à vérification de comptabilité dans les conditions prévues au présent article.»

III. - L'article L. 53 du même livre est complété par un alinéa ainsi rédigé:

«En ce qui concerne les fiducies, la procédure de vérification des déclarations déposées par le fiduciaire pour le compte de ces dernières est suivie entre l'administration des impôts et le fiduciaire.»

IV. - La section 4 du chapitre Ier du titre II de la première partie du même livre est complétée par un V ainsi rédigé:

«V. - Fiducie:

«Art. L. 64 C. - Sans préjudice de la sanction de nullité prévue à l'article 2013 du code civil, les contrats de fiducie consentis dans une intention libérale au sens de l'article 792 bis du code général des impôts et qui conduisent à une minoration des droits au titre de tous impôts et taxes dus par l'une quelconque des personnes parties au contrat ou en tenant des droits ne peuvent tre opposés à l'administration qui est en droit de restituer son véritable caractère à l'opération litigieuse.»

V. - Le second alinéa de l'article L. 68 du m me livre est complété par les mots: «ou, pour les fiducies, si les actes prévus à l'article 635 du code général des impôts n'ont pas été enregistrés».

VI. - Après le 1° bis de l'article L. 73 du m me livre, il est inséré un 1° ter ainsi rédigé:

«1° ter Le bénéfice imposable des fiducies lorsque la déclaration annuelle prévue à l'article 223 VI du code général des impôts n'a pas été déposée dans le délai légal par le fiduciaire;».

VII. - Après l'article L. 96 E du même livre, il est inséré un article L. 96 F ainsi rédigé:

«Art. L. 96 F. - Le fiduciaire, le constituant, le bénéficiaire ou toute personne physique ou morale exerçant par quelque moyen un pouvoir de décision direct ou indirect sur la fiducie doivent communiquer sur sa demande à l'administration des impôts tout document relatif au contrat de fiducie, sans que puisse tre opposée l'obligation de secret prévue à l'article 226-13 du code pénal.»

Article 11

Le dernier alinéa (b) de l'article 1729 du code général des impôts est complété par les mots: «ou en cas d'application des dispositions de l'article 792 bis».

Chapitre IV Dispositions comptables

Article 12

I. - Les éléments d'actif et de passif transférés dans le cadre de l'opération mentionnée à l'article 2011 du code civil forment un patrimoine d'affectation. Les opérations affectant ce dernier font l'objet d'une comptabilité autonome chez le fiduciaire.

II. - Les personnes morales mentionnées à l'article 2015 du code civil établissent des comptes annuels conformément aux dispositions des articles L. 123-12 à L. 123-15 du code de commerce.

III. - Le contrôle de la comptabilité autonome mentionnée au I est exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes nommés par le fiduciaire lorsque le ou les constituants sont eux-mêmes tenus de désigner un commissaire aux comptes. Le rapport du commissaire aux comptes est présenté au fiduciaire. Le commissaire aux comptes est délié du secret professionnel à l'égard des commissaires aux comptes des parties au contrat de fiducie.

IV. - Les dispositions des I et II sont précisées par un règlement du comité de la réglementation comptable.

Chapitre V
Dispositions communes

Article 13

Le constituant et le fiduciaire doivent tre résidents d'un Etat de la Communauté européenne ou d'un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'èliminer les doubles impositions qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale.

Article 14

Lorsque le contrat de fiducie a pour objet de couvrir des risques d'assurance ou de réassurance, la présente loi s'applique sous réserve des dispositions du code des assurances.

Article 15

Les documents relatifs au contrat de fiducie sont transmis, à leur demande et sans que puisse leur tre opposé le secret professionnel, au service institué à l'article L. 562-4 du code monétaire et financier, aux services des douanes et aux officiers de police judiciaire, aux autorités de contrôle compétentes en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, à l'administration fiscale et au juge, par le fiduciaire, le constituant, le bénéficiaire ou par toute personne physique ou morale exerçant, de quelque manière que ce soit, un pouvoir de décision direct ou indirect sur la fiducie.

Ces documents sont exigibles pendant une durée de dix ans après la fin du contrat de fiducie.

Article 16

Après l'article 2328 du code civil, il est inséré un article 2328-1 ainsi rédigé:

«Art. 2328-1. - Toute sûreté réelle peut tre inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation.»

Article 17

L'article 1596 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé:

«Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire.»

Article 18

Le code de commerce est ainsi modifié:

1° Le II de l'article L. 233-10 est complété par un 5° ainsi rédigé:

«5° Entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant.»;

2° Le I de l'article L. 632-1 est complété par un 9° ainsi rédigé:

«9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du code civil.»

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Pubblichiamo qui di seguito la traduzione della legge francese sulla "fiducia"

Legge 19 febbraio 2007, n° 2007-211, che istituisce la *fiducia*

L'Assemblea nazionale ed il Senato hanno adottato,

Il Presidente della Repubblica promulga la legge del seguente tenore:

Capitolo I
Disposizioni generali

Articolo 1

Nel libro III del Code Civil è istituito un titolo XIV così redatto:

«TITOLO XIV
 «DELLA FIDUCIA

«Art. 2011. - La *fiducia* è l'operazione tramite la quale uno o più costituenti trasferiscono dei beni, dei diritti o delle garanzie, o un insieme di beni, di diritti o di garanzie, presenti o futuri, ad uno o

più fiduciari, i quali, tenendoli separati dal loro patrimonio, agiscono per un fine determinato a vantaggio di uno o più beneficiari.

«Art. 2012. - La *fiducia* è istituita per legge o per contratto. Deve essere espressa.

«Art. 2013. - Il contratto di *fiducia* è nullo se deriva da un intento liberale a vantaggio del beneficiario. Questa nullità è di ordine pubblico.

«Art. 2014. - I costituenti possono essere soltanto le persone giuridiche assoggettate automaticamente o per scelta all'imposta sulle società. I diritti del costituente a titolo di fiducia non sono trasmissibili né a titolo gratuito, né cedibili a titolo oneroso ad altre persone che non siano delle persone giuridiche assoggettate all'imposta sulle società.

«Art. 2015. - Possono avere la qualità di fiduciari soltanto gli istituti di credito indicati all'articolo L. 511-1 del code monétaire et financier (codice monetario e finanziario), le isti-

Legislazione

tuzioni e gli uffici elencati all'articolo L. 518-1 dello stesso codice, le società d'investimento indicate all'articolo L. 531-4 dello stesso codice nonché le società di assicurazione regolamentate dall'articolo L. 310-1 del code des assurances (codice delle assicurazioni).

«Art. 2016. - Il costituente o il fiduciario può essere il beneficiario o uno dei beneficiari del contratto di fiducia.

«Art. 2017. - Salvo disposizione contraria del contratto di fiducia, il costituente può, in qualsiasi momento, designare un terzo incaricato di assicurarsi della salvaguardia dei suoi interessi nell'ambito dell'esecuzione del contratto, e può disporre dei poteri che la legge riconosce al costituente.

«Art. 2018. - Il contratto di fiducia stabilisce, a pena di nullità:

«1° I beni, i diritti o le garanzie trasferite. Se sono futuri, devono essere determinabili;

«2° La durata del trasferimento, non può eccedere i trent'anni a far data dalla firma del contratto;

«3° L'identità del o dei costituenti;

«4° L'identità del o dei fiduciari;

«5° L'identità del o dei beneficiari o, in difetto, le regole che permettono la loro designazione;

«6° L'incarico del o dei fiduciari e l'estensione dei loro poteri di amministrazione e di disposizione.

«Art. 2019. - A pena di nullità, il contratto di *fiducia* e i suoi *avenants*⁽¹⁾ (clausole addizionali / testi accessori) sono registrati, nel termine di un mese dalla loro data, presso l'ufficio delle imposte della sede del fiduciario o dell'ufficio delle imposte dei non residenti se il fiduciario non è domiciliato in Francia.

«Quando si riferiscono a degli immobili o a dei diritti reali immobiliari, sono soggetti alla stessa sanzione e pubblicati alle condizioni previste dagli articoli 647 e 657 del code général des impôts (codice generale delle imposte).

«La trasmissione dei diritti risulta dal contratto di *fiducia* e, se il beneficiario non è nominato nel contratto di *fiducia*, la sua designazione successiva deve, a pena di nullità, dare luogo ad un atto scritto registrato alle stesse condizioni.

«Art. 2020. - Un registro nazionale delle *fiducie* è istituito secondo le modalità precisate per decreto dal Consiglio di Stato.

«Art. 2021. - Quando un fiduciario agisce per conto della fiducia, deve farne espressa menzione.

«Allo stesso modo, quando il patrimonio fiduciario comprende dei beni o dei diritti la cui modifica è soggetta a pubblicità, questa deve indicare il nome del fiduciario e i suoi poteri.

«Art. 2022. - Il contratto di fiducia definisce le condizioni secondo le quali il fiduciario rende conto del suo incarico al costituente. Il fiduciario rende conto del suo incarico al beneficiario ed ai terzi designati in applicazione dell'articolo 2017, a loro richiesta, secondo una periodicità fissata dal contratto.

«Art. 2023. - Nei rapporti con i terzi, il fiduciario si presume in possesso dei più ampi poteri sul patrimonio fiduciario, a meno

che non sia dimostrato che i terzi erano a conoscenza dei limiti dei suoi poteri.

«Art. 2024. - L'apertura di una procedura concorsuale di "sauvegarde", di una procedura fallimentare di "redressement judiciaire" o di una liquidazione giudiziaria a vantaggio del fiduciario non coinvolge il patrimonio fiduciario.

«Art. 2025. - Fatti salvi i diritti dei creditori del costituente titolare di un diritto di sequela riferito ad una garanzia pubblicizzata anteriormente al contratto di *fiducia* e, al di fuori dei casi di frode ai diritti dei creditori del costituente, il patrimonio fiduciario non può essere sequestrato che dai titolari dei crediti nati per la conservazione o la gestione di detto patrimonio.

«In caso d'insufficienza del patrimonio fiduciario, il patrimonio del costituente costituisce la garanzia comune ("gage")⁽²⁾ di questi creditori, salvo disposizione contraria nel contratto di fiducia che ponga tutto o parte del passivo a carico del fiduciario.

«Il contratto di fiducia può allo stesso modo limitare l'obbligazione al passivo fiduciario al solo patrimonio fiduciario. Una tale clausola è opponibile ai soli creditori che l'hanno espressamente accettata.

«Art. 2026. - Il fiduciario è responsabile, con il patrimonio proprio, per gli errori che ha commesso nell'esercizio del suo incarico.

«Art. 2027. - Se il fiduciario viene meno ai suoi doveri o mette in pericolo gli interessi che gli sono affidati, il costituente, il beneficiario od il terzo designato in applicazione dell'articolo 2017, può chiedere giudizialmente la nomina di un fiduciario provvisorio o sollecitare la sostituzione del fiduciario. La decisione giudiziaria che accoglie la domanda comporta automaticamente lo spopolamento del fiduciario.

«Art. 2028. - Il contratto di *fiducia* può essere revocato dal costituente fino a quando non è stato accettato dal beneficiario.

«Dopo l'accettazione del beneficiario, il contratto può essere modificato o revocato solo con il suo consenso o in seguito ad una decisione giudiziale.

«Art. 2029. - Il contratto di *fiducia* termina per scadenza del termine, per conseguimento dello scopo perseguito, quando questo ha luogo prima del termine, o in caso di revoca da parte del costituente che ha optato per l'imposta sulle società.

«Allo stesso modo termina automaticamente se il contratto

Note:

(1) "Avenant" è un termine usato in Francia in diritto delle assicurazioni per indicare una convenzione scritta che costituisce l'"accessorio" del contratto principale ed il cui effetto è di modificare le condizioni o le modalità degli impegni inseriti nel testo iniziale. Si può trovare l'uso di questa parola in altri contratti [n.d.t.].

(2) "Gage": contratto tramite il quale una persona consegna al suo creditore un oggetto mobiliare o un valore per garantire l'esecuzione di un impegno (ad esempio il rimborso di un prestito finanziario). Il contratto è perfetto al momento della consegna del bene oggetto del contratto [n.d.t.].

lo prevede o, in difetto, a seguito di una decisione giudiziaria, se, in assenza di disposizioni che prevedano le condizioni attraverso le quali il contratto si realizza, la totalità dei beneficiari rinuncia alla *fiducia*. Ugualmente se il fiduciario è oggetto di una liquidazione giudiziale o di uno scioglimento, o scompare a seguito di una cessione o di una incorporazione.

«Art. 2030. - Quando il contratto di *fiducia* termina in assenza di un beneficiario, i diritti, beni o garanzie presenti nel patrimonio fiduciario tornano automaticamente al costituente.

«Art. 2031. - In caso di scioglimento del costituente, qualora gli aventi diritto non siano delle persone giuridiche soggette all'imposta sulle società, il patrimonio fiduciario non può essere attribuito a quelli che hanno diritto e titolo prima della data alla quale il contratto di *fiducia* termina. In questa situazione, i diritti degli aventi diritto a titolo di *fiducia* non sono trasmissibili a titolo gratuito tra i vivi né cedibili a titolo oneroso.»

Capitolo II

Disposizioni relative alla lotta contro il riciclaggio dei capitali

Articolo 2

Il settimo capoverso (comma 6°) dell'articolo L. 562-2-1 del code monétaire et financier (codice monetario e finanziario) è così redatto:

«6° La costituzione, gestione o la direzione delle *fiducie* regolamentate dagli articoli dal 2011 al 2031 del code civil (codice civile) o dal diritto straniero o da qualsiasi altra disposizione attinente.»

Capitolo III

Disposizioni fiscali

Sezione 1

Registrazione e pubblicità fondiaria

Articolo 3

I. - Il comma 1 dell'articolo 635 del code général des impôts (codice generale delle imposte) è completato da un num. 8° così redatto:

«8° Gli atti costituenti la formazione, la modificazione o l'estinzione di un contratto di *fiducia*, ed i trasferimenti dei beni o diritti supplementari al fiduciario nelle condizioni previste dall'articolo 2019 del code civil (codice civile).»

II. - Prima dell'articolo 669 dello stesso codice, è inserito un articolo 668 bis così redatto:

«Art. 668 bis. - Ai fini della liquidazione dei diritti di registrazione e della tassa di pubblicità fondiaria, il valore del credito detenuto per una *fiducia* è valutato al valore venale reale netto dei beni messi nella *fiducia* o dei beni acquisiti nel reimpiego, alla data del fatto generante l'imposta.»

III. - Il sesto comma dell'articolo 1115 dello stesso codice è così redatto:

«Per l'applicazione delle condizioni di rivendita, i trasferimenti dei diritti o dei beni in un patrimonio fiduciario e gli apporti puri e semplici effettuati a partire dal 1° gennaio 1996 non sono considerati come delle vendite.»

IV. - Nell'articolo 1020 dello stesso codice, le parole ed i riferimenti: «e 1133 ter» sono sostituite dai riferimenti: «, 1133 ter e 1133 quater».

V. - Dopo l'articolo 1133 ter dello stesso codice, è inserito un articolo 1133 quater così redatto:

«Art. 1133 quater. - Con riserva delle disposizioni dell'articolo 1020, gli atti costituenti la formazione, la modificazione o l'estinzione di un contratto di fiducia o costituenti il trasferimento di beni o diritti supplementari al fiduciario sono soggetti ad un diritto/tassa fissa di Euro 125.

«Tuttavia, l'articolo 1020 non si applica agli atti che comportino il ritorno di tutto o parte del patrimonio fiduciario al costituente.»

VI. - Dopo l'articolo 1378 sexies dello stesso codice, è inserito un articolo 1378 septies così redatto:

«Art. 1378 septies. - Per l'applicazione della tassa di registrazione, i diritti del costituente risultanti dal contratto di *fiducia* si presumono riferiti ai beni formanti il patrimonio fiduciario. Al momento della trasmissione di questi diritti, i diritti/le tasse di trasferimento sono esigibili secondo la natura dei beni e dei diritti trasmessi.»

Articolo 4

Dopo l'articolo 792 dello stesso codice, sono inseriti due articoli 792 bis e 792 ter così redatti:

«Art. 792 bis. - Quando è accertato un trasferimento con intento liberale di beni o diritti che sono oggetto di un contratto di fiducia, o dei frutti che derivano dallo sfruttamento di questi beni o diritti, i diritti/tasse di trasferimento a titolo gratuito si applicano sul valore dei beni, diritti, o frutti così trasferiti, valutati alla data di detto trasferimento. Sono liquidati in base alla tariffa indicata nella tabella III dell'articolo 777 applicabile tra persone non imparentate.

«Per l'applicazione delle disposizioni indicate al primo comma, l'intento liberale è chiaramente manifesto qualora il trasferimento è privo della contropartita reale o quando il vantaggio in natura o il risultato di una diminuzione del prezzo di cessione è riconosciuto ad un terzo dal fiduciario nell'ambito della gestione del patrimonio fiduciario. In quest'ultimo caso, i diritti/tasse di trasferimento a titolo gratuito si applicano sul valore di questo vantaggio.

«Art. 792 ter. - Nel caso indicato all'articolo 2031 del code civil (codice civile), al momento del trasferimento, al termine del contratto, del patrimonio fiduciario alle persone fisiche o alle persone giuridiche non assoggettate all'imposta sulle società, aventi diritto del costituente, i diritti di trasferimento a titolo gratuito si applicano sul valore dei beni o diritti oggetto della fiducia, valutati alla data di detto trasferimento. Sono liquidati in base alla tariffa indicata nella tabella III dell'articolo 777 applicabile tra persone non imparentate.»

Legislazione**Sezione 2
Imposte dirette****Articolo 5**

I. - Dopo il n. 1 dell'articolo 150-0 D del code général des impôts (codice generale delle imposte), è inserito il n. 1 bis così redatto:

«1 bis. In caso di cessione dei titoli o diritti acquisiti secondo le condizioni previste all'articolo 792 ter, il prezzo di acquisto di questi titoli o diritti si intende del loro valore calcolato secondo la determinazione dei diritti/tasse di trasferimento a titolo gratuito previsto dallo stesso articolo 792 ter.»

II. - Il V dell'articolo 150-0 D bis dello stesso codice è completato da un n. 7° così redatto:

«7° In caso di cessione di titoli o diritti elencati al n. 1 bis dell'articolo 150-0 D, a partire dal 1° gennaio dell'anno di trasferimento dei titoli o dei diritti ceduti dal patrimonio fiduciario agli aventi diritto.»

III. - Il comma I dell'articolo 150 VB dello stesso codice è completato da un capoverso così redatto:

«In caso di cessione di un bene o di un diritto indicato dagli articoli dal 150 U al 150 UB, acquisito al momento del trasferimento del patrimonio fiduciario agli aventi diritto, al termine del contratto di *fiducia*, il prezzo di acquisto corrisponde al valore di detto bene o di detto diritto così come è stato indicato nell'atto.»

Articolo 6

Il capitolo II del titolo I° della prima parte de libro I° dello stesso codice è completato da una sezione 9 così redatta:

**«Sezione 9
«Fiducia****«Sottosezione 1
«Costituzione di un patrimonio fiduciario**

«Art. 223 V. - I. - Gli utili o le perdite così come le plusvalenze e le minusvalenze risultanti dal trasferimento nel patrimonio fiduciario dei beni e diritti iscritti all'attivo del bilancio del costituente della *fiducia* non sono compresi nel risultato imponibile dell'esercizio di trasferimento se le condizioni seguenti sono tutte presenti:

«1° Il contratto di *fiducia* risponde alle condizioni previste dagli articoli dal 2011 al 2031 del code civil (codice civile);

«2° Il costituente è designato come il o uno dei beneficiari nel contratto di *fiducia*;

«3° Il fiduciario deve rispettare gli impegni, presi nel contratto di *fiducia*, avendo cura di:

«a) Iscrivere nelle scritture del patrimonio fiduciario i beni o i diritti trasferiti così come gli ammortamenti e le provviste di qualsiasi natura inerenti;

«b) Sostituirsi al costituente per la reintegrazione delle provviste e dei risultati relativi ai beni o diritti trasferiti di cui la presa in conto era stata differita per l'imposizione di questo ultimo;

«c) Calcolare le ulteriori plusvalenze realizzate al momento della cessione delle immobilizzazioni non ammortizzabili che sono state trasferite nel patrimonio fiduciario secondo il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del costituente;

«d) Reintegrare negli utili imponibili a titolo di patrimonio fiduciario le plusvalenze o le minusvalenze riprese all'epoca del trasferimento dei beni ammortizzabili. La reintegrazione dei plusvalori è effettuata in parti uguali, nel limite della durata iniziale del contratto di *fiducia*, per un periodo di quindici anni per le costruzioni ed i diritti inerenti alle costruzioni così come per le piantagioni, e i miglioramenti e le sistemazioni dei terreni ammortizzabili per un periodo almeno uguale a questa durata. Questo periodo è di cinque anni negli altri casi.

«Tuttavia, la cessione di un bene ammortizzabile comporta l'imposizione immediata della frazione del plusvalore relativo a detto bene che ancora non è stato reintegrato.

«In compenso, gli ammortamenti ed i plusvalori ulteriori inerenti agli elementi ammortizzabili sono calcolati secondo il valore di iscrizione nelle scritture del patrimonio fiduciario;

«4° Gli elementi, diversi dalle immobilizzazioni, trasferiti nel patrimonio fiduciario devono essere iscritti nelle scritture del patrimonio fiduciario per il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del costituente.

«In difetto, l'utile corrispondente alla differenza tra il valore di iscrizione nelle scritture del patrimonio fiduciario di questi elementi ed il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del costituente è compreso nel risultato imponibile di questo ultimo a titolo dell'esercizio nel corso del quale interviene il trasferimento nel patrimonio fiduciario.

«II. - I diritti concernenti un contratto di leasing concluso nelle condizioni previste ai numeri 1 e 2 dell'articolo L. 313-7 del code monétaire et financier (codice monetario e finanziario) sono assimilati agli elementi dell'attivo immobilizzato, ammortizzabili o non ammortizzabili alle condizioni previste all'articolo 39 duodécies A.

«Per l'applicazione della lettera c) del n. 3 del comma I del presente articolo, in caso di cessione successiva dei diritti elencati al primo capoverso del presente comma II, che sono assimilati agli elementi non ammortizzabili o di cessione del terreno, il plusvalore è calcolato secondo il valore che questi diritti avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del costituente. «Queste disposizioni si applicano ai diritti relativi ai contratti di leasing che si basano su elementi incorporali ammortizzabili di un avviamento commerciale o similari.

«III. - Per l'applicazione del presente articolo, i titoli del portafoglio che costituiscono il risultato di cessione sono esclusi dal regime delle plusvalenze o delle minusvalenze a lungo termine, conformemente all'articolo 219 sono assimilati agli elementi non ammortizzabili dell'attivo immobilizzato.

«Sottosezione 2**«Disposizioni applicabili durante il contratto di fiducia****«I. - Risultato del patrimonio fiduciario**

«Art. 223 VA. - L'utile imponibile della *fiducia* è determinato secondo le regole applicabili all'utile realizzato dal titolare di un credito a titolo di questa e posto a nome del titolare di questa.

«In caso di pluralità di titolari, l'utile della *fiducia* è posto a nome di ciascun titolare proporzionalmente al valore reale del o dei beni o diritti messi in *fiducia* da ognuno dei costituenti alla data alla quale ciascuno ha trasferito degli elementi nel patrimonio fiduciario.

«Art. 223 VB. - Nel caso considerato all'articolo 2031 del codice civile (codice civile), l'utile imponibile della *fiducia* è determinato secondo le regole applicabili agli utili oggetto della tassa sulle società. La tassa dovuta è calcolata secondo i parametri indicati al comma I dell'articolo 219 del presente codice e assolta dal fiduciario. Questa tassa è stabilita e regolata come la tassa sulle società e secondo le stesse garanzie e sanzioni.

«II. - Situazione del costituente

«Art. 223 VC. - Ogni variazione o deprezzamento dell'importo del credito o dei crediti a titolo della *fiducia* rimane senza incidenza sul risultato imponibile del titolare di questo credito.

«Art. 223 VD. - Per l'applicazione del presente codice e dei suoi allegati, il fatturato proveniente dalla gestione del patrimonio fiduciario si aggiunge a quello realizzato dal costituente.

«In caso di pluralità di costituenti, il fatturato è ripartito proporzionalmente al valore reale del o dei beni o diritti messi nella *fiducia* da ciascuno dei costituenti alla data alla quale ognuno ha trasferito degli elementi nel patrimonio fiduciario.

«Sotto-sezione 3

«Termine della fiducia

«Art. 223 VE - In caso di cessione o di annullamento di tutto o di parte del credito constatato a titolo del contratto di *fiducia*, i risultati del patrimonio fiduciario sono determinati, alla data di cessione o di annullamento, nelle condizioni previste agli articoli 201 e successivi ed imposti al nome del cedente.

«La differenza tra il prezzo di cessione del credito ed il prezzo di realizzo non ha incidenza sul risultato imponibile del cedente.

«II. - Il comma I si applica anche in caso di cessazione o di scioglimento del titolare del credito, in caso di risoluzione o di annullamento del contratto di *fiducia* o quando si conclude.

«Art. 223 VF. - L'articolo 223 VE non si applica in caso di trasferimento del credito realizzato nell'ambito di un'operazione che beneficia delle disposizioni previste all'articolo 210 A.

«Art. 223 VG. - Ad eccezione delle disposizioni dell'articolo 223 VE, quando il contratto di *fiducia* termina, gli utili o le perdite così come le plusvalenze o le minusvalenze risultanti dal trasferimento dei beni o diritti del patrimonio fiduciario al costituente non sono compresi nel risultato imponibile dell'esercizio di trasferimento se le seguenti condizioni sono tutte presenti:

«1° Il contratto di *fiducia* si conclude senza liquidazione del patrimonio fiduciario;

«2° Il costituente deve rispettare i seguenti impegni:

«a) Iscrivere nel suo bilancio i beni o diritti trasferiti così come gli ammortamenti e le provviste di ogni natura inerenti;

«b) Sostituirsi al fiduciario per la reintegrazione delle provviste e risultati relativi ai beni e diritti trasferiti di cui la presa in conto era stata differita per l'imposizione del patrimonio fiduciario;

«c) Calcolare i plusvalori realizzati successivamente in occasione della cessione delle immobilizzazioni non ammortizzabili che gli sono state trasferite secondo il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del patrimonio fiduciario;

«d) Reintegrare nei suoi utili imponibili plusvalenze o minusvalenze riprese all'epoca del trasferimento di beni ammortizzabili. La reintegrazione dei plusvalori è effettuata in parti uguali per un periodo di quindici anni per le costruzioni ed i diritti che si riferiscono alle costruzioni così come per le piantagioni, e i miglioramenti e le sistemazioni dei terreni ammortizzabili per un periodo almeno uguale a questa durata. Questo periodo è di cinque anni negli altri casi.

«Tuttavia, la cessione di un bene ammortizzabile comporta l'imposizione immediata della frazione del plusvalore relativo a questo bene che ancora non è stata reintegrata.

«In compenso, gli ammortamenti ed i plusvalori ulteriori relativi agli elementi ammortizzabili sono calcolati secondo il valore di iscrizione in bilancio;

«3° Gli elementi diversi dalle immobilizzazioni devono essere iscritti nel bilancio del costituente per il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del patrimonio fiduciario. In difetto, il guadagno corrispondente alla differenza tra il valore di iscrizione nel bilancio del costituente di questi elementi ed il valore che avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del patrimonio fiduciario è compreso nel risultato imponibile di questo ultimo a titolo dell'esercizio nel corso del quale interviene il ritorno dei beni al costituente.

«II. - Per l'applicazione del comma I, gli impegni elencati al n. 2° del comma I sono presi nell'atto constatando il trasferimento dei beni o diritti del patrimonio fiduciario al costituente o, in difetto, in una scrittura privata avente data certa, redatta per l'occasione.

«III. - I diritti relativi ad un contratto di leasing concluso nelle condizioni previste ai commi 1 e 2 dell'articolo L. 313-7 del code monétaire et financier (codice monetario e finanziario) sono assimilati agli elementi dell'attivo immobilizzato, ammortizzabili o non ammortizzabili nelle condizioni previste all'articolo 39 duodécies A del presente codice.

«Per l'applicazione della lettera c) del n. 2° del comma I del presente articolo, in caso di cessione successiva dei diritti elencati al primo capoverso del presente comma III che sono assimilati agli elementi non ammortizzabili o di cessione del terreno, il plusvalore è calcolato secondo il valore che questi diritti avevano, dal punto di vista fiscale, nelle scritture del patrimonio fiduciario.

«Queste disposizioni si applicano ai diritti relativi ai contratti di leasing che si basano su degli elementi incorporali ammortizzabili di un avviamento commerciale o similari.

«IV. - Per l'applicazione del presente articolo, i titoli del portafoglio i quali sono il risultato della cessione sono esclusi dal regime delle plusvalenze e delle minusvalenze a lungo termine conformemente all'articolo 219 sono assimilati agli elementi non ammortizzabili dell'attivo immobilizzato.

«Sotto-sezione 4

«Obblighi dichiarativi che incombono sul fiduciario che ha i poteri

«Art. 223 VH. La *fiducia* è oggetto di una dichiarazione di

Legislazione

esistenza da parte del fiduciario nelle condizioni e termini fissati per decreto.

«Art. 223 VI. - Il fiduciario è tenuto agli obblighi dichiarativi che incombono normalmente sulle società soggette al regime fiscale delle società di persone definite all'articolo 8.

«Art. 223 VJ. - Per l'applicazione del presente codice e dei suoi allegati, le risultanze che rappresentano le scritture del patrimonio imputabile all'esercizio tengono conto del bilancio e del conto economico di ogni patrimonio fiduciario.»

Articolo 7

L'articolo 54 septies dello stesso codice è così modificato:

1° Nella prima frase del comma I, i riferimenti: «210 B e 210 D» sono sostituiti dai riferimenti: «210 B, 210 D e 223 VG»;

2° Il comma II è così modificato:

a) Il primo capoverso è completato da due frasi così redatte:

«Ne è parimenti dei plusvalori ripresi dagli elementi dell'attivo non ammortizzabili risultanti dal trasferimento, in o fuori, da un patrimonio fiduciario e per i quali l'imposizione è stata effettuata applicando l'articolo 223 V o l'articolo 223 VG. Quando l'imposizione è effettuata applicando l'articolo 223 V, il registro è tenuto dal fiduciario che ha iscritto questi beni nelle scritture del patrimonio fiduciario.»;

b) La seconda frase del secondo capoverso è completata dalle parole: «o del patrimonio fiduciario».

Sezione 3

Tassa sul valore aggiunto

Articolo 8

I. - Nel n. 1° del comma IV dell'articolo 256 del code général des impôts (codice generale delle imposte), le parole: «ed i lavori immobiliari» sono sostituite dalle parole: «, i lavori immobiliari e l'esecuzione delle obbligazioni del fiduciario».

II. - L'articolo 257 dello stesso codice è così modificato:

1° Il comma 6° è così redatto:

«6° Con riserva del comma 7°:

«a) Le operazioni che concernono gli immobili, gli avviamenti commerciali o le azioni o parti di società immobiliari e i cui risultati devono essere compresi nelle basi dell'imposta sul reddito a titolo di utili industriali e commerciali;

«b) Le cessioni di diritti a titolo di un contratto di *fiducia* rappresentativi di beni considerati al primo capoverso e di cui i risultati devono essere compresi nelle basi dell'imposta su reddito a titolo di utili industriali e commerciali;»

2° Dopo la lettera b) del n. 1 del comma 7°, è inserita una lettera b) bis così redatta:

«b bis) Le cessioni per il costituente, nell'ambito di un contratto di *fiducia*, di diritti rappresentativi di beni considerati alle lettere a) e b);»

3° Nell'ultimo capoverso del n. 2 del comma 7°, dopo le parole: «dei diritti sociali», sono inserite le parole: «o dei diritti che risultano da un contratto di *fiducia*».

III. - Dopo la lettera f) del n. 1 dell'articolo 266 dello stesso codice, è inserita una lettera f) bis così redatta:

«f bis) Per le prestazioni effettuate da un fiduciario, per la remunerazione versata dal costituente o trattenuta sugli incassi dello sfruttamento dei diritti e beni del patrimonio fiduciario;».

IV. - La lettera b) dell'articolo 268 dello stesso codice è completata da un capoverso così redatto:

«Quando l'operazione è realizzata da un fiduciario, le somme elencate ai due precedenti capoversi si rivalutano, all'occorrenza, presso il costituente.»

V. - Dopo l'articolo 285 dello stesso codice, è inserito un articolo 285 A così redatto:

«Art. 285 A. - Per le operazioni relative allo sfruttamento dei beni o diritti di un patrimonio fiduciario, il fiduciario è considerato come un obbligato distinto per ogni contratto di *fiducia*, salvo per la valutazione dei limiti di regimi di imposizione e di franchigie, per le quali si considera il fatturato realizzato dall'insieme dei patrimoni fiduciari che hanno un stesso costituente.»

Sezione 4 Fiscalità locale

Articolo 9

I. - L'articolo 1476 del code général (codice generale delle imposte) è completato da un capoverso così redatto:

«Quando l'attività è esercitata in virtù di un contratto di *fiducia*, essa si impone a nome del fiduciario.»

II. - L'inizio del comma 2° dell'articolo 1467 dello stesso codice è così redatto:

«Nel caso di titolari di profitti non commerciali, di agenti di affari, di fiduciari per il compimento del loro scopo e di intermediari di commercio che adoperano meno di cinque salariati... (il resto senza cambiamento.»

III. - Dopo l'articolo 1518 B dello stesso codice, è inserito un articolo 1518 C così redatto:

«Art. 1518 C. - I trasferimenti e le trasmissioni che risultano dall'esecuzione di un contratto di *fiducia* non incidono sul valore locativo dei beni considerati.»

IV. - L'articolo 1400 dello stesso codice è completato da un comma IV così redatto:

«IV. - Quando un immobile è stato trasferito a seguito di un contratto di *fiducia*, la tassa fondiaria è stabilita a nome del fiduciario.»

Sezione 5 Diritto di controllo e diritto di comunicazione

Articolo 10

I. - Dopo il terzo capoverso dell'articolo L. 12 del libro des procédures fiscales (delle procedure fiscali), è inserito un capoverso così redatto:

«Quando un contratto di *fiducia* o gli atti che lo modifica-

no non sono stati registrati secondo le condizioni previste dall'articolo 2019 del codice civile, o palesati all'amministrazione fiscale prima dell'impegno dell'esame contraddittorio della situazione fiscale personale di un contribuente che ne è parte o ne detiene dei diritti, il periodo previsto al terzo capoverso è prorogato in base al termine trascorso tra la data di ricevimento dell'avviso di verifica e la registrazione o la scoperta della notizia.»

II. - L'articolo L. 13 dello stesso libro è completato da un capoverso così redatto:

«Le *fiducie*, nella persona del loro fiduciario, sono soggette a verifica di contabilità secondo le condizioni previste dal presente articolo.»

III. - L'articolo L. 53 dello stesso libro è completato da un capoverso così redatto:

«Per quanto riguarda le *fiducie*, la procedura di verifica delle dichiarazioni depositate dal fiduciario per conto di queste ultime è seguita dall'amministrazione delle imposte ed il fiduciario.»

IV. - La sezione 4 del capitolo I° del titolo II della prima parte dallo stesso libro è completata da un V così redatto:

«V. - *Fiducia*:

«Art. L. 64 C. - Fatta salva la sanzione di nullità prevista all'articolo 2013 del codice civile, i contratti di *fiducia* con intento liberale consentiti ai sensi dell'articolo 792 bis del code général des impôts (codice generale delle imposte) e che comportano una riduzione dei diritti/tasse a titolo di tutte le imposte e tasse dovute da una qualsiasi delle persone che sono parte al contratto o che ne detengono dei diritti non possono essere opposti all'amministrazione la quale è in diritto di attribuire il vero carattere all'operazione contestata.»

V. - Il secondo capoverso dell'articolo L. 68 dello stesso libro è completato dalle parole: «o, per le *fiducie*, se gli atti previsti all'articolo 635 del code général des impôts (codice generale delle imposte) non sono stati registrati.»

VI. - Dopo i 1° bis dell'articolo L. 73 dello stesso libro, è inserito un comma 1° ter così redatto:

«1° ter. L'utile imponible delle *fiducie* quando la dichiarazione annua prevista all'articolo 223 VI del code général des impôts (codice generale delle imposte) non è stata depositata nel termine legale dal fiduciario;».

VII. - Dopo l'articolo L. 96 E dello stesso libro, è inserito un articolo L. 96 F così redatto:

«Art. L. 96 F. - Il fiduciario, il costituente, il beneficiario od ogni persona fisica o giuridica che esercita in qualche modo un potere di decisione diretta o indiretta sulla *fiducia* deve comunicare nella sua domanda all'amministrazione delle imposte qualsiasi documento relativo al contratto di *fiducia*, senza che possa essere opposto l'obbligo di segretezza previsto all'articolo 226-13 del codice penale.»

Articolo 11

L'ultimo capoverso (b) dell'articolo 1729 del code général des

impôts (codice generale delle imposte) è completato dalle parole: «o in caso di applicazione delle disposizioni dell'articolo 792 bis».

Capitolo IV Disposizioni contabili

Articolo 12

I. - Gli elementi dell'attivo e del passivo trasferiti nell'ambito dell'operazione elencata all'articolo 2011 del code civil (codice civile) formano un patrimonio imputabile. Le operazioni imputabili secondo questo ultimo sono oggetto di una contabilità autonoma presso il fiduciario.

II. - Le persone giuridiche elencate all'articolo 2015 del code civil (codice civile) predispongono dei conti annuali conformemente alle disposizioni degli articoli dal L. 123-12 al L. 123-15 del code de commerce (codice di commercio).

III. - Il controllo della contabilità autonoma indicata al comma I è esercitato da uno o più revisori dei conti nominati dal fiduciario qualora il o i costituenti sono loro stessi tenuti a designare un revisore dei conti. Il rapporto del revisore dei conti è presentato al fiduciario. Il revisore dei conti non è tenuto al segreto professionale nei confronti dei revisori dei conti delle altre parti del contratto di fiducia.

IV. - Le disposizioni dei commi I e II sono precisate da un regolamento del comitato di regolamentazione contabile.

Capitolo V Disposizioni comuni

Articolo 13

Il costituente ed il fiduciario devono essere residenti in un Stato della Comunità europea o in un Stato o territorio che ha concluso con la Francia una convenzione fiscale con l'intento di eliminare le doppie imposizioni che contengono una clausola di assistenza amministrativa al fine di lottare contro la frode o l'evasione fiscale.

Articolo 14

Quando il contratto di *fiducia* ha per oggetto la copertura dei rischi di assicurazione o di riassicurazione, la presente legge si applica con riserva delle disposizioni del code des assurances (codice delle assicurazioni).

Article 15

I documenti relativi al contratto di *fiducia* sono trasmessi, a loro richiesta e senza che possa essere opposto loro il segreto professionale, all'ufficio istituito all'articolo L. 562-4 del code monétaire et financier (codice monetario e finanziario), agli uffici delle dogane ed agli ufficiali di polizia giudiziaria, alle autorità di controllo competenti in materia di lotta contro il riciclaggio di capitali, all'amministrazione fiscale ed al giudice, dal fiduciario, dal costituente, dal beneficiario o da qualsiasi persona fisica o

Legislazione

giuridica che esercita, in qualche modo, quale sia, un potere di decisione diretto o indiretto sulla *fiducia*.

Questi documenti sono esigibili per un periodo di dieci anni dalla fine del contratto di *fiducia*.

Articolo 16

Dopo l'articolo 2328 del code civil (codice civile), è inserito un articolo 2328-1 così redatto:

«Art. 2328-1. - Ogni garanzia reale può essere iscritta, gestita e realizzata per conto dei creditori dell'obbligazione garantita da una persona che viene designata a questo fine nell'atto che constata questa obbligazione.»

Articolo 17

L'articolo 1596 del code civil (codice civile) è completato da un capoverso così redatto:

«I fiduciari, dei beni o dei diritti che compongono il patrimonio fiduciario.»

Articolo 18

Il code de commerce (codice di commercio) è così modificato:
1° Il comma II dell'articolo L. 233-10 è completato da un comma 5° così redatto:

«5° Tra il fiduciario ed i beneficiari di un contratto di *fiducia*, se questo beneficiario è il costituente.»;

2° Il comma I dell'articolo L. 632-1 è completato da un comma 9° così redatto:

«9° Ogni trasferimento di beni o di diritti in un patrimonio fiduciario in applicazione degli articoli 2011 e successivi del codice civile.»

La presente legge sarà attuata come legge dello Stato.

Trasferimento di immobili al trustee - registrazione a tasa fissa

di Marco Montefameglio

L'Ufficio delle Entrate di Ravenna ha assoggettato a tasa fissa un trasferimento di immobili ad un trustee, effettuato successivamente all'entrata in vigore del D.L. 3 Ottobre 2006, n. 262. Il comportamento adottato dall'Amministrazione Finanziaria costituisce un importante precedente che conferma la teoria secondo la quale, dopo la recente introduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni, i trasferimenti dal disponente al trustee non devono scontare l'imposta proporzionale.

L'atto di trasferimento in oggetto(1) è stato stipulato il 2 marzo 2007, pochi mesi, quindi, dopo l'approvazione della legge 24 novembre 2006, n. 286, di conversione del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262 (recante disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria), successivamente modificato dall'art. 1, comma 77, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge Finanziaria 2007).

Trattasi di un classico trust familiare di protezione patrimoniale, istituito nel mese di luglio 2006, nel cui patrimonio, sin dalla istituzione, era prevista l'inclusione dell'immobile in oggetto. Non essendo stato possibile dare esecuzione al trasferimento immobiliare contestualmente all'istituzione del trust, per mancanza - in quel momento - di alcuni documenti richiesti dalla legge, si è comunque dichiarato l'immobile come facente parte del fondo in trust, sancendo quindi l'obbligo di successivo trasferimento a carico del disponente-proprietario, e rimandando ad un momento successivo la stipula del relativo atto.

Nelle more, nel nostro ordinamento è stata reintrodotta, dall'articolo 2, commi da 47 a 53, del citato D.L. n. 262 del 3 ottobre 2006, l'imposta sulle successioni e donazioni, a suo tempo abrogata dal Governo Berlusconi.

Trattandosi di uno dei primi atti di trasferimento di beni ad un trustee stipulato dopo la novella, la questione riveste dunque un particolare interesse.

L'Ufficio delle Entrate di Ravenna ha registrato

l'atto a tasa fissa, riscuotendo in via proporzionale le sole imposte ipotecarie e catastali(2).

La posizione assunta nella fattispecie dall'Ufficio delle Entrate, conforme all'orientamento che in dottrina si è andato formandosi successivamente all'entrata in vigore del decreto legge, appare assolutamente condivisibile, e in mancanza a tutt'oggi di interpretazioni ufficiali da parte dell'Amministrazione Finanziaria, stabilisce un precedente importante in materia di tassazione indiretta dei trust.

Il dettato letterale dei commi da 47 a 53 dell'articolo 2 D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 ha infatti sollevato, sin da subito, un acceso dibattito in dottrina sulla reale portata della disposizione che assoggetta a tassazione "i trasferimenti di beni e diritti a titolo gratuito" e la "costituzione di vincoli di destinazione". La norma infatti, pur non citando esplicitamente l'istituto del trust, parrebbe applicabile, quantomeno in prima lettura, ai trasferimenti effettuati dal disponente al trustee. Non pare esserci dubbio, infatti, che tali trasferimenti siano atti gratuiti (essendo la gratuità connessa al *modus*, ed intendendo quindi come tali gli atti privi di corrispettivo), così come i medesimi trasferimenti implicano, per la loro stessa natura, la contemporanea istituzione di un vincolo di destinazione, rappresentato dall'obbligazione fiduciaria del trustee nei confronti dei beneficiari.

Fondate sono, tuttavia, le argomentazioni a sostegno della tesi che vuole i trasferimenti al trustee non assoggettati all'imposta proporzionale sulle successioni e donazioni.

Il trustee riceve il bene, e ne acquisisce la proprietà, in senso giuridico, ma certamente non in senso economico: proprio l'obbligazione fiduciaria di cui egli è gravato verso i beneficiari fa sì che egli sia proprietario del bene, ma non possa trarne alcuna utilità. È dunque evidente che l'atto di segregazione in

Note:

Marco Montefameglio è dottore commercialista in Bologna e Milano; professore a contratto dell'Università di Bologna.

(1) V. *infra*, 485.

(2) V. *infra*, 486.

Prassi negoziale

trust non ha come conseguenza un incremento patrimoniale effettivo nei confronti del trustee, né si può ipotizzare che questo sia lo scopo perseguito dal disponente. L'assoluta mancanza di capacità contributiva in capo al trustee conduce dunque - coerentemente - a quella che è la c. d. teoria "unitaria" dell'istituto del trust: la peculiarità dell'istituto impone di considerare nel loro complesso tutti gli atti che lo compongono, connotati da un'unica causa (la causa trust, per l'appunto). In questa visione il trustee appare come un semplice "strumento", la cui presenza è da un lato indispensabile per l'attuazione del programma, ma dall'altro non ha nessuna influenza effettiva sulla circolazione dei beni, quantomeno non nel senso "economico" cui innanzi si accennava.

Appare dunque corretto, in base a tale teoria "unitaria", dare rilievo, ai fini della tassazione indiretta, solo al trasferimento finale dal trustee ai beneficiari, e non anche al primo, dal disponente al trustee(3).

Tale interpretazione, peraltro, trova riscontro anche normativo sia nello stesso D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 che nelle disposizioni in materia di imposta di registro: laddove il comma 49 dell'art. 2 del decreto stabilisce che il valore globale dei beni e dei diritti su cui applicare l'imposta è determinato "[...] al netto degli oneri da cui è gravato il beneficiario diversi da quelli indicati dall'art. 58, comma 1, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346"(4) il riferimento all'obbligazione fiduciaria di cui è gravato il trustee viene naturale: è pacifico, sotto questo profilo, che il trustee è gravato

da un debito, in relazione ai beni in trust, il cui ammontare è pari al valore dei beni stessi(5).

Ancora, l'art. 20 del D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131(6) stabilisce, in materia di imposta di registro, un criterio che ben si presta, nella fattispecie, ad interpretare il "programma trust" secondo il suo effettivo contenuto, intrinseco ed unitario, considerando gli effetti giuridici complessivi, e non attribuendo autonoma valenza ai singoli atti che lo compongono.

Corretta interpretazione della norma tributaria, dunque, da parte dell'Ufficio delle Entrate di Ravenna, che si auspica venga ratificata al più presto dalla attesa circolare ministeriale.

Note:

(3) Per lo stesso motivo, pare corretto affermare che le aliquote e le franchigie previste dai commi 49 e 49-bis dell'art. 2 D. L. 3 ottobre 2006, n. 262 debbano essere applicate con riferimento al grado di parentela intercorrente fra il disponente ed il beneficiario, essendo irrilevante il rapporto intercorrente fra trustee e disponente o fra trustee e beneficiario.

(4) Art. 58, comma 1, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346: "Gli oneri da cui è gravata la donazione, che hanno per oggetto prestazioni a soggetti terzi determinati individualmente".

(5) Si pensi soltanto, per quanto occorrer possa, alle modalità di contabilizzazione, nei bilanci delle *trust companies*, dei beni in trust: all'attivo vengono indicati i beni detenuti in trust, secondo i rispettivi valori, mentre al passivo si indicano, per uguale valore, i corrispondenti debiti verso i beneficiari: l'onere di cui è gravato il trustee è pari al 100% del bene!

(6) Art. 20 D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131: "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".

Atto di conferimento di beni immobili a trust esistente

Atto notarile 2 marzo 2007, Rep. n. 124199 -
 Racc. n. 26481

**REPERTORIO N. 124199
 RACCOLTA N. 26481**

ATTO DI TRASFERIMENTO DI BENI IMMOBILI AL TRUSTEE DEL TRUST DENOMINATO "TRUST BIZANTINO"

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno duemilasette, il giorno due del mese di marzo

2 marzo 2007

in Ravenna, nel mio studio sito in Piazza XX Settembre n. 6.

Avanti a me Dott. Eraldo SCARANO, Notaio in Ravenna, iscritto nel Collegio del Distretto Notarile di Ravenna, con l'assistenza delle testimoni a me note ed idonee ai sensi di legge, signore:

- PS, nata a Ravenna il _____, residente a Ravenna, Via _____;

- CF, nata a Faenza (RA) il _____, residente a Ravenna, Via _____;

SONO PRESENTI I SIGNORI:

- GA, nato a Russi (RA) il _____, residente a Russi (RA), Via _____, C.F. _____, il quale interviene nel presente atto in qualità di Disponente e quale procuratore speciale del signor GD, nato a Russi (RA) il _____, residente a Russi (RA), Via _____, C.F. _____, in virtù di espresso mandato con procura rilasciatagli nell'atto istitutivo di Trust denominato "Trust Bizantino", con sede in Bologna, Piazza Galvani n. 3, codice fiscale 91273250372, istituito con atto autentificato nelle firme da me Notaio in data 31 luglio 2006, Repertorio n. 122745/25454, registrato a Ravenna il 4 agosto 2006 al n. 2053 (da qui in poi l'"Atto Istitutivo di Trust" o il "Trust Bizantino");

- MONTEFAMEGLIO Marco, nato a Torino il 22 aprile 1960, domiciliato per la carica in Bologna, Piazza Galvani n. 3, il quale interviene nel presente atto non in proprio ma quale Presidente del Consiglio di Amministrazione della società: "GALVANI

FIDUCIARIA S.R.L. - SOCIETA' DI AMMINISTRAZIONE FIDUCIARIA E TRUST" in forma abbreviata "GALVANI FIDUCIARIA S.R.L." in logo "GALVANI FIDUCIARIA" (quale "Trustee" del "Trust Bizantino" come appresso precisato) con sede in Bologna, Piazza Galvani n. 3, Codice Fiscale e numero di iscrizione presso il Registro delle Imprese di Bologna: 02115851202, Capitale Sociale 10.000,00 (diecimila/00) interamente versato, in virtù dei poteri conferitigli dal Consiglio di Amministrazione della società stessa nella riunione del 27 febbraio 2007.

Detti comparenti, della cui identità personale io Notaio sono certo,

PREMESSO CHE:

1. nell'Atto Istitutivo di Trust da me autentificato nelle firme in data 31 luglio 2006, sopra meglio precisato, all'art. 2 è enunciata la Finalità del "Trust Bizantino" come segue:

"A. La "Finalità" del Trust è assicurare ai Disponenti, ed alle loro famiglie, la migliore e più efficace garanzia, protezione e tutela economica, negli anni a venire, cosicché il loro patrimonio, frutto di anni di lavoro e sacrifici, non vada disperso e rimanga indenne da qualsiasi fatto dovesse abbattersi sui Disponenti, per essere invece conservato e gestito ad esclusivo beneficio dei predetti e dei soggetti individuati nel Trust";

2. all'art. 3, è nominato il Trustee del "Trust Bizantino", la Società "Galvani Fiduciaria S.r.l.", come sopra meglio individuata e rappresentata;

3. all'art. 5, sono individuati il Fondo in Trust ed i Beni in Trust fra i quali l'immobile oggetto del presente atto, che costituisce quindi adempimento dell'impegno ivi previsto.

Tali beni, che costituiscono il Fondo in Trust, concorrono al perseguimento della Finalità del "Trust Bizantino" con gli effetti di separazione e segregazione che vengono ad imprimersi sui beni trasferiti, rispetto al patrimonio personale del Trustee stesso.

Nel predetto art. 5 è previsto come già facente parte del fondo in Trust e dei beni in Trust il fabbr-

Nota:

L'atto di conferimento è commentato da M. Montefameglio, *supra*, 483. La registrazione da parte dell'Agenzia delle Entrate di Ravenna è avvenuta a tassa fissa: si v. *infra*, 488.

Prassi negoziale

cato oggetto del presente contratto, oggi intestato al signor GD che ha conferito mandato con procura ai Disponenti e Beneficiari, fra i quali il signor GA, per procedere al trasferimento della proprietà in ossequio all'impegno assunto col sopra citato atto istitutivo;

4. all'art. 6, è prevista la possibilità di trasferire ulteriori beni in proprietà al Trustee del "Trust Bizantino";

5. all'art. 7, sono individuati i Beneficiari del "Trust Bizantino", nelle persone dei Disponenti, e nelle altre persone fisiche, facenti parte della famiglia dei Disponenti, o della loro cerchia strettamente affettiva, che questi ultimi possono nominare secondo i termini del Trust;

6. all'art. 8, è prevista la Durata del Trust che, salve le diverse ipotesi previste in detto articolo, in ogni caso non può superare il termine di anni 30 (trenta) dalla data di istituzione del "Trust Bizantino";

7. all'art. 10, è scelta quale Legge Regolatrice del "Trust Bizantino", la Legge di Jersey, Isole del Canale;

8. all'art. 21, viene dato atto dei poteri, e conseguenti diritti del Trustee fra i quali quello di comparire avanti le Autorità Giudiziarie, Notai e Pubblici Ufficiali, esercitando la pienezza dei suoi poteri;

9. all'art. 24, viene imposto al Trustee di richiedere alle preposte autorità le necessarie iscrizioni e trascrizioni nei Pubblici Registri previsti dal diritto italiano, in favore dei beni dei quali sia proprietario nella sua qualità di Trustee del "Trust Bizantino", affinché possano compiersi gli effetti traslativi del diritto di proprietà nonché assicurarsi la separazione e segregazione del Fondo in Trust anche in considerazione degli effetti della pubblicità verso i terzi.

CONSIDERATO INOLTRE CHE:

– per il riconoscimento del "Trust Bizantino" sono applicate le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, integralmente ratificata dalla Repubblica Italiana con legge 16 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore l'1 gennaio 1992, salve successive disposizioni di maggior favore, di seguito denominata la "Convenzione";

– l'atto istitutivo di Trust è rispondente ai requisiti di cui agli artt. 2, 6 e 11 della "Convenzione" e quindi conforme e rispettoso alla legge applicabile prescelta;

– l'atto istitutivo di Trust è portatore di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico italiano in quanto esplicita una Finalità lecita per il perseguimento della quale lo stesso è stato istituito;

– l'atto istitutivo di Trust richiama, nella sua parte in premessa, l'art. 2645 ter, i cui effetti i disponenti desiderano che si producano sui beni immobili facenti parte dei Beni in Trust.

Tutto ciò premesso e considerato, che deve formare parte integrante e sostanziale del presente atto, i comparenti convengono e stipulano quanto segue:

ART. I - Il signor GD, come sopra rappresentato, a norma di quanto previsto all'art. 5 dell'Atto Istitutivo del "Trust Bizantino", cede e trasferisce l'intera piena proprietà del seguente immobile alla società "GALVANI FIDUCIARIA S.R.L." che, a mezzo come sopra, accetta in qualità di Trustee del "Trust Bizantino" di cui in premessa, con effetto segregativo del bene acquistato ai sensi dell'art. 24 dell'atto istitutivo e della legge Jersey, Isole del Canale:

"Fabbricato di civile abitazione da cielo a terra sito in Russi (RA), Via _____, composto da due appartamenti costituiti entrambi di piani terra e primo con accesso indipendente, oltre a due garages con portico; il tutto con relativa area coperta e scoperta.

Confinante con ragioni della società "_____", altre ragioni dei Disponenti da due lati, salvi altri.

Costruito su terreno distinto nel vigente Catasto Terreni del Comune di Russi, al Foglio ____, con la particella n. ____, Ente Urbano di are 25.88.

Allibrato nel Catasto Fabbricati del Comune di Russi, al Foglio ____, con le particelle:

– n. ____ sub. 1, Via _____, p.T-1, Cat. A/2, Cl. 2, vani 8,5, R.C. 943,82 (classamento e rendita proposti D.M. 701/94);

– n. ____ sub. 2, Via _____, p.T-1, Cat. A/2, Cl. 2, vani 8,5, R.C. 943,82 (classamento e rendita proposti D.M. 701/94);

– n. ____ sub. 3, Via _____, p.T, Cat. C/6, Cl. 2, mq. 52, R.C. 161,13 (classamento e rendita proposti D.M. 701/94);

– n. ____ sub. 4, Via _____, p.T, Cat. C/6, Cl. 2, mq. 52, R.C. 161,13 (classamento e rendita proposti D.M. 701/94);

– n. ____ sub. 5, Via _____, p.T, B.C.N.C. (corte ai subb. 1, 2, 3 e 4);

(il tutto come da denuncia di Nuova Costruzione in data 29 giugno 2006, Prot. n. RA0077585).

Si allega al presente atto sotto la lettera "A", approvata dai comparenti, dagli stessi, dalle testi e da me Notaio sottoscritta, copia dell'elaborato planimetrico con relativa legenda.

ART. II - Il trasferimento viene fatto ed accettato a corpo con tutti, dell'immobile suddescritto, gli annessi e connessi, usi, diritti, azioni e ragioni, adiacenze, pertinenze ed accessioni, servitù attive e passive, nello stato di fatto e di diritto in cui l'immobile stesso oggi si trova, si possiede e si ha diritto di possedere dalla parte venditrice, nulla escluso od eccettuato, nonché con tutti i patti e servitù contenuti nell'atto per Notaio Toscano di Ravenna in data 21 ottobre 1972, Repertorio n. 2973, trascritto a Ravenna il 9 novembre 1972 all'art. 8022, che si richiamano per quanto possano riguardare l'immobile in oggetto, nonché con tutti i patti e condizioni di cui alla Convenzione edilizia stipulata con il Comune di Russi in data 16 maggio 2001, Repertorio n. 7643, trascritta a Ravenna il 29 maggio 2001 all'art. 5368 e successiva Convenzione in data 31 ottobre 2001, Repertorio n. 8231, trascritta a Ravenna il 13 novembre 2001 all'art. 12531.

ART. III - Garantisce il signor GA, nel nome, la buona proprietà e libera disponibilità e commerciabilità di quanto venduto, pervenuto al signor GD per giusti e legittimi titoli da oltre un ventennio;

garantisce, altresì, la libertà dell'immobile stesso da pesi, vincoli, privilegi anche fiscali, ipoteche e trascrizioni pregiudizievoli, volendo, in caso contrario, rispondere della evizione e della emenda di qualsiasi danno.

Ai sensi della vigente normativa in materia edilizia ed urbanistica, il signor GA, nel nome, dichiara che il fabbricato (già fabbricato colonico) è stato costruito in virtù di concessione edilizia n. 390 rilasciata dal Comune di Russi in data 2 settembre 1980, Prot. n. 6076 e successiva variante in data 7 luglio 1981 n. 259/80 - Prot. n. 5093, per la quale il Comune non ha rilasciato la relativa concessione come da propria comunicazione in data 29 maggio 1982, P.G. 1189.

Dichiara altresì, sempre nel nome, che:

– per la realizzazione di una recinzione è stata rilasciata dal Comune di Russi concessione edilizia n. 230 in data 18 gennaio 1983, Prot. n. 4692;

– per il mutamento d'uso, l'aumento dell'altezza interna al piano terra, il ricavo di cantine e garage e per modifiche interne al piano primo, è stata rilasciata dal medesimo Comune concessione a sanatoria in data 3 marzo 1993, n. 0992 come da domanda del 30 aprile 1986 - P.G. 3314.

ART. IV - I componenti dichiarano, in proprio e come sopra rappresentati, che il valore di quanto tra-

sferito è pari ad € 278.447,40 (duecentosettantottomilaquattrocentoquarantasette/40) - determinato ai sensi dell'art. 52, commi 4 e 5, del D.P.R. 131/86 - ad ogni effetto del presente atto ed anche per l'applicazione delle imposte ipotecarie e catastali di cui meglio in appresso.

ART. V - Il possesso dell'immobile trasferito si intende dato al Trustee del "Trust Bizantino" con tutti gli effetti attivi e passivi del trasferimento a partire dal 31 luglio 2006, in conformità agli impegni assunti nell'atto Istitutivo del Trust.

ART. VI - Le spese del presente atto e dipendenti sono a carico della società "GALVANI FIDUCIARIA S.R.L.", nella predetta sua qualità, che chiede l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa e delle imposte ipotecarie e catastali in via proporzionale sul valore come determinato al precedente art. 4.

Ai fini di far risultare il vincolo segregativo relativo al "Trust Bizantino" il Trustee società "GALVANI FIDUCIARIA S.R.L.", a mezzo come sopra, chiede che ne sia data pubblicità mediante idonea formalità atta a far risultare tale segregazione in conformità a quanto disposto dal citato art. 26 dell'atto istitutivo del Trust e dalla Convenzione dell'Aja e con esonero dell'Ufficio del Territorio competente da ogni responsabilità al riguardo.

Ai sensi della Legge 19 maggio 1975 n. 151, il signor GA dichiara che il signor GD è coniugato in regime di separazione dei beni.

Viene omessa la lettura dell'allegato per dispensa avutane dai componenti.

Richiesto io Notaio ho ricevuto il presente atto, scritto e stampato in modo indelebile ed ai sensi di legge con mezzi elettronici da persona di mia fiducia e completato a mano da me in pagine sette e quanto della presente di tre fogli di carta resa legale e da me letto, presenti le presenti testimoni, ai componenti che hanno dichiarato di approvarlo riconoscendolo pienamente conforme alla loro volontà.

Viene sottoscritto alle ore diciassette e minuti venticinque.

F.TO: GA

F.TO: Marco MONTEFAMEGLIO

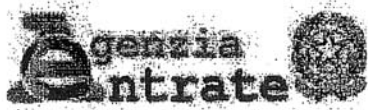
F.TO: SP teste

F.TO: FC teste

F.TO: Eraldo SCARANO Notaio

Prassi negoziale

Registrazione a tassa fissa di conferimento di beni immobili a trust



Ricevuta del: 21/03/2007 ora: 08:35:40

Ricevuta di Trasmissione e di Registrazione

Data invio: 21/03/2007
Ora invio: 08:35:28

Dati identificativi

Identificativo attribuito dall'utente: 001
Codice invio attribuito dall'Amministrazione: 10678083
Codice fiscale del Notaio che ha firmato il documento: SCRRLD46M26H501M

Ufficio delle entrate competente: R8C - RAVENNA

Numero atti trasmessi: 1
Numero atti scartati: 0Importo per il quale e' stato disposto l'addebito: 9.044,00 Euro
sul c/c intestato al Notaio con codice fiscale: SCRRLD46M26H501M

Dati di dettaglio degli atti trasmessi nel file

Repertorio: 124199/26481 (del Notaio con c.f.: SCRRLD46M26H501M)
Estremi registrazione: Serie: 1T Numero: 1703 del 21/03/2007

Dettaglio dei Tributi dell'adempimento

Agenzia del Territorio

Ufficio di: RAVENNA

Tributo	Importo	Progr. Nota
9806 TASSA IPOTECARIA	90,00 Euro	000
9803 IMPOSTA IPOTECARIA	168,00 Euro	001
9806 TASSA IPOTECARIA	35,00 Euro	001

Agenzia delle Entrate

Ufficio di: RAVENNA

Tributo	Importo
9800 IMPOSTA REGISTRO - FABBRICATI	168,00 Euro
9803 IMPOSTA IPOTECARIA	5.569,00 Euro
9805 IMPOSTA CATASTALE	2.784,00 Euro
9802 IMPOSTA DI BOLLO	230,00 Euro

Nota:

La registrazione si riferisce all'atto di conferimento di beni a un trust già esistente di cui *supra*, 485, ed è commentata da M. Montefameglio, *supra*, 483.

Profili civilistici, amministrativi, fiscali delle Onlus

di Giorgio Schiano di Pepe

Il libro di Santuari(1), che fa parte del Trattato diretto da Paolo Cendon, consta di quattro capitoli all'interno dei quali la complessa e varia materia delle ONLUS trova una trattazione diffusa ed esauriente.

Nel primo capitolo, avente carattere prevalentemente introduttivo, viene affrontato il tema delle principali figure attraverso le quali le ONLUS possono realizzarsi. Così viene descritta con taglio istituzionale la disciplina delle associazioni (riconosciute o no), delle associazioni di promozione sociale, delle organizzazioni non governative (ONG), delle fondazioni (bancarie, di partecipazione, ecc.) nel settore culturale, sanitario, scientifico, universitario, ecc., delle cooperative sociali. In questo contesto un paragrafo viene dedicato anche allo studio del trust quale strumento per l'assistenza di categorie socialmente deboli.

Il secondo capitolo è dedicato allo studio degli enti non commerciali. Questa vasta categoria di soggetti (alla quale non appartengono gli enti ecclesiastici), la cui definizione è di origine fiscale, viene approfondita prestando particolare attenzione agli aspetti funzionali: acquisto e perdita della qualifica, tenuta delle scritture contabili, rapporti con la pubblica amministrazione, democraticità della struttura, ecc.

In quest'ottica, di un particolare approfondimento sono oggetto le associazioni di promozione sociale.

Il terzo capitolo è dedicato specificatamente alle ONLUS.

Richiamando la disciplina legislativa del settore, vengono individuate le categorie di soggetti ed enti ad essa ascrivibili, la disciplina formale cui sono sottoposti e il tipo di attività che legittima l'acquisizione della qualifica di ONLUS.

Completa il capitolo un'esauriente esposizione del trattamento fiscale del settore nonché un utile quadro riepilogativo e di sintesi circa la ricorrenza dei requisiti necessari per il riconoscimento della qualifica di ONLUS.

Nel quarto capitolo, infine, si affronta il problema dei rapporti fra ONLUS e attività di impresa.

È questa, forse, la parte più ricca e stimolante del-

l'intera opera essendo dedicata all'approfondimento e alla trattazione di uno degli aspetti dal punto di vista scientifico certamente più interessanti e controversi di tutta la tematica, divenuta di particolare attualità dopo il diffondersi nella realtà sociale ed economica del fenomeno ONLUS.

In questa prospettiva l'A. ripercorre la storia, ricostruita prevalentemente sulla base dei precedenti giurisprudenziali più significativi, del controverso rapporto fra soggetti del libro I del codice civile e l'attività di impresa avendo particolare riguardo allo spazio di applicabilità delle procedure concorsuali.

Sia pure per *incidens*, sembra opportuno ricordare che il problema dei soggetti del libro I del codice civile quali titolari di impresa è affrontato anche dalla Commissione Ministeriale istituita per la riforma del libro I. È dalla conclusione dei suoi lavori che ci si aspetta una risposta tranquillizzante e adeguata alla complessità del problema.

Molto opportunamente in questo capitolo si dà conto anche della recentissima approvazione della disciplina dell'impresa sociale.

Il libro di S. va ad arricchire la letteratura in materia di associazioni non lucrative che in Italia si caratterizza per l'essere costituita da contributi dottrinali ad elevato contenuto scientifico o da pubblicazioni redatte al solo fine di fornire risposte immediate alle esigenze della pratica. Il lavoro di S. non appartiene né all'una né all'altra di queste categorie.

Esso, infatti, in ragione anche della vastità della materia oggetto di indagine, si presenta piuttosto come una trattazione a carattere istituzionale e non monografico ove i singoli argomenti vengono affrontati in maniera sicuramente adeguata e con un apparato di richiami dottrinali (piuttosto essenziale) e (soprattutto) giurisprudenziale di assoluto riguardo e sicuramente esauriente.

Note:

Giorgio Schiano di Pepe è professore ordinario dell'Università di Genova.

(1) A. Santuari, Le ONLUS. Profili civili, amministrativi o fiscali, Cedam, Padova, 2007 (529 pagine; € 46,00).

Lettere

Si tratta, insomma, del classico libro che chi vuole avvicinarsi ad un argomento specifico di elevata complessità, quale è certamente quello delle associazioni non lucrative, vorrebbe poter consulta-

re e in esso troverebbe certamente un aiuto informato per l'inquadramento della materia, nonché gli strumenti per poter approfondire l'indagine ove necessario.

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

e attività fiduciarie Trusts

Trimestrale di approfondimento
 scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
 HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
 Donatella Treu

Direttore scientifico
 Maurizio Lupoi

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

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

REDAZIONE
 Valentina Cecconi, Cristina Orsenigo

REALIZZAZIONE GRAFICA
 Ipsoa

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

STAMPA
 Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
 Via Farneti, 8 - 20129 Milano
 licenziato per la stampa l'8 giugno 2007

REDAZIONE

Per informazione in merito
 a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

e attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

db Consulting srl
 EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
 via Leopoldo Gasparotto 168
 21100 Varese
 tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
 e-mail: info@db-consult.it
 www.db-consult.it
 Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
 del 28 settembre 1999
 Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
 in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
 L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
 Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
 con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
 gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
 sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
 disdetta da comunicarsi entro 30 gg. prima della data di
 scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
 Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
 20090 Assago (MI).
 Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
 e-mail: servizio.clienti@ipsoa.it -
 www.ipsoa.it/servizioclienti
 ITALIA
 Abbonamento annuale: € 215,00
 ESTERO
 Abbonamento annuale: € 430,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
 arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
 scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.
 Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
 oppure
 - Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
 intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
 Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista
 e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 55,00

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).