

SAGGI

Trustees' Duties to Provide Information & the Significance of Letters of Wishes di David Hayton	353
Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materia di successione di Gian Franco Condò	357
La fondazione privata in Austria di Peter Kunz	368
La residenza del trust di Nicola Fasano - Giuseppe Malinconico	372
Trust ed imposte indirette: la posizione della Corte di Cassazione francese di Paolo Panico	382
Il <i>constructive trust</i> nella giurisprudenza di New York: la violazione degli obblighi fiduciari di M. Beatrice Gigli	389

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trasferimento a trustee in sede di separazione consensuale Italia, Tribunale di Genova, IV Sez. Civile, 1° aprile 2008, M.O. e M.R.	392
--	-----

GIURISPRUDENZA ESTERA

Imposta di successione e trasferimenti ai beneficiari Francia, Cour de Cassation, Chambre commerciale, 15 maggio 2007, arrêt n. 739 Francia, Cour d'Appel Rennes, 4 maggio 2005 n° 03-4727, 1ère ch. A., DSF du Finistère c. Crts Tardieu de Maleissye (Extraits)	394
Non applicabilità dell'“imposta patrimoniale” al beneficiario del reddito del trust Francia, Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 4 maggio 2004, n. 03-9350, 2° ch., Poillot	400
Trust e multiproprietà Belgio, Cour d'Appel de Liège (1ère chambre), 4 novembre 2003	402
Relazione fiduciaria e <i>constructive trust</i> Stati Uniti, United States District Court for the Southern District of New York, 20 marzo 2007, Y. Malmsteen v Berdon, LLP, et al.	406
Modifica di trust in favore di beneficiario incapace Guernsey, Royal Court, 29 agosto 2007, In re the H Trust	414

LEGISLAZIONE ESTERA

Jersey. Proposta per l'ampliamento della normativa contro il riciclaggio e il finanziamento al terrorismo	419
--	-----

4 Sommario

Luglio 2008

Trusts
e attività fiduciarie

PRASSI ITALIANA

La tassazione degli atti di destinazione patrimoniale	428
Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell'imposizione diretta (alla luce della Finanziaria 2007)	434

PRASSI NEGOZIALE

Trust of the Blind di Mario Caracciolo - Maria Rosaria Mazzone	443
Trust a garanzia di creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione dei debiti di Domenico Parisi	448
Atto istitutivo di trust allegato ad un verbale di separazione coniugale consensuale	456

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

Le attività fiduciarie
Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

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

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

REDAZIONE
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

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

STAMPA
Arti Grafiche Stefano Pinelli srl
Via Farneti, 8 - 20129 Milano
licenziato per la stampa il 24 giugno 2008

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a:

Le attività fiduciarie
Trusts

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

db Consulting s.r.l.
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it
Autorizzazione Tribunale di Milano n. 626
del 28 settembre 1999
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

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

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

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

scrivere o telefonare a:

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: € 57,50

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio abbonato,

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

Trustees' Duties to Provide Information & the Significance of Letters of Wishes

di David Hayton

In *Armitage v Nurse* Lord Millett ha posto le basi per l'individuazione di ciò che è definito come il nucleo fondamentale delle obbligazioni del trustee: tra queste, in particolare, il dovere di rendere conto dell'attività compiuta (*duty to account*), al quale corrisponde un diritto di informazione dei beneficiari circa i documenti del trust (diritto che il giudice deve bilanciare con gli interessi altrui), e che si manifesta in primo luogo nel diritto di conoscere della posizione di beneficio. Per converso, sul trustee non grava alcun obbligo di rispetto delle lettere di desideri di cui sia stato destinatario.

■ Core Trustee Accountability(1)

As Millett LJ emphasised in *Armitage v Nurse*(2) when dealing with a private, as opposed to a charitable, trust, "There is an irreducible core of obligations owed by the trustees to the beneficiaries and enforceable by them which is fundamental to the concept of a trust. If the beneficiaries have no rights enforceable against the trustees there are no trusts"(3) [...] "Every beneficiary is entitled to see the trust accounts, whether his interest is in possession or not"(4) or in income or capital(5).

In *Schmidt v Rosewood Trust Limited*(6) the Privy Council made it clear that the court has an inherent jurisdiction to supervise and, if necessary, to intervene in the administration of a trust to ensure that "beneficiaries" have adequate information to enable them to make the trustees properly account for their trusteeship. "Beneficiaries" extends beyond beneficiaries with vested or contingent interests, whether indefeasible or defeasible, and whether interests in possession or in remainder in fixed trusts or discretionary trusts, so as also to cover discretionary objects of trustees' fiduciary powers of appointment. After all, a settlor cannot create a trust conferring interests upon beneficiaries and then deprive them of the incidental core rights that are essential for the vindication and fructification of such interests. However, no beneficiary has any entitlement as of right to

anything that might be regarded as trust information or a trust document.

Lord Walker stated(7): "Especially when there are issues as to personal or commercial confidentiality, the court may have to balance the competing interests of different beneficiaries, the trustees themselves and third parties. Disclosure may have to be limited and safeguards put in place. Evaluation of the claims of a beneficiary (and especially of a discretionary object) may be an important part of the balancing exercise which the court has to perform on the materials placed before it. In many cases the court may have no difficulty in concluding that an applicant with no more than a theoretical possibility of benefit ought not to be granted any relief".

Earlier(8) he had stated: "There are three areas in which the court may have to form a discretionary judgment: whether a discretionary object (or some other beneficiary with only a remote or defeasible interest) should be granted relief at all; what classes of documents should be disclosed, either completely or in redacted form, and what safeguards should be imposed (whether by undertakings to the court, arrangements for professional inspection, or otherwise) to limit the use which may be made of documents or information disclosed under the order of the court".

It seems that the court starts with a presumption in

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

Note:

(1) See Underhill & Hayton, *Law of Trusts & Trustees*, 17th ed., London, 2007, 60.2-60.8, 60.58-60.59.

(2) [1998] Ch 241 [in questa Rivista, 2007, 608].

(3) At 253.

(4) At 261.

(5) *Charman v Charman* [2005] EWCA Civ 1606 at [62] [in questa Rivista, 2007, 61] and *Nestle v National Westminster Bank* (1988) [2000] WTLR 795 at 822.

(6) [2003] 2 AC 309 [in questa Rivista, 2003, 586].

(7) At [67].

(8) At [54].

favour(9) of ordering full disclosure of all documents and information necessary to enable the trustee to account fully for its trusteeship if the settlor intended the claimant beneficiary or object of a fiduciary power to have a realistic possibility of receiving bounty from the trust fund and not merely to have a remote or peripheral or theoretical likelihood of benefiting. Thus, if a person is only within the scope of a power to add him to a class of beneficiaries or objects he cannot obtain relief from the court unless, most exceptionally, there is clear evidence (e.g. in a letter of wishes) that this person was intended by the settlor to be added so as to become a primary or main beneficiary (like the claimant under the Everest Trust in *Schmidt*).

The claimant can only obtain documents and information relating to the period when he was a beneficiary before removed as beneficiary or himself disclaiming any interest unless e.g. he successfully challenges removal or the allegation of disclaimer is very weak. An income beneficiary is entitled to know how capital is invested to yield how much income and to check that distributed capital (thereby reducing income) was duly distributed(10); a capital beneficiary is similarly entitled to know about investment of capital, but while entitled to check that distributed capital was duly distributed, is not entitled to check on distribution of income except where income is to be accumulated in default of a due distribution(11).

As a matter of trust law, the court will decline to order disclosure of a document created by the trustee or its advisers that is likely to reveal the trustee's reasons for the exercise of a discretion (*Re Londonderry's Settlement*(12), *Foreman v Kingstone*(13), *Charman v Charman*(14)). Crucially, however, this is subject to compliance with the disclosure obligation under the court's civil procedure rules. Thus, if court proceedings can be instituted without being struck out as inadequately pleaded, amounting to a mere "fishing expedition" to try to find sufficient material for an adequate pleading, then civil procedure rules can lead to disclosure of documents revealing the trustee's reasoning, while in court, to avoid adverse inferences being drawn, the trustee may be forced to provide reasons for the exercise of a discretion. Note that while a letter of request from an English court to a foreign court to obtain evidence for use in civil proceedings has to refer to specific documents that probably exist, according to the court of Appeal in *Charman v Charman*(15) there is an exception for the quasi-inquisitorial role of the court in claims for financial relief ancillary to a divorce: here a claimant can seek conjectural documents that may possibly exist to support her alle-

gation that her husband has interests under trusts such that, if requested by him, the trustees will make trust capital available to him, though Bell J of the Bermuda Court on 22 December, 2005 rejected such request on the basis that no such exception existed to fundamental principle laid down by the House of Lords(16).

The court will decline to intervene in a most exceptional case where the trustee reasonably considers that providing the relevant information to a particular claimant will not be in the best interests of the beneficiaries as a whole but will be prejudicial to the trustee discharging its obligations to them: *Rouse v IOOF Australian Trustee Limited*(17) (claimant against trustee buying a beneficiary's interest to try to obtain information qua beneficiary to help him qua claimant).

■ Concomitant duty to notify beneficiaries of trust for them(18)

To give meaningful substance to the trustee's duty to account to beneficiaries for the trusteeship of the trust property, the trustee is under a duty to take reasonable practicable steps to inform the adult beneficiaries of the trusts favouring the "beneficiaries" in the broad sense as in *Schmidt*: see *Foreman v Kingstone* paras 85, 93. If a beneficiary does not know he is such, how can he enforce the trustee's duty to account? If he does not know who are the trustees how can he exercise his rights as an object of a discretionary power of appointment to request consideration for an appointment? Thus, in *Re Murphy's Settlement*(19) the settlor's son as object of a power had the court order his father to tell him the name and address of the offshore trustee(s). Incidentally, it seems likely that if a benefi-

Note:

(9) See eg *Foreman v Kingstone* [2005] WTLR 823, [2004] 1 NZLR 841 at [87] and [88] [in questa Rivista, 2006, 428].

(10) *Charman v Charman* [supra, note 5], at [62].

(11) *Nestle v National Westminster Bank* (1988) [supra, note 5], at 822.

(12) [1965] Ch 918 [in questa Rivista, 2006, 443].

(13) *Supra*, note 9, at [89].

(14) *Charman v Charman* [supra, note 5], at [64] and [65].

(15) *Supra*, note 5.

(16) At the eleventh hour on the eve of the English substantive hearing H, fearful of possible adverse inferences that the court might draw, agreed to the Bermuda trustees producing the relevant documents: *Charman v Charman* [2006] WTLR 1349 at [75].

(17) [2000] WTLR 111 [in questa Rivista, 2001, 111]. Also see *Schmidt and Charman*.

(18) See Underhill & Hayton, *Law of Trusts & Trustees* [supra, note 1], 60.9-60.13.

(19) [1998] 3 All ER 1.

ciary is a minor then a trustee should inform the beneficiary's parent or guardian so the trustee can be put fully in the picture in compliance with his duty to make properly informed decisions(20) taking account of all relevant considerations(21) when exercising discretionary distributive powers.

■ Express Modification of Trustees' Duties(22)

Schmidt only concerned fiduciary powers of appointment and not personal powers, the exercise or non-exercise of which is unchallengeable in the courts unless in favour of someone outside the scope of the power(23). Because the beneficiaries and the objects of a fiduciary power of appointment can monitor and, if necessary, challenge the *ultra vires* exercise of a personal power of appointment, surely the settlor can provide expressly that objects of a personal power are to have no rights at all other than the right to retain any assets appointed to them. If the settlor can create such a weak interest in the objects of a personal power vested in an individual not being the trustee, why cannot he create the same weak interest if an express personal power is vested in the trustee? Why frustrate the reasonable wishes of the settlor which do not undermine the trust obligation (enforceable by beneficiaries and objects of fiduciary powers) but advance its flexibility?(24)

Where the class to be benefited is all the descendants of X for the trust period, it can then be argued that it is possible expressly to provide for them all only to have the right to retain any trust assets appointed to them, except that the eldest from time to time of each branch of X's family who is of full capacity shall have the right to be informed of the trust and the right to make the trustee account.

■ Letters of Wishes(25)

Letters of wishes should be taken as including memoranda of wishes drawn up by the trustee but not signed by the settlor: memoranda have the same significance as letters in setting out the settlor's intentions as to his trust.

Just as the settlor's direction in his trust instrument that it is to be confidential and not disclosed to anyone capable of benefiting under it would be ignored as repugnant to or inconsistent with the trust obligation of accountability of the trustee to such beneficiaries, so would a settlor's direction that his legally binding letter of wishes is to be confidential and not disclosable.

Of course, letters of wishes are normally only intended to be legally significant. This means that

the trustee must have regard to the contents of such letter as a relevant consideration (e.g. under the *Hastings-Bass*(26) principle) before making an independent decision on the matter affected by the contents of the letter. The decision may wholly or partly or not-at-all accord with the letter (e.g. the wishes were validly not followed in *Bank of Nova Scotia Trust (Bahamas) Limited v Borletta*(27)).

A letter of wishes normally has a key role in assisting the trustee knowing what sort of music to play with an immense orchestra of powers and discretions in the trust deed, so that both must be passed on to a successor trustee. The letter will make clear the purposes and expectations of the settlor as to the parameters within which he expects the trustee to exercise its immensely broad discretionary powers (e.g. of appointment to members of a huge class, or of adding persons to a class capable of benefiting). If the beneficiaries cannot ascertain the settlor's purposes and expectations, how can they allege that the trustee did not responsibly exercise its discretion for furthering the settlor's purposes and expectations but exercised its discretion contrary to such purposes and expectations or irrationally or failing to take account of relevant factors or taking account of irrelevant factors? To have a meaningful right to make the trustee account so that there is a genuinely enforceable obligation, surely the beneficiaries must be able to see the letter of wishes, even if the settlor expressly states it is to be confidential and not to be disclosed to the beneficiaries. Of course, the trustee and the court can

Note:

(20) *R v Charity Commissioners ex p Baldwin* [2001] WTLR 137 ar 148.

(21) *Sieff v Fox* [2005] 3 All ER 693 setting out the parameters of the *Hastings-Bass* principle. However, a clause in the trust deed could protect a trustee by providing that it could make distributions without having to consider the needs of any minor beneficiaries or that it could make distributions to a primary beneficiary or beneficiaries without the need to consider the interests of any other beneficiaries.

(22) See Underhill & Hayton, *Law of Trusts & Trustees* [*supra*, note 1], 60.14-60.21.

(23) See Underhill & Hayton, *Law of Trusts & Trustees* [*supra*, note 1], 1.76.

(24) See *Citibank NA v QVT Financial LP* [2007] EWCA Civ 11 at [82] per Arden LJ, [2006] EWHC 3215 Ch at [48] per Mann J. Special circumstances also justify the validity of a "blind" trust where the settlor, being in a sensitive situation as Prime Minister or Director of the Serious Fraud Office, excludes himself, his wife and children from having during the period he holds the sensitive office the right as beneficiary to know how the capital is invested.

(25) See Underhill & Hayton, *Law of Trusts & Trustees* [*supra*, note 1], 4.15-4.18, 60.45-60.57, 4.6-4.14.

(26) *Re Hastings-Bass (deceased) Hastings v IRC* [1975] Ch 25.

(27) Unreported 11 March 1985 Supreme Court of The Bahamas.

delete from a letter material that is considered personal and embarrassing or that is commercially sensitive and confidential. Indeed, some lawyers draft separately from a letter of wishes given to a trustee or a protector, a personal side-letter that contains personal, embarrassing or sensitive material e.g. as to watching a person for alcohol or drug problems raising their head again or as to explaining why the settlor's widow should be kept on a tight-leash.

There are *dicta* of some judges in favour of the confidentiality of letters of wishes e.g. in *Hartigan Nominees Pty Limited v Rydge*(28), *Re Rabaiotti's Settlement*(29), especially if the letter is expressed to be confidential. However, Lord Walker's views in *Schmidt*, seeming to favour those of Kirby P(30) in *Hartigan*, indicate that the courts are becoming more appreciative of the need for an openness to underpin the need for the accountability of trustees and to encourage the beneficiaries to trust the trustees rather than becoming suspicious and antagonistic due to trustees trying to keep them in the dark as much as possible. Moreover, if sufficient can be pleaded to prevent the proceedings being struck out as a fishing expedition, then matters like a letter of wishes will come to light in the civil procedure process.

One problem trustees face with a letter of wishes is that if they act contrary to such wishes they are immediately on the defensive if a beneficiary challenges them. However, a letter could be drafted to make clear that it is neither intended to be legally binding nor legally significant but is intended only to be *morally binding* e.g. 'This letter is not to be regarded as a legally significant letter indicating the purposes for which the discretions in my trust deed must be exercised by my trustees because I do not want my trustees to have legal obligations placed upon them by this letter so as to be forced to go out of their way to justify the exercise of their discretions. I believe the imposition of any legal obligations by this letter would cause more difficulties than benefits to accrue, creating greater cost burdens and proving likely to upset relationships between my beneficiaries. Thus, my trustees are only under a moral obligation to take account of the following wishes of mine and shall not be accountable before the courts in relation to taking into account or failing to take into account such wishes. It is on this basis only that they have been prepared to take on the invidious task of exercising discretions under my Trust Deed. I trust the courts will respect my views and my trustees' expectations'.

The difficulty with this is that it can be alleged that such letter is a pretence or sham, because,

despite such wording, the trustee is actually intended to regard the letter as legally significant. To deal with such allegation, looking at what actually happened in the operation of the trust, civil procedure rules will require disclosure of such letter: cp *Chase Manhattan Equities Limited v Goodman*(31).

Note that a trust does not become a sham trust or the exercise of a discretionary power a nullity merely because the trustee in operating the trust does what is desired by the settlor, whether as a result of oral discussion or of the contents of a letter of wishes. As apparent from *dicta* in *Re Esteem Settlement*(32), *Shalson v Russo*(33), *Abacus Trust Co (Isle of Man) Ltd v Barr*(34), *Breadner v Granville – Grossman*(35), it is normal – and so to be expected – that the trustee will do what the settlor suggests as to the exercise of the trustee's discretions, the trust being set up for the settlor to part with all interest in the trust property but for the trustee to make the sort of gifts of income and capital over the trust period that the settlor would have made if still owner and still alive, though the decision is ultimately one for the trustee to make independently. As a corollary, it can be argued that the trustee's continual observance of a moral obligation does not mean that he regards it as a legal obligation, just that he considers it a morally decent and useful thing to do before exercising a discretion. There thus seems scope for morally-binding-only letters of wishes to be accepted at their face value, though only after the court has been persuaded of this.

■ Caveat

Without the assistance of counsel's submissions I am like a ship's captain sailing in misty dangerous waters without the assistance of a pilot to warn of hazardous rocks and shoals. If such assistance is provided in some future case I may well find I need to steer a different course.

Note:

(28) (1992) 29 NSWLR 405, CA.

(29) [2000] WTLR 953 [in questa Rivista, 2002, 62].

(30) Elevated to the High Court of Australia. Lightman J in a public "Withers" lecture given at King's College London considered that "confidential" letters should not be immune from inspection by beneficiaries (subject to possible deletion of confidential matters).

(31) [1991] BCLC 897 at 923.

(32) [2004] WTLR 1 at [122] [in questa Rivista, 2004, 414].

(33) [2005] Ch 281, [2003] WTLR 1165 at [198-206] [in questa Rivista, 2006, 275].

(34) [2003] Ch 409 at [23] [in questa Rivista, 2004, 407].

(35) [2001] Ch 523 at 532 & 534.

Rapporto tra istituzione di un trust e normativa in materia di successione

di Gian Franco Condò

La normativa in materia di successione *mortis causa*, che presenta aspetti complessi e variegati sotto diversi punti di vista, viene analizzata nella diversa prospettiva della validità di un trust istituito in via testamentaria, con particolare riferimento alle problematiche della tutela dei legittimari, del divieto dei patti successori, del divieto della sostituzione fedecommissaria, dell'inquadramento del trustee nelle figure di erede, di legatario e di esecutore testamentario, e della sua successione.

■ Introduzione

Il tema a me affidato rientra nel più ampio tema della successione *mortis causa* che presenta sempre aspetti complessi e variegati.

Tali aspetti vanno da quelli giuridici a quelli fiscali, economici, sociologici, psicologici e di interesse pubblico.

Il codice civile italiano sulle successioni *mortis causa* è ancora basato su una esasperata tutela della famiglia (legittima e naturale), contiene il divieto dei patti successori e non prevede norme che consentano una efficace pianificazione della successione di un soggetto, soprattutto perché vieta la partecipazione dei successibili alla formazione della volontà del *de cuius*, se si esclude il caso del nuovo patto di famiglia (legge 14 febbraio 2006, n. 55). Secondo alcuni dovrebbe, invece, prevalere l'interesse della circolazione dei beni sulla tutela dei legittimari.

L'articolo 457 cod. civ. delinea il sistema delle successioni *mortis causa*: le vicende di un patrimonio dopo la morte del titolare devono dipendere dalla sua ultima volontà; solo quando questa manca in tutto o in parte o viola i diritti dei legittimari, subentra la regolamentazione per legge.

La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989, n. 364, contiene alcuni espressi riferimenti alla materia successoria.

L'articolo 2, I comma afferma che il trust può es-

sere istituito con atto *mortis causa*; l'articolo 4 prevede che la Convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti; l'articolo 11, lettera c) prevede che il riconoscimento implica che i beni del trust non facciano parte della successione del trustee; l'articolo 15 fa riferimento ai testamenti e alla devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima; inoltre l'articolo 18 prevede che le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico.

Nota, per inciso, che la legge 17 marzo 2005, n. 37 e la legge 17 marzo 2005, n. 38 della Repubblica di San Marino(1), che regolano l'istituto del trust e il regime fiscale di esso, non prendono in considerazione gli aspetti successori in quanto soggetti al diritto comune.

Prima della Convenzione de L'Aja e della legge di ratifica italiana, si ritenevano strumenti negoziali idonei a trasmettere la ricchezza tra vivi con effetto *post mortem*, l'assicurazione sulla vita, la rendita vitalizia a favore di terzi, determinati contratti bancari di conto corrente a firma disgiunta, i contratti di società contenenti clausole adatte a realizzare la successione di uno o più soci (prelazione, gradimento, patti parasociali, ecc.), le società fiduciarie(2); sono state anche utilizzate le norme degli articoli 706, 733, 734, 735 cod. civ.(3).

Gian Franco Condò – Notaio in Lecco.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso "Trust: procedure concorsuali e diritto di famiglia", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Ancona il 21-22 settembre 2007. Stenotipia a cura della MEETING Service - Padova.

Note:

(1) I testi delle due leggi sono pubblicati in questa Rivista, 2005, 436 [n.d.r.].

(2) A. Palazzo, I trusts in materia successoria, Vita not., 1996, 671; Id., Le successioni, in Trattato di diritto privato, a cura di A. Iudica - P. Zatti, Milano, 2000.

(3) G. F. Condò, Come trasferire l'impresa ad uno degli eredi senza compromettere l'uguaglianza tra i figli, Relazione presentata al Convegno "Riciclatori 2000" organizzato da Academy and Finance SA, svoltosi in Lugano il 20 - 21 - 22 novembre 2000; Id., Ottimizzazione fiscale in ma-
(segue)

Dopo la Convenzione e la ratifica di essa, si è parlato del trust segreto e semisegreto e dei suoi vantaggi rispetto all'art. 627 cod. civ.(4), e si è paragonato il trust al fedecommesso, all'esecutore testamentario, alle fondazioni(5).

Va tenuto presente, come impostazione generale, che la scuola e l'Associazione "Il trust in Italia" rifuggono dal considerare il trust come mezzo elusivo ed evasivo delle imposte o di norme cogenti e lo vedono piuttosto come uno strumento per tutelare una serie di legittimi interessi che le norme del nostro ordinamento non tutelano.

■ Trust e articolo 627 cod. civ.

L'articolo 627 cod. civ. dispone: "non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta. Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace".

La norma, che può considerarsi applicazione dell'art. 626 cod. civ., sembra considerare la fiducia come un motivo, nega in generale la possibilità dell'accertamento di essa, salvo la previsione del terzo comma che ammette l'azione nel caso in cui l'istituto sia utilizzato in violazione di norme inderogabili in materia di incapacità a ricevere.

Il secondo comma implica che il fiduciario sia erede, che esso per adempiere alla disposizione debba trasferire il bene alla persona voluta dal testatore, che l'esecuzione dell'incarico fiduciario è atto dovuto (obbligazione naturale) e non liberalità, che la indicazione del beneficiario (ovviamente non contenuta nel testamento, ma nel patto fiduciario) non può essere considerata nulla per difetto della forma testamentaria.

Il punto centrale della norma è che il trasferimento non è coercibile, ma, una volta effettuato, ne è preclusa la ripetizione (*soluti retentio*).

La dottrina ritiene che l'art. 627 cod. civ. vieti sia la fiducia testamentaria propria (in cui il carattere fiduciario risulta dal testamento), sia quella impropria (che non risulta dal testamento); che è nulla la nomina di un mero fiduciario, né erede, né legatario, o di un esecutore testamentario gravato da obblighi fiduciari (nullità derivante dalla carenza della forma

testamentaria e dall'art. 631 cod. civ., che dispone la nullità delle disposizioni testamentarie che fanno dipendere dall'arbitrio di un terzo l'indicazione dell'erede o del legatario).

Qualche autore(6) ritiene che nel caso dell'art. 627 cod. civ. non si debba parlare di obbligazione naturale, ma di una ipotesi di simulazione relativa soggettiva.

Il trust testamentario consente di superare la norma dell'art. 627 cod. civ. con la istituzione dell'erede come trustee(7), la regolamentazione del trust e la designazione dei beneficiari, oppure con la istituzione dell'erede o del legatario come trustee nel testamento e la indicazione del "programma" del trust in un documento distinto.

Il primo comma della norma potrebbe essere utile ad escludere una azione diretta ad affermare che con l'istituzione del trust si è voluta interporre una persona, il trustee, mentre erede effettivo sarebbe il beneficiario finale del patrimonio.

Mentre nel caso dell'art. 627 cod. civ. siamo di fronte ad una obbligazione naturale, nel caso del trustee siamo di fronte ad obbligazioni coercibili derivanti dalle norme del trust e dalla legge ad esso applicabile.

Nonostante si sostenga in dottrina la opponibilità della fiducia romanistica *cum amico* (il fiduciante trasferisce un proprio bene ad un fiduciario il quale si obbliga nei confronti del fiduciante a destinare il bene nel modo indicato dal fiduciante o a trasferirlo al fiduciario) ad aventi causa, ai creditori del fiduciario, al fallimento del fiduciario, sono evidenti le ragioni che possono portare alla scelta del trust.

Note:

(continua nota 3)

teria immobiliare, Relazione presentata al Convegno "Ottimizzazione fiscale per i residenti italiani" organizzato da Academy and Finance SA, svoltosi in Lugano il 19 - 20 febbraio 2001.

(4) A. Palazzo, Successione, trust e fiducia, Vita not., 1998, 770.

(5) P. Piccoli, I trusts e figure affini in diritto civile. Analogie e differenze, Vita not., 1998, 785.

(6) L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2004, p. 164.

(7) Sulla figura del trustee, v. G. F. Condò, Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trust, relazione presentata al Corso di aggiornamento "Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trusts", promosso dalle Università degli Studi di Bari, Genova, Milano, Roma "La Sapienza" e "Roma Tre", organizzato dall'Unità per la Formazione Continua dell'Università di Genova, svoltosi a Roma il 27-29 ottobre e 10-12 novembre 2006, pubblicata con il titolo "La figura del trustee", in questa Rivista, 2007, 228.

■ Trust testamentario e legittimarî, trust e patti successori, trust e fedecommesso

Alessandro De Donato afferma: “nel caso di trust costituito per testamento, il trustee non assume mai la figura di erede o legatario; il trust stesso non assume la veste di erede o legatario”(8).

Contaldi(9) ritiene che non sarebbe giustificato riconoscere al trustee le prerogative tipiche di un erede: il trustee si limita ad assolvere a funzioni di carattere esecutivo mentre gli eredi effettivi sono i beneficiarî, anche se privi della disponibilità dei beni fino a quando essi non vengano loro trasferiti(10).

Bartoli(11), rilevato che la dottrina ritiene che il trustee destinatario della totalità dell'asse o di una quota indivisa deve essere qualificato erede mentre quello destinatario di uno o più beni determinati, deve essere qualificato legatario, non condivide tali tesi.

Bartoli rileva come l'erede acquisti beni a seguito dell'accettazione e il legatario *ipso iure*, mentre il trustee testamentario acquista i beni a seguito dell'accettazione dell'incarico, come le obbligazioni del trustee differiscano da quelle che il testatore può imporre ai suoi eredi (legato, *modus*) e finisce col parlare di un *tertium genus* di attribuzione patrimoniale *mortis causa*.

Poiché il trustee è soggetto necessario(12) del trust, poiché non è possibile ricoprire l'ufficio di trustee senza essere titolare dei beni in trust e quindi i beni in trust devono essere trasferiti al trustee, non vedo come, nel caso di istituzione di trust testamentario, si possa ipotizzare un trustee che non sia erede o legatario.

Per un esame del trust testamentario conviene partire dalla Convenzione, art. 2: “Per trust si intendono i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o *mortis causa* [...]”; art. 15: “La Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro [...] in particolare nelle seguenti materie [...] c) i testamenti e la devoluzione dei beni successori, in particolare la legittima”; l'art. 18: “Le disposizioni della Convenzione potranno essere non osservate qualora la loro applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico”.

Emergono da tali norme alcuni principî:

- in Italia il testamento può essere strumento per istituire un trust;
- tale strumento non potrà superare le norme in materia di successione necessaria;
- l'istituzione di un trust sarà nulla se contraria a

norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

Come primo mezzo di indagine possiamo utilizzare la sentenza del Tribunale di Lucca del 23 settembre 1997 (confermata dalla Corte d'Appello(13)), dalla quale emergono alcune importanti considerazioni ed affermazioni: nel diritto angloamericano(14) la trasmissione ereditaria ha luogo ordinariamente tramite l'interposizione di un fiduciario (*personal representative*) tra il *de cuius* e i beneficiarî, con la particolarità che il fiduciario è titolare dei beni relitti con poteri dispositivi fino alla estinzione delle passività; la *ratio* dell'art. 15 della Convenzione è quella di far salva l'applicazione delle norme di diritto interno a tutela dei legittimarî e cioè che in simili casi il trust non determina la nullità della scheda testamentaria, neppure per la parte costituente lesione delle aspettative del legittimario, ma semplicemente “non è di ostacolo” alla possibilità di applicare le disposizioni di diritto interno strumentali alla reintegrazione della quota riservata ai legittimarî; e ciò è tanto vero che, nel comma conclusivo, lo stesso art. 15 così si esprime: “qualora le disposizioni del precedente paragrafo siano di ostacolo al riconoscimento del trust, il giudice cercherà di realizzare gli obiettivi del trust con altri mezzi giuridici”.

La sentenza del Tribunale di Lucca è utile anche per identificare i possibili contrasti del trust con norme dell'ordinamento italiano nel senso che (superate ormai le obiezioni che negano validità al trust nel

Note:

(8) A. De Donato, Le vicende successorie, Federnotizie, Quaderno n. 12, Milano, 2000 – 2001; A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, Trust convenzionale – Lineamenti di Teoria e pratica, Roma, 1999, nel quale gli autori sostengono la tesi della personalità giuridica del trust.

(9) G. Contaldi, Il trust nel diritto internazionale privato italiano, Milano, 2001, p. 176.

(10) Va tenuto presente l'art. 46 L. 31 maggio 1995, n. 218, secondo la quale la scelta della legge applicabile alla successione non può pregiudicare i diritti che la legge italiana attribuisce ai legittimarî residenti in Italia.

(11) S. Bartoli, La natura dell'attribuzione *mortis causa* al trustee di un trust testamentario, in questa Rivista, 2004, 58 (I parte); ivi, 179 (II parte), a p. 58.

(12) G. F. Condò, Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trust [*supra*, nota 7].

(13) Trib. Lucca, 23 settembre 1997, consultabile in La giurisprudenza italiana sui trust – dal 1899 al 2005, Trusts, Quaderni, n. 4, Milano, 2005; Corte d'Appello Firenze, in questa Rivista, 2002, 244.

(14) E. Calò, *Probate* ed attribuzioni *mortis causa*, Notariato, 2007, 172.

nostro ordinamento e quelle che negano la possibilità di un trust interno) le norme da prendere in considerazione sono quelle relative al divieto dei patti successori e quelle sulla sostituzione fedecommissaria (oltre all'art. 549 cod. civ.).

Prima di passare rapidamente all'esame degli accennati possibili casi di contrasto del trust con norme imperative, voglio ricordare come, nell'attuale momento storico, molte siano le critiche rivolte all'intero sistema di norme in materia di successione.

Sulla base di considerazioni di tipo sociologico come quelle sul superamento dell'indissolubilità del matrimonio, con la conseguenza che un soggetto può, nella sua vita, costituire e sciogliere più famiglie e quindi avere una complessa situazione successoria, o come quelle sul diffondersi delle famiglie di fatto e naturali, si critica la impalcatura del codice civile diretta a proteggere determinate categorie di successibili; sulla base di considerazioni di tipo storico e sociale, si critica il divieto dei patti successori; sulla mutata configurazione della ricchezza si basa la critica della normativa fiscale (come noto, tornata in auge), irta di inaccettabili presunzioni, capace ormai di colpire solo i patrimoni immobiliari medio bassi e di fornire all'Erario un gettito inferiore al costo di esazione.

Ben si comprende, quindi, come continua sia la ricerca di strumenti che consentano di risolvere, in modi più adeguati alla realtà di oggi, i problemi successori.

Il testamento è poco utilizzato in Italia, sia perché molto spesso sono ritenute sufficienti le norme sulla successione legittima, sia perché esso è giudicato inidoneo a risolvere le problematiche attuali, sia perché la unilateralità di esso e il divieto dei patti successori escludono la partecipazione dei successibili alla formazione della volontà del testatore, sia perché le norme sulla successione necessaria sono praticamente insuperabili con l'atto testamentario.

Conviene innanzitutto sgombrare il campo da ogni dubbio sul divieto dei patti successori: nel caso di trust testamentario non possono nemmeno prospettarsi i dubbi avanzati con riferimento a trust istituiti per atto tra vivi.

Il testamento esclude che possa parlarsi di patti successori, il cui divieto tende proprio ad evitare che di una successione si disponga con strumenti di tipo contrattuale.

Si pone, invece, la necessità di verificare se la istituzione di un trust per testamento possa violare il divieto della sostituzione fedecommissaria, attualmen-

te ammesso nei ristretti limiti degli artt. 692 e seguenti cod. civ.

Le caratteristiche della sostituzione fedecommissaria possono essere così esemplificate:

- doppia istituzione con ordine successivo: il testatore nomina erede Caio e vuole che alla morte di Caio i beni passino a Mevio;
- il vincolo di conservare per restituire: il primo chiamato Caio non può disporre dei beni, ma ne ha solo il godimento.

Nel caso di trust testamentario il trustee potrebbe ricevere l'incarico di destinare il reddito dei beni successivamente ad A – B – C e di attribuire la proprietà all'ultimo nato di C.

In nessun modo può ravvisarsi nella struttura del trust il meccanismo della doppia istituzione e del vincolo di conservare e restituire: se è vero che il trustee ha l'obbligo di devolvere le rendite successivamente a più soggetti, è altrettanto vero che la triplice istituzione è del tutto diversa da quella della sostituzione fedecommissaria.

Il trustee non è un primo istituito perché può disporre dei beni; non sono istituiti i primi beneficiari delle rendite proprio perché non ricevono la proprietà dei beni e perché non hanno, quindi, nessun obbligo di conservazione; non è secondo istituito il beneficiario finale della proprietà dei beni che potranno anche non essere i medesimi caduti nella successione ... perché il trustee non è il primo istituito e i primi istituiti non sono i beneficiari delle rendite, perché il passaggio dal trustee al beneficiario finale non avverrebbe *mortis causa*.

Le considerazioni fatte valgono a maggior ragione quando si tratti di trust discrezionale nel quale è il trustee a scegliere i beneficiari.

Le differenze tra i due istituti sono evidenti:

- nel fedecommissario, alla morte dell'istituto, il sostituto acquista dal testatore, mentre nel trust il beneficiario acquista dal trustee e non dal disponente; il trustee potrebbe sostituire l'originario bene con un altro (peraltro l'art. 694 cod. civ. prevede la possibilità dell'alienazione dei beni oggetto della sostituzione);
- la segregazione derivante dall'istituzione di un trust è ben più incisiva di quella prevista dall'art. 695 cod. civ.;
- nel fedecommissario i beni sono attribuiti all'istituto per la durata della sua vita (art. 692 e 696 cod. civ.), mentre la durata della vita del trustee è normalmente irrilevante nel trust;

- l'istituto può godere dei beni; il trustee esercita i poteri del titolare del diritto, ma non può approfittarne; i beni non entrano, per l'effetto segregativo, nella successione del trustee, e quindi non si può prendere in considerazione per il trust l'argomentazione secondo cui il fedecommesso sarebbe vietato perché lesivo della libertà di testare dell'istituto;

- il trustee, come già accennato, può normalmente "surrogare" i beni in trust e ciò non consente di prendere in considerazione le argomentazioni che fondano la nullità del fedecommesso sull'ostacolo alla circolazione dei beni.

Come può essere inquadrato il trust testamentario nel nostro ordinamento?

L'erede può certamente essere gravato anche oltre il valore dei beni ricevuti e, contro il rischio di dover rispondere col proprio patrimonio dei debiti ereditari e dei legati, potrà ricorrere alla accettazione col beneficio di inventario: si può, quindi, in linea di principio, immaginare un erede al quale vengono attribuite le funzioni di trustee per cui dovrà destinare l'intero attivo ereditario alle finalità perseguite dal testatore.

L'istituzione del trust consisterebbe nella imposizione sulla quota dell'erede o sul legato di un peso (il legatario è tenuto all'adempimento del legato e di ogni altro onere a lui imposto, entro i limiti del valore della cosa legata – art. 671 cod. civ.), il trust sarebbe regolato dalla legge straniera scelta dal testatore.

È innegabile che le norme sulla successione necessaria costituiscono un importante limite all'utilizzazione del trust testamentario nel nostro ordinamento; Lupoi conferma che il trust è lo strumento meno adatto ad eludere le norme sulla successione necessaria.

L'art. 457, II comma cod. civ. afferma il principio (che trova poi applicazione nelle norme successive) che "Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari".

Ma proprio la ricostruzione fatta prima può porre il trust testamentario in contrasto con l'art. 549 cod. civ.

La norma costituisce esplicitazione del principio enunciato nell'art. 457 cod. civ. della intangibilità della riserva che opera, da un lato con la riducibilità delle disposizioni lesive (art. 554 cod. civ. e seguenti), dall'altro con l'originaria inefficacia delle disposizioni limitative prevista dall'art. 549 cod. civ.

La norma considera un peso qualunque sacrificio del diritto del legittimario a conseguire la sua quota e si ritiene sia sanzionata dalla nullità delle disposizioni in contrasto con essa.

Va tenuto presente che l'art. 703 cod. civ. prevede che il possesso dell'esecutore testamentario può avere durata di un anno (prorogabile dal giudice di un altro anno) e questo può essere considerato un peso, previsto dalla legge, che può gravare sulla riserva.

Si potrebbe, quindi, ritenere che un trust che abbia durata di un anno possa non essere considerato un peso sulla quota di riserva.

Bartoli e Muritano⁽¹⁵⁾ tendono ad escludere una violazione dell'articolo 549 cod. civ. quando, attraverso la istituzione del trust testamentario, si ponga in essere un meccanismo analogo a quelli previsti dagli articoli 713, 733, 734 cod. civ.

Un esempio vale a chiarire il problema.

Tizio nomina erede – trustee Caio disponendo che egli attribuisca (divida) i beni ai beneficiari – legittimari minori quando sia trascorso un anno dal raggiungimento della maggiore età da parte dell'ultimo nato (art. 713 cod. civ.).

A mio parere, invece, l'istituzione del trust testamentario viola l'articolo 549 cod. civ., nonostante esso faccia salva l'applicazione delle norme sulla divisione.

Mi sembra chiaro che l'istituzione del trust, almeno secondo la mia ricostruzione, faccia diventare erede il trustee; che i beneficiari – legittimari ricevessero i beni non dal defunto, ma dal trustee; che sia innegabile il peso imposto sulla quota dei beneficiari – legittimari.

Altro caso proposto da Bartoli e Muritano, è quello di un trust testamentario che destini i beni, alla fine del trust, ad un beneficiario esattamente individuato, al quale, come è noto⁽¹⁶⁾, spetterebbe la facoltà di richiedere al trustee l'attribuzione dei beni prima della scadenza della durata del trust.

La mancata violazione dell'articolo 549 cod. civ. deriverebbe proprio dalla possibilità per il beneficiario individuato di porre fine al trust in qualunque momento.

A mio parere, invece, anche il caso in esame, si avrebbe violazione dell'articolo 549 cod. civ.: per le ragioni già dette, per la considerazione che il beneficiario – legittimario vedrebbe apposto un peso sulla

Note:

(15) S. Bartoli – D. Muritano, Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trust interni, in E. Q. Bassi – F. Tassinari, I trust interni e le loro clausole, Roma, 2007, 89.

(16) Il principio è ricondotto alla sentenza *Saunders v Vautier*, in questa Rivista, 2004, 294 [n.d.r.].

propria quota costituito proprio dalla esistenza del trust e dalla conseguente necessità di dover chiedere la anticipata fine del trust, per la specificità del caso (unicità o consenso dei beneficiari) non estensibile ad altri, perché si potrebbe dire che il peso non c'è ... perché è possibile l'azione di nullità.

Il trust testamentario può porsi in contrasto anche con le norme che prevedono la riducibilità delle disposizioni fatte dal testatore in favore di soggetti diversi dai legittimari (art. 554 cod. civ. e seguenti).

Possiamo fare qualche esempio.

- Tizio, che non ha eredi legittimari, nomina erede Caio attribuendogli le funzioni di trustee.

Non vi è collisione né con l'art. 549 cod. civ., né con le norme sulla riduzione.

- Tizio nomina erede Caio, suo figlio, attribuendogli le funzioni di trustee: la quota attribuitagli sarà gravata di pesi vietati dall'art. 549 cod. civ. e la disposizione istitutiva del trust sarà nulla.

- Tizio nomina erede Mevio, estraneo, attribuendogli le funzioni di trustee e ledendo così la quota di riserva del figlio Caio che potrà esperire l'azione di riduzione.

- Tizio nomina erede Mevio, estraneo, attribuendogli le funzioni di trustee e incaricandolo di assegnare al figlio Caio la rendita del patrimonio che andrà poi ai nipoti.

- Tizio nomina erede Mevio, estraneo, attribuendogli le funzioni di trustee e incaricandolo di attribuire al coniuge il reddito del suo patrimonio che andrà poi al figlio Caio.

Negli ultimi due esempi, mi sembra vi sia lesione di riserva per cui il figlio (ma anche il coniuge) potrà agire in riduzione.

Ho detto prima che all'erede (ma anche al legatario) possono essere attribuite le funzioni di trustee: quindi a me sembra, come ho già detto, si possa affermare che è l'erede o il legatario ad essere trustee, non il trustee ad essere erede o legatario.

Ma mi sembra anche che da una imprecisa formulazione di un testamento si possa arrivare in via di interpretazione alla medesima conclusione: se si tengono presenti la dottrina e la giurisprudenza che sottolineano la esigenza della più penetrante ricerca della effettiva volontà del testatore, si potrà tranquillamente concludere che un testatore che abbia nominato Tizio come trustee del suo patrimonio o abbia istituito in trust il suo patrimonio nominando Tizio trustee, abbia inteso nominare erede Tizio, attribuendogli le funzioni di trustee.

L'istituzione di un trust testamentario non esclude l'applicazione delle norme sulla accettazione, la rinuncia, la rappresentazione, l'apposizione di condizioni e modi, la sostituzione.

Quindi l'erede-trustee potrà accettare l'eredità, ma potrà anche rinunziarvi o potrebbe premorire al testatore: il testatore, quindi, se vorrà escludere la rappresentazione e se vorrà comunque avere la certezza che la sua volontà venga attuata, dovrà ricorrere alla sostituzione ordinaria nominando altri eredi trustee per il caso che il primo chiamato non possa o non voglia venire alla successione.

Considerazioni parzialmente diverse si possono fare nel caso in cui trustee sia un legatario: anche se il legato si acquista senza bisogno di accettazione, salva la facoltà di rinunziarvi (art. 649 cod. civ.), l'accettazione non è vietata e sembra opportuna (per non dire necessaria) quando alla istituzione a titolo particolare è connessa la funzione di trustee.

Valgono, invece, le considerazioni già fatte in tema di rappresentazione e sostituzione ordinaria che operano anche in tema di legati (artt. 467 e 691 cod. civ.).

Ci si può chiedere se l'erede-trustee debba porsi o meno il problema dell'accettazione con beneficio di inventario, ci si può chiedere, in altre parole, se l'istituzione del trust per testamento abbia i medesimi effetti, o effetti analoghi, del beneficio di inventario.

Va innanzitutto ricordato che se erede-trustee fosse una persona giuridica scatterebbe l'obbligo di accettazione con beneficio di inventario di cui all'art. 473 cod. civ. (che non si applica alle società).

Non mi è possibile approfondire qui il confronto tra accettazione beneficiata e trust testamentario anche perché pochi riferimenti ho rintracciato in dottrina al di là di qualche accenno.

Mi limito, quindi, a segnalare qualche punto, azzeccando poi una conclusione: il beneficio di inventario limita la responsabilità dell'erede per il pagamento dei debiti ereditari e l'adempimento dei legati entro il valore dei beni ereditati, impone un rigoroso formalismo sanzionato dalla decadenza, pone in essere un patrimonio separato sottoposto ad una rigorosa amministrazione controllata dal giudice (art. 493 cod. civ.), prevede un sistema concorsuale (artt. 490, n. 3, 495 e seguenti cod. civ.); l'effetto di separazione riguarda il patrimonio del defunto rispetto a quello dell'erede, i cui creditori si trovano in posizione peggiore rispetto a quelli dell'eredità (art. 490, n. 3 cod. civ.).

L'effetto della istituzione del trust è che il diritto affidato al trustee è segregato nel patrimonio di questi, come conseguenza dell'affidamento; è che il diritto non cade nella successione del trustee, non risente del regime matrimoniale e non può essere aggredito dai creditori del trustee; l'effetto di segregazione riguarda il "patrimonio del trust" rispetto a quello del trustee i cui creditori non possono aggredire i beni in trust.

Trovo notevole difficoltà (anche perché intravedo due momenti quantomeno logici successivi: successione ed istituzione del trust, ma la questione merita ben altro approfondimento) ad identificare il patrimonio ereditario separato per effetto dell'accettazione con beneficio di inventario con quello del trust istituito per testamento, da considerare segregato rispetto a quello dell'erede-trustee; a considerare uguali o solamente simili gli effetti della istituzione del trust e quelli della accettazione beneficiata.

Le difficoltà sorgono dalla identità erede-trustee, dalla ricostruzione fatta della disposizione testamentaria istitutiva del trust, dalla diversa tutela attribuita ai creditori (e all'erede) dalle disposizioni degli artt. 474 e seguenti cod. civ., dalla palese lesione delle aspettative dei creditori dell'erede, i quali in assenza della istituzione di trust o della accettazione beneficiata potrebbero aggredire i beni ereditari confusi nel patrimonio dell'erede.

Azzardo la conclusione che l'erede-trustee dovrà accettare l'eredità col beneficio d'inventario, forse anche per evitare che l'istituzione di trust testamentario, coi suoi effetti segregativi possa essere vista come violazione di norme imperative che solo al beneficio di inventario collegano gli effetti accennati a tutela dell'erede, ma anche dei creditori dell'eredità, con pesanti effetti sui creditori dell'erede; forse persino per parare la tesi di chi volesse attribuire al trust una "personalità giuridica" e quindi lo ritenesse soggetto alla norma dell'art. 473 cod. civ.(17).

Anche il tema della separazione dei beni del defunto da quelli dell'erede andrebbe approfondito sia per la sua relazione col beneficio di inventario (art. 490, n. 3 cod. civ.), sia per le possibili relazioni col trust.

Potrebbe succedere che l'erede trustee pretenda di accettare l'eredità..., ma non la funzione di trustee. Non è possibile affrontare qui la tematica della presupposizione e del motivo in relazione al testamento e alla interpretazione di esso e mi limito a sottolineare la opportunità che il testatore sottoponga la disposizione alla condizione che l'erede o legatario accetti la funzione di trustee.

In particolare mi sembra idonea una condizione risolutiva, possibile ex art. 633 cod. civ.

Ovviamente una simile disposizione dovrà essere completata con opportune sostituzioni e dovrà tener presente il divieto dell'art. 549 cod. civ. (peraltro da prendersi in considerazione, come si è visto, per la istituzione stessa del trust).

Concludendo:

- è possibile istituire un trust testamentario che manifesta chiaramente la natura unilaterale del trust e la sua tendenziale distanza dal campo contrattuale e costituisce una ipotesi di coincidenza tra istituzione del trust e attribuzione di beni al trustee;

- è vietata dall'art. 549 cod. civ. la istituzione di un erede legittimario con funzioni di trustee;

- il testatore dovrà prevedere opportune sostituzioni per il caso in cui l'erede-trustee non volesse o non potesse accettare l'eredità;

- il testatore, quantomeno per ragioni di chiarezza, opportunità, certezza che le sue volontà vengano rispettate, dovrà sottoporre la istituzione alla condizione risolutiva della accettazione della funzione di trustee e prevedere opportune sostituzioni per il caso di mancato verificarsi della condizione;

- il testatore dovrà indicare nel testamento tutte le regole del trust e, ovviamente, scegliere la legge regolatrice;

- l'erede trustee dovrà accettare l'eredità ex art. 470 cod. civ. e, in assenza di sue limitazioni, peraltro molto opinabili perché è nulla la dichiarazione di accettazione sotto condizione o a termine (art. 475, II comma cod. civ.), l'accettazione implicherà l'accettazione della funzione di trustee;

- l'accettazione stessa consentirà la trascrizione;

- il legatario-trustee, nonostante l'art. 649, I comma cod. civ., potrà accettare espressamente la disposizione testamentaria;

- l'erede trustee dovrà accettare l'eredità con beneficio di inventario se vorrà giovare delle norme in materia;

- i legittimari avranno, se eredi-trustee, l'azione di nullità ex art. 549 cod. civ.; se lesi da disposizioni a favore di altri eredi o legatari-trustee, l'azione di riduzione.

Nota:

(17) A. De Donato – V. De Donato – M. D'Errico, Trust convenzionale [supra, nota 8].

■ Trust e patto di famiglia

È evidente che il patto di famiglia, quando ne saranno stati approfonditi i contenuti e risolti i molti dubbi interpretativi, potrà essere utilizzato, nei casi previsti dalla nuova normativa, in alternativa alla istituzione di un trust.

■ Trustee ed esecutore testamentario

Possono essere identificati alcuni tratti comuni alle due figure(18).

Sia l'esecutore testamentario (art. 710 cod. civ.), sia il trustee possono considerarsi titolari di un ufficio privato che può essere assunto da chi è provvisto della capacità di agire, l'ufficio può essere assunto anche da chi è erede o legatario (art. 701, II comma cod. civ.), può essere o meno gratuito (art. 711 cod. civ.), ha connotazioni fiduciarie (vedi l'art. 710 cod. civ. che prevede l'esonero dell'esecutore testamentario dal suo ufficio per il venir meno della fiducia), è possibile in entrambi i casi prevedere la sostituzione (vedi, per l'esecutore testamentario, l'art. 700 cod. civ.), entrambi devono curare che venga eseguita la volontà del testatore (art. 703 cod. civ.) o del disponente, entrambi devono amministrare e gestire i beni e li possono alienare (art. 703, IV comma cod. civ.), entrambi devono rendere conto della gestione (art. 709 cod. civ.), in entrambi i casi si ha un effetto segregativo.

Ma notevoli sono le differenze tra le due figure.

La gestione dell'esecutore testamentario può essere esclusa (art. 703, II comma cod. civ.), si ritiene che il potere di disporre dell'esecutore testamentario subisca la concorrenza dell'uguale potere dell'erede, l'esecutore testamentario è soggetto ad un controllo di volontaria giurisdizione (art. 703, IV comma cod. civ.), il trustee è proprietario dei beni mentre l'esecutore testamentario ne ha il possesso, il trustee non è soggetto ai limiti di durata previsti per l'esecutore testamentario (art. 703, III comma cod. civ.), il trustee è soggetto fondamentale del trust(19), mentre l'esecutore testamentario è meramente eventuale.

Evidente, poi, è la maggiore complessità del trust rispetto all'istituto dell'esecutore testamentario.

Un caso interessante è il seguente.

Un soggetto dispone per testamento della quota disponibile dei suoi beni a favore degli anziani di una determinata città e nomina un esecutore testamentario incaricandolo di istituire un trust di cui individua il trustee.

Il testatore, quindi, non ha istituito il trust, ma ha incaricato della istituzione l'esecutore testamentario evitando così di regolare compiutamente nel testamento gli aspetti organizzativi del trust.

Il *facere* imposto all'esecutore testamentario ha come obbligati finali gli eredi che sarebbero tenuti ad istituire il trust in caso di inerzia o di inadempimento dell'esecutore testamentario(20).

P. Manes(21) ipotizza che "qualora mediante il trust si conferiscano ad un soggetto esattamente gli stessi poteri che detiene l'esecutore testamentario in diritto italiano [...] questa particolare figura di trustee sarà necessariamente un esecutore testamentario in quanto trustee [...]"; supera l'obiezione della durata dell'ufficio di esecutore testamentario affermando che lo stesso risultato si può ottenere rendendo trustee l'erede o il legatario.

■ Trust interno nel quale il disponente si riserva di indicare i beneficiari nel suo testamento

L'ipotesi è la seguente.

Tizio istituisce un trust, trasferisce i beni al trustee nominato, ma si riserva, nell'atto istitutivo, di indicare i beneficiari nel suo testamento.

Bartoli e Muritano(22) ipotizzano che, nel caso in esame, si possa vedere un patto successorio istitutivo indiretto e quindi vietato ex art. 458 cod. civ. e art. 15 della Convenzione de L'Aja.

A mio parere, senza qui approfondire la questione, la figura del patto successorio istitutivo indiretto è di difficile e alquanto evanescente definizione.

Ma, anche a voler prendere in considerazione tale figura, non riesco a vedere come, attraverso l'istituzione di un trust interno, il trasferimento di deter-

Note:

(18) Nella materia in esame faccio riferimento alle opere di Maurizio Lupoi, in particolare a I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004.

(19) G. F. Condò, Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trust [*supra*, nota 7].

(20) N. Raiti, Trust istituito dall'esecutore testamentario, in questa Rivista, 2001, 647.

(21) P. Manes, Il trustee esecutore testamentario, in questa Rivista, 2002, 540, a p. 545.

(22) S. Bartoli, Il Trust, Milano, 2001, p. 684 s.; S. Bartoli - D. Muritano, Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trust interni [*supra*, nota 15].

minati beni al trustee, la regolamentazione del trust con la esplicita riserva del disponente di voler indicare i beneficiari nel proprio testamento, si possa porre in essere una convenzione con cui taluno dispone della propria successione (art. 458 cod. civ.).

È evidente, infatti, che il disponente, nell'atto istitutivo del trust, non prende in considerazione la propria successione impegnandosi convenzionalmente (col trustee?) a destinarla in un certo modo, ma si limita ad istituire il trust, a nominare il trustee, a definire il programma del trust.

Non mi sembra che, a configurare il patto successorio vietato, sia determinante la riserva di indicazione dei beneficiari nel testamento del disponente.

Il trust è stato istituito, il trustee è stato nominato, i beni sono stati attribuiti al trustee, è stato definito il "programma" del trust con atto tra vivi; la riserva contenuta nell'atto istitutivo non ha nulla a che vedere con la successione del disponente, se non per la scelta del testamento come strumento di indicazione dei beneficiari; attiene al regolamento del trust e non alla successione del disponente; i beneficiari, seppur indicati nel testamento, non saranno eredi del disponente in quanto i beni sono stati in vita attribuiti al trustee che li dovrà poi attribuire ai beneficiari stessi, nessuna limitazione della volontà testamentaria deriva dalla riserva.

Bartoli e Muritano, parlando di una fattispecie a formazione progressiva, ipotizzano che il trust contenente la riserva indicata non produrrebbe l'effetto segregativo: ma l'affermazione è priva di motivazione e non indica le conseguenze di tale mancata produzione (nullità, mancanza degli effetti previsti dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja, non riconoscibilità del trust?).

Non vedo differenze tra la riserva di indicare i beneficiari con un atto tra vivi successivo alla istituzione del trust (del tutto pacifica come la possibilità attribuibila al trustee o ad un beneficiario di designare altri beneficiari(23)) e la riserva di indicarli per testamento, non vedo alcuna ragione per cui il trust non debba produrre gli effetti segregativi suoi propri.

Ritengo, quindi, perfettamente possibile la riserva contenuta in un atto istitutivo di trust interno di designare i beneficiari di esso nel testamento.

Piuttosto bisogna esaminare le possibili conseguenze della mancata indicazione dei beneficiari nel testamento e della destinazione dei beni in trust alla fine di esso in tale caso.

Si possono fare alcune ipotesi:

- il disponente si limita ad esprimere la sua volontà di voler indicare i beneficiari del trust nel suo testamento;

- il disponente esprime la sua volontà di voler indicare i beneficiari del trust nel suo testamento, ma indica la categoria entro la quale sceglierà i beneficiari (la clausola potrebbe essere "il disponente si riserva di indicare nel suo testamento quale o quali dei suoi discendenti saranno i beneficiari del trust").

Nella prima ipotesi, Lupoi(24) ritiene che operino le norme del diritto del trust sui *resulting trust*: beneficiario diviene il disponente o, qualora fosse defunto, l'*interest* cadrebbe nella successione del medesimo.

Nella seconda ipotesi, Lupoi ritiene che beneficiari diventino tutti gli appartenenti alla categoria (nell'esempio fatto sopra, tutti i discendenti del disponente).

Noto che nulla vieta di prevedere nell'atto istitutivo di trust quale debba essere la destinazione dei beni nel caso di mancata indicazione di essi nel testamento.

■ Clausola che vieta al trustee di alienare i beni in trust o ai beneficiari di alienare la propria posizione soggettiva

La prima clausola in esame è quella con la quale nell'atto istitutivo di trust (per atto tra vivi o per testamento) il disponente vieta al trustee di alienare i beni in trust.

La seconda clausola in esame è quella con la quale nell'atto istitutivo di trust (per atto tra vivi o per testamento) il disponente vieta ai beneficiari la alienazione della loro posizione soggettiva(25).

Nell'esame delle due clausole si pongono i seguenti problemi:

- se il divieto di alienazione debba essere contenuto nei limiti previsti dall'art. 1379 cod. civ.;
- se il divieto di alienazione abbia natura obbligatoria o reale;

Note:

(23) G. F. Condò, Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trust [*supra*, nota 7].

(24) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, p. 75 s. e p. 114 s.

(25) Per i poteri del trustee, v. G. F. Condò, Negozi di destinazione, negozi di affidamento fiduciario, trust [*supra*, nota 7].

- quali sono le conseguenze dell'inosservanza del divieto a carico del trustee o dei beneficiari inadempienti;

- quali sono le conseguenze a carico degli acquirenti dal trustee o dai beneficiari che abbiano violato il divieto di alienazione.

L'articolo 1379 cod. civ. prevede che il divieto di alienazione è valido se contenuto entro convenienti limiti di tempo e se risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti.

È evidente che la durata del trust prevista nell'atto istitutivo persegue un interesse del disponente e dei beneficiari; che la convenienza del termine è rapportabile a tale interesse; che l'intera costruzione del trust tende ad attribuire al trustee i beni per conseguire l'interesse voluto dal disponente nel tempo della durata del trust; che il divieto di alienazione può essere espresso ("il trustee non può alienare i beni in trust") o implicito (ad esempio, quando "scopo" del disponente è mantenere un determinato bene in trust finché vive un certo beneficiario disabile).

Discusso è se il divieto abbia natura obbligatoria o reale: nel primo caso sarebbe valido e potrebbe dar luogo solo ad azioni nei confronti del trustee o dei beneficiari inadempienti; nel secondo caso la clausola inficerebbe l'atto di alienazione e sarebbe opponibile ai terzi acquirenti.

L'articolo 1379 cod. civ. prevede espressamente che il divieto di alienazione ha carattere obbligatorio.

A mio parere, invece, la clausola contenuta nell'atto istitutivo di trust ha natura reale derivante dalla natura stessa del diritto del trustee, proprietario con vincolo di destinazione apposto nell'atto istitutivo e con l'effetto segregativo previsto dall'art. 11 della Convenzione de L'Aja; dalla trascrivibilità dell'atto istitutivo e dell'atto di trasferimento al trustee; dalla inapplicabilità, affermata in dottrina, dell'articolo 1379 cod. civ. alla proprietà affetta da un vincolo di destinazione; dal disposto dell'articolo 2645 *ter* cod. civ.(26) che, oltre a prevedere il termine di novanta anni o una durata pari alla vita della persona fisica beneficiaria, prevede l'opponibilità del vincolo di destinazione ai terzi.

Di conseguenza l'alienazione posta in essere dal trustee, in violazione del divieto, sarebbe inopponibile ai beneficiari, ferma l'esigenza di tutelare l'eventuale acquirente di buona fede(27).

Con riferimento alla clausola dell'atto istitutivo di trust (per atto tra vivi o per testamento) che vieti

ai beneficiari il trasferimento della loro posizione soggettiva, va tenuto presente che i beneficiari possono normalmente disporre, per atto tra vivi, della loro posizione soggettiva e che essa è trasmissibile *mortis causa*, che il diritto inglese non consente che l'atto istitutivo di trust vieti le alienazioni, divieto invece ammesso da altre legislazioni.

Sono quindi possibili clausole dell'atto istitutivo che vietino ai beneficiari di disporre della loro posizione soggettiva purché la legge regolatrice scelta consenta tale divieto(28).

■ La successione del trustee

Normalmente il trustee accetta l'incarico o nell'atto istitutivo o successivamente: ciò è consigliabile nei trust interni ed è previsto nella legge di San Marino.

Un trustee cessa di essere tale:

- per rinuncia;
- per revoca;
- per morte;
- per impossibilità a continuare nell'incarico (ad esempio, incapacità);
- per fine del trust.

Dall'elenco risulta evidente che la cessazione del trustee può derivare da una propria manifestazione di volontà, da una manifestazione di volontà di altri soggetti, da un fatto (morte o incapacità), da un fatto inerente al trust.

Si prospettano, quindi, almeno due possibilità: cessazione del trustee, ma continuazione del trust; fine del trust che implica cessazione del trustee.

Nel caso di cessazione di un trustee con continuazione del trust, si pone il problema della sostituzione del trustee.

Negli atti istitutivi, per atto tra vivi o per testamento, è opportuno inserire clausole sulla sostituzione del trustee e sul trasferimento di beni al nuovo trustee.

È generalmente consigliabile prevedere più tru-

Note:

(26) M. Graziadei, L'articolo 2645 *ter* del codice civile e il trust: prime osservazioni, in E. Q. Bassi - F. Tassinari, I trust interni e le loro clausole [*supra*, nota 15]; M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645 *- ter* cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169.

(27) S. Bartoli - D. Muritano, Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trust interni [*supra*, nota 15].

(28) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust [*supra*, nota 24].

stee con la previsione che, al venir meno di uno di essi, gli subentri un altro.

La sostituzione di un trustee implica, da un lato, il venir meno della sua posizione (titolarità, poteri, obblighi, responsabilità), dall'altro, un trasferimento di tale posizione ad altro trustee.

La sostituzione del trustee è un effetto giuridico che, a prescindere dai meccanismi di sostituzione, non implica alcuna manifestazione di volontà.

Nel caso di trust interno bisognerà tener conto delle norme in materia di possesso e delle norme sulla pubblicità (libro soci, registro imprese, trascrizione).

Qualche decisione italiana ha affermato che il giudice può revocare i trustee quando essi non abbiano adempiuto ai loro doveri⁽²⁹⁾.

Nel caso di morte del trustee, i beni in trust sono esclusi dal suo patrimonio (art. 11, lettera c) Convenzione de L'Aja).

Parte della dottrina ritiene, in aderenza alle previsioni del diritto inglese che prevedono il passaggio dei beni al *personal representative*⁽³⁰⁾, che i beni passino dal trustee deceduto ai suoi eredi (che non ne hanno nessun godimento) e da questi al nuovo trustee; altra parte della dottrina ritiene, invece, che il passaggio avvenga dal trustee deceduto al nuovo trustee che accetti l'incarico.

Per risolvere il dubbio, anche di natura tributaria, se il passaggio da un trustee ad un altro implichi un effettivo trasferimento, vanno tenuti presenti gli articoli 2, lettera a), 8, lettera a), 11, lettera c), della Convenzione de L'Aja e la natura dell'ufficio del trustee.

Un caso particolare è quello di morte di un trustee di un trust il cui atto istitutivo prevedeva che il trustee nominasse il suo successore.

Alla morte del primo trustee si è posto il problema della pubblicità nei registri immobiliari del passaggio dei beni dal vecchio al nuovo trustee nominato, problema che è stato risolto con la stipula di un atto unilaterale nel quale è intervenuto il nuovo trustee ad accettare la nomina fatta dal precedente trustee.

È stato trascritto prima l'atto di accettazione dell'ufficio, poi, a favore del nuovo e a carico del vecchio trustee, è stato trascritto il trasferimento dei beni del trust.

■ L'articolo 2645 *ter* cod. civ.

Sulla tematica dei trust interni è intervenuto il nuovo articolo 2645 *ter* del codice civile.

La norma, a proposito della quale posso qui fare solo un accenno, tenendo presente che si può ipotizzare la istituzione del vincolo per testamento e che il tema è trattato da altro relatore, ha importanza straordinaria perché, volutamente o per caso, incide su numerosi istituti e principî del nostro ordinamento: vincoli di destinazione, *numerus clausus* dei diritti reali, mandato senza rappresentanza, negozi fiduciari, trust e sua trascrivibilità, art. 2740 cod. civ.

Limitandomi a qualche cenno sui rapporti della norma col trust, vi segnalo il dubbio se, nonostante la dizione letterale che potrebbe dipendere dalla collocazione della norma nel campo della trascrizione, il vincolo possa avere per oggetto (come nel trust) anche beni diversi dagli immobili e dai beni mobili registrati; che il termine di durata previsto sembra riecheggare quelli previsti da talune legislazioni in tema di trust; che, come nel trust, non esiste nella norma alcuna limitazione soggettiva; che, a differenza della Convenzione de L'Aja, prevede la forma pubblica degli atti (forse anche del testamento); che, come nel trust, sembra possibile un vincolo di destinazione auto-dichiarato; che il fulcro della norma è la realizzazione di interessi meritevoli di tutela come avviene nel riconoscimento dei trust; che la previsione normativa rafforza la tesi sulla piena legittimità dei trust interni (in particolare con riferimento all'art. 2740 cod. civ.) e sulla trascrivibilità di essi; che l'azione a tutela del vincolo può essere avvicinata all'azione di *tracing* (l'alienazione dei beni in trust in violazione dei suoi obblighi da parte del trustee consente l'azione nei confronti dell'acquirente).

La scelta tra l'istituto abbozzato nell'art. 2645 *ter* e il trust della Convenzione dovrà essere fatta, di volta in volta, tenendo conto della situazione di fatto e degli scopi perseguiti. Non si può, tra l'altro, ignorare che la segregazione attuata con il trust e quella attuabile in applicazione della nuova norma sono differenti, quantomeno perché gli effetti segregativi del trust sono riferibili anche al regime matrimoniale e alla successione del trustee, del che non vi è traccia nel 2645 *ter* cod. civ.

Note:

(29) Si v. Trib. Milano, 20 ottobre 2002, confermata da Corte d'Appello di Milano, 20 luglio 2004, in questa Rivista, rispettivamente, 2003, 265 e 2005, 87 [n.d.r.].

(30) E. Calò, *Probate ed attribuzioni mortis causa* [supra, nota 14].

La fondazione privata in Austria

di Peter Kunz

La fondazione privata fu introdotta nel 1993 nell'ordinamento austriaco come risposta ad istituti giuridici simili già esistenti in altri paesi (per esempio, Svizzera e Liechtenstein) ed è nel frattempo diventata uno strumento molto apprezzato per amministrare grandi patrimoni. Il presente contributo illustra brevemente la struttura ed il funzionamento della fondazione privata, le posizioni giuridiche del fondatore e dei beneficiari, il tema della protezione patrimoniale ed i possibili motivi per la costituzione di una fondazione privata, tra cui, in particolare, i vantaggi di natura fiscale.

■ Fondazione privata: storia di un successo

Uno dei motivi per l'introduzione della fondazione privata nel 1993 era l'intenzione di rendere l'Austria "capace di fare concorrenza", anche in questo campo, a Stati quali la Svizzera e il Liechtenstein. Si diceva che in Austria ci fosse spazio per circa 1.000 fondazioni private. L'accettazione della fondazione privata ha tuttavia superato di gran lunga le aspettative di allora: alla data del 28 febbraio 2007 le fondazioni private iscritte sono 2.893.

I fondatori, molti dei quali sono noti imprenditori, sono sia austriaci che stranieri e hanno conferito in fondazioni private austriache sia patrimoni austriaci che stranieri. Anche i beneficiari di tali fondazioni private sono sia austriaci che stranieri.

La fondazione utilizzabile solo per scopi di pubblica utilità e caritatevoli, che in Austria come in altri paesi esisteva già molto prima dell'entrata in vigore della legge sulla fondazione privata, continua ad esistere. Per la sua costituzione è necessaria – diversamente dalla fondazione privata – un'autorizzazione statale e la sua attività corrente è soggetta – anche diversamente da una fondazione privata – ad una sorveglianza statale.

■ Persona giuridica senza membri, proprietari o soci

La fondazione privata è una persona giuridica,

che può essere destinata a qualsiasi scopo, ciò vuol dire sia ad uno di utilità propria che ad uno di utilità pubblica.

La fondazione privata amministra, utilizza e sfrutta il patrimonio conferito, ma non può svolgere alcuna attività professionale che vada oltre la misura di un'attività secondaria. Essa non può inoltre assumere la gestione di una società commerciale o essere socio personalmente responsabile in una società di persone oppure in una società registrata a scopo di lucro. Essa può tuttavia detenere quote di partecipazione in una società di capitali che esercita un'attività professionale. Un campo di applicazione principale per le fondazioni private sono perciò le funzioni di capogruppo o di *holding*.

A differenza di una società la fondazione privata non ha consoci, membri o proprietari, ma si potrebbe dire che il patrimonio della fondazione privata "appartiene a se stessa". Naturalmente ci sono però persone, come in particolare il fondatore e i beneficiari, che hanno interessi simili a quelli di proprietari.

■ Costituzione di una fondazione privata

1. La fondazione privata è formata con la dichiarazione di fondazione del fondatore, ma è costituita solo con la sua iscrizione nel registro delle imprese.

2. La dichiarazione di fondazione ha il seguente contenuto minimo legale:

- destinazione del patrimonio (almeno € 70.000,00),
- scopo della fondazione,
- determinazione dei beneficiari o indicazione di un organo con compito di individuare i beneficiari,
- nome e sede della fondazione privata,
- se la fondazione privata è istituita a tempo determinato o indeterminato.

Oltre a questo sono possibili regolamentazioni facoltative sulla nomina, revoca, durata di funzione

Peter Kunz - *Avvocato in Vienna.*

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al 20° Congresso e assemblea annuale dei soci - "Trust" organizzato dall'Associazione Internazionale dei Giuristi di Lingua Italiana, svoltosi in Roma dal 27 al 30 settembre 2007.

e potere di rappresentanza del consiglio di amministrazione della fondazione, sulla nomina, revoca e durata di funzione dei revisori della fondazione e sulla remunerazione degli organi della fondazione, etc.

Se la fondazione privata deve essere revocabile oppure una modifica della dichiarazione di fondazione deve essere possibile, anche questa indicazione deve essere espressamente contenuta nella dichiarazione di fondazione.

3. Inoltre può essere formato un documento aggiuntivo di fondazione. Questo, diversamente dalla dichiarazione di fondazione, non deve essere depositato al registro delle imprese ed è pensato per quelle regolamentazioni che non devono essere visibili per chiunque. Per esempio possono esservi contenute ulteriori disposizioni sui beneficiari, la remunerazione degli organi della fondazione, etc.

■ Organi della fondazione

1. Il consiglio di amministrazione della fondazione, al quale come organo centrale spetta il diritto di rappresentanza e di amministrazione, deve consistere di almeno tre membri, almeno due dei quali devono avere la loro residenza abituale nell'Unione Europea.

I membri del consiglio di amministrazione devono essere persone fisiche e non possono essere né tra i beneficiari né tra i loro parenti stretti. I beneficiari possono tuttavia in linea di principio far parte di un consiglio di sorveglianza o di un comitato consultivo come anche far parte di organi di società controllate dalla fondazione privata.

2. Il bilancio di esercizio deve essere verificato da un revisore della fondazione che deve essere revisore dei conti o perito contabile.

3. Il consiglio di sorveglianza è obbligatorio se la fondazione privata ha più di 300 lavoratori dipendenti oppure controlla società o cooperative con più di 300 lavoratori dipendenti.

4. Accanto a questi organi obbligatori il fondatore può disporre nella dichiarazione di fondazione l'istituzione di ulteriori organi facoltativi (per esempio un comitato consultivo o un'assemblea dei beneficiari).

■ Posizione giuridica del fondatore

1. Fondatore può essere sia una persona fisica che una persona giuridica. Una fondazione privata può

essere formata da un solo fondatore oppure da più fondatori insieme.

2. Una fondazione privata può essere formata anche per causa di morte tramite una dichiarazione di fondazione testamentaria. In un caso simile la fondazione privata è costituita solo dopo il decesso del fondatore. Il fondatore resta, quindi, fino al suo decesso dotato del potere illimitato di disposizione su tutto il proprio patrimonio.

3. Quale influsso il fondatore può avere sulla fondazione privata dipende da quali diritti egli si attribuisce nella dichiarazione di fondazione ed eventualmente nel documento aggiuntivo di fondazione. Il fondatore può per esempio attribuirsi i seguenti diritti:

- può appartenere al consiglio di amministrazione;
- può riservarsi il diritto di nomina e revoca dei membri del consiglio di amministrazione. È tuttavia controverso se si possa riservare un diritto di revoca del tutto incondizionato;
- il fondatore può riservarsi un diritto di istruzione nei confronti del consiglio di amministrazione. L'ampiezza del diritto di istruzione è, tuttavia, controversa;
- si può riservare anche un diritto di approvazione per alcuni affari del consiglio di amministrazione;
- si può riservare tanto il diritto di modifica della dichiarazione di fondazione quanto la revoca della fondazione privata (si veda tuttavia anche *infra*, il § sull'*asset protection*);
- infine, il fondatore può essere egli stesso un beneficiario. In tal caso però non può essere anche contemporaneamente membro del consiglio di amministrazione.

■ La posizione giuridica dei beneficiari

1. Nella dichiarazione di fondazione il fondatore stabilisce direttamente chi sono i beneficiari oppure stabilisce quale organo deve determinare i beneficiari.

2. Se i beneficiari delle donazioni (= versamenti) hanno un diritto che possono azionare nei confronti della fondazione privata oppure no, dipende dal contenuto concreto della dichiarazione di fondazione.

3. Ai beneficiari spettano per legge soltanto diritti di ispezione e di controllo molto limitati. Il fondatore può, tuttavia, estenderli nella dichiarazione di fondazione.

4. Il fondatore può anche essere egli stesso beneficiario. In tal caso, tuttavia, non può essere anche membro del consiglio di amministrazione della fondazione privata.

■ Asset protection

Creditori del fondatore

1. Nella dichiarazione di fondazione il fondatore si può riservare sia il diritto di modifica della dichiarazione di fondazione, sia la revoca della fondazione privata. Così egli si riserva la possibilità di modificare (fondamentalmente) la dichiarazione di fondazione oppure di revocare del tutto la fondazione privata cioè di annullarla. Tali regolamentazioni tolgono alla fondazione privata il carattere “definitivo” e rendono per l'imprenditore più facile decidersi per la trasmissione del suo patrimonio (o di parte di esso) durante la sua vita.

2. Il prezzo per la mancante “definitività” è però che i creditori del fondatore possono mettere mano sul patrimonio conferito nella fondazione privata più facilmente che nel caso di fondazione privata non modificabile e irrevocabile. La Corte Suprema austriaca ha reso possibile lo scorso anno l'accesso al patrimonio di una fondazione privata a causa di pretese contro il fondatore ammettendo il pignoramento sia del diritto di revoca sia anche del potere di modifica del fondatore.

3. Se lo scopo del fondatore è tutelare il patrimonio della fondazione privata il meglio possibile contro le pretese dei creditori dirette contro lui stesso come fondatore (*asset protection*), allora la fondazione privata deve essere irrevocabile e non può prevedere una riserva di modifica. In tal caso il patrimonio conferito dal fondatore si trova – dopo il decorso dei termini generali di impugnazione – nel cosiddetto porto sicuro.

Creditori dei beneficiari

4. Nella misura in cui i beneficiari hanno un diritto azionabile nei confronti della fondazione privata, i creditori dei beneficiari possono pignorarlo in via esecutiva. Se il fondatore vuole evitare questo, deve attribuire al consiglio di amministrazione il diritto di decidere in base alla propria discrezionalità a chi e quando spetta quale beneficio.

Dal punto di vista dei beneficiari, questo comporta lo svantaggio che in fin dei conti dipende dal-

la decisione arbitraria del consiglio di amministrazione se riceveranno qualcosa dalla fondazione privata oppure no.

■ Durata e scioglimento

La fondazione privata può essere formata per un tempo determinato o indeterminato.

Fondazioni private non di pubblica utilità il cui scopo prevalente è il sostentamento di persone fisiche (cosiddette fondazioni familiari) devono essere sciolte dopo 100 anni. Se però tutti gli ultimi beneficiari lo deliberano, è possibile una proroga per ulteriori 100 anni al massimo. Simili proroghe possono essere – sempre sul presupposto che tutti gli ultimi beneficiari abbiano dato ogni volta il loro consenso – effettuate molte volte a piacere per un massimo di 100 anni ciascuna.

Se si perviene allo scioglimento di una fondazione privata, il patrimonio restante dopo la liquidazione deve essere consegnato agli ultimi beneficiari nominati nella dichiarazione di fondazione.

■ Disciplina fiscale

1. I conferimenti patrimoniali del fondatore alla fondazione privata sono soggetti alla tassa austriaca sulle donazioni del 5% (tassa di introito della fondazione). La tassa sulle donazioni è stata abrogata dalla Corte Costituzionale austriaca nel giugno 2007, con effetto a partire dal 31 luglio 2008, ma si deve piuttosto partire dal presupposto che su questo sarà creata una nuova disciplina legislativa e che anche in futuro esisterà una tassa sulle donazioni. È però pensabile che tra la cessazione della validità della legge sulle donazioni e l'entrata in vigore della nuova disciplina ancora da realizzare ci sia un intervallo di tempo in cui è possibile la costituzione di fondazioni private libere dalla tassa sulle donazioni.

Se il fondatore non è un austriaco, ma è uno straniero, deve essere pagata anche un'eventuale tassa sulle donazioni straniere. Se una tale tassa dovesse essere pagata, allora il fondatore dovrebbe presentare al Ministero delle Finanze austriaco una richiesta ai sensi del § 48 dell'Ordinamento Federale sulle Imposte (*Bundesabgabenordnung*) e chiedere che la tassa straniera sulle donazioni sia computata su quella austriaca. Diversamente che nei casi di convenzione contro la doppia imposizione (che, però, in relazione alle tasse sulle donazioni sono solo raramen-

te previsti), non sussiste una pretesa giuridica ad un disbrigo positivo attuabile per vie legali.

2. In linea di principio, il reddito corrente di una fondazione privata austriaca deve essere tassato con la tassa sugli enti collettivi del 25%. Per le entrate patrimoniali più importanti nella prassi delle fondazioni private esistono, tuttavia, disposizioni particolari.

Esenti da tasse sono i versamenti di dividendi da società di capitale austriache e i dividendi di determinate società di capitali straniere.

Determinate entrate, come, per esempio, i redditi degli interessi, sono soggette alla tassa provvisoria del 12,5%. Questa deve, però, essere computata sulla tassa di reddito da capitale che matura nel caso di versamenti ai beneficiari in modo che – come risultato spostato nel tempo – non comporta nessun aggravio.

3. Donazioni (=versamenti) ai beneficiari effettuati da una fondazione privata austriaca sono soggetti ad una tassa sui redditi da capitale del 25%.

La residenza del trust

di Nicola Fasano - Giuseppe Malinconico

Il presente contributo si propone di esaminare le problematiche più ricorrenti in materia di residenza del trust su cui importanti chiarimenti sono stati forniti di recente dal legislatore e dall'amministrazione finanziaria italiani. È evidente come si tratti di questione particolarmente rilevante in quanto propedeutica rispetto alla tassazione del trust: solo un trust residente sarà assoggettato (se opaco) a imposizione su tutti i redditi posseduti, ovunque prodotti.

■ Premessa

Una delle questioni più dibattute in materia di trust riguarda senza dubbio i criteri in base ai quali individuare la residenza fiscale dello stesso. Si tratta, infatti, di una problematica di cui la dottrina si occupa già da parecchio tempo, e solo di recente dapprima il legislatore e dopo l'amministrazione finanziaria italiana sono intervenuti per cercare di fare chiarezza su questo delicato punto. È evidente come si tratti di una questione preliminare rispetto a tutte le altre riguardanti la tassazione del trust ai fini delle imposte dirette. Un trust residente, infatti, a differenza di quello estero, è tenuto ad eseguire una serie di adempimenti e obblighi di carattere contabile e fiscale. *In primis* il trust residente dovrà dichiarare tutti i redditi ovunque prodotti, mentre un trust non residente dichiarerà i soli redditi prodotti nel nostro Paese ai sensi dell'art. 23 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "tuir"). Inoltre, sotto il profilo dei poteri istruttori esercitabili dall'amministrazione finanziaria, solo ove questa riesca a individuare dei validi criteri di collegamento con il territorio italiano in capo al trust, potrà efficacemente e legittimamente esperire la sua attività di controllo e accertamento nei confronti del trust.

■ La situazione ante Finanziaria 2007

Prima del noto intervento legislativo ad opera della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (di seguito, "Finanziaria 2007") di cui si dirà a breve, mancava nell'ambito del nostro ordinamento tributario un qualsivoglia espresso riferimento normativo all'isti-

tuto del trust e, a maggior ragione, ai criteri sulla scorta dei quali la residenza venisse attratta in Italia.

Sul punto gli approfondimenti più organici elaborati dalla prassi amministrativa, seppur privi dei crismi dell'ufficialità non trattandosi né di circolare né di risoluzione ministeriale, ma di "semplici" elaborati provenienti da organismi dell'amministrazione finanziaria, erano rappresentati dalla delibera del Secit 11 maggio 1998, n. 37 e dallo studio portato avanti dalla Direzione Regionale dell'Emilia Romagna nel 2002, avvalendosi della preziosa collaborazione di esponenti e rappresentanti delle categorie professionali maggiormente avvezze all'utilizzo dello strumento del trust.

In particolare, il tema della residenza era stato affrontato in quest'ultimo studio della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, le cui conclusioni possono tornare utili anche nell'ambito dell'attuale disciplina per chiarire alcuni casi dubbi che si possono comunque configurare anche all'indomani della Finanziaria 2007. Lo studio evidenziava come, in mancanza di disposizioni specifiche, non poteva che farsi riferimento ai principi di carattere generale sanciti dall'allora art. 87 (attuale art. 73), III comma tuir.

Tale norma prevedeva (e prevede tuttora, seppur integrata con le disposizioni specifiche per i trust) che si considerano residenti in Italia ai fini delle imposte sui redditi 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 tratta notoriamente di criteri fra loro alternativi, è dunque sufficiente che ricorrano gli estremi di applicazione di solo uno dei citati requisiti perché la società o l'ente venga considerato fiscalmente residente in Italia.

Già allora, peraltro, si osservava come la nozione di sede legale risultava inapplicabile alla fattispecie

Nicola Fasano – Esperto tributario.

Giuseppe Malinconico – Esperto tributario.

Il contributo degli Autori è a titolo personale e non coinvolge in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.

del trust, date la peculiarità dello stesso⁽¹⁾, per cui si doveva necessariamente far riferimento alla sede dell'amministrazione e all'oggetto principale.

In ordine alla sede dell'amministrazione si evidenziava che tale requisito tornava utile nel caso di trust che contavano su adeguate strutture organizzative caratterizzate, per esempio, dalla presenza di dipendenti e di locali. In mancanza, evidenziava lo studio, la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con la residenza fiscale del trustee, del soggetto cioè che provvede a gestire ed amministrare i beni del trust. Tuttavia, nel caso di più trustee residenti in Stati diversi, secondo la nota in esame, si sarebbe dovuto considerare il luogo in cui questi si riunivano per prendere le necessarie decisioni riguardanti i beni in trust.

Più complesso, avvertiva il documento, è appurare la presenza nel territorio dello Stato dell'oggetto principale del trust, data la notoria versatilità dell'istituto.

Tale criterio infatti, in riferimento a trust aventi ad oggetto un patrimonio immobiliare situato in un unico Stato, non dà particolari problemi applicativi (poiché la residenza sarà chiaramente radicata in tale Stato) che, invece, si riscontrano quando il compendio di beni segregati nel trust sia costituito in parte da immobili e in parte da valori mobiliari (c.d. trust misti) o solo da beni immobili, dislocati però in vari Stati.

In queste ipotesi, non infrequenti nella pratica, la Direzione Regionale dell'Emilia Romagna suggeriva di localizzare la residenza nello Stato in cui si trovavano le attività di maggior rilievo, sulla base di un criterio di prevalenza quantitativa della effettiva e concreta attività esercitata.

La Finanziaria 2007

Finalmente, con la legge 27 dicembre 2006, n. 296, il trust ha trovato piena cittadinanza, quanto meno sotto il profilo fiscale, nel nostro ordinamento tributario. Il legislatore, peraltro, ben conscio delle difficoltà che si incontrano nell'applicare la disciplina che regola la residenza dei soggetti Ires ai trust, è intervenuto introducendo due presunzioni di residenza da applicare con specifico riferimento ad essi.

In particolare l'art. 73, III comma tuir, prevede che si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni, quando almeno

uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla istituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del trust la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari, ovvero costituisca a favore del trust dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti.

L'introduzione di queste due presunzioni, peraltro, ha generato ulteriori problematiche sulle quali in prima battuta la dottrina si è interrogata e che poi, in via interpretativa, hanno trovato delle risposte, almeno in parte, con la circolare 6 agosto 2007, n. 48 diramata dall'Agenzia delle Entrate⁽²⁾.

■ La nozione di residenza ai sensi dell'art. 73, III comma, del T.U.I.R.

Anche la circolare 6 agosto 2007, n. 48, che sul punto pare evidentemente prendere le mosse dal citato studio della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, conferma che la residenza del trust è individuata, con taluni adattamenti che tengono conto della natura dell'istituto, secondo i criteri generali utilizzati per fissare la residenza dei soggetti di cui all'articolo 73 del tuir. Si tratta, quindi, di quelli istituiti da sede legale, sede amministrativa e oggetto principale dell'attività che devono essere situati nel territorio dello Stato per la maggior parte del periodo di imposta. Tuttavia, considerando le caratteristiche del trust, anche l'Agenzia sottolinea che di norma i criteri di collegamento al territorio dello Stato sono rappresentati dalla sede dell'amministrazione e dall'oggetto principale.

La sede dell'amministrazione

Tale criterio, secondo l'amministrazione finanzia-

Note:

(1) Sul punto, cfr. G. Frasoni, La disciplina del trust nelle imposte dirette, Riv. dir. trib., 2007, I, 227, a pp. 247-248. Secondo l'autore il criterio della sede legale in tanto ha rilevanza in quanto individua, per gli enti in senso stretto, anche l'ordinamento giuridico secondo le cui leggi essi sono istituiti e dal quale hanno ricevuto il loro riconoscimento. Ciò crea quel saldo collegamento ente - Stato che è idoneo a radicare la residenza dell'ente stesso. È evidente, quindi, l'inesistenza di un elemento avente eguale rilevanza rispetto ai trust.

(2) Il testo della Circolare può leggersi in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità del trust, ivi, 497.

ria, risulterà utile per i trust che si avvalgono, nel perseguire il loro scopo, di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, ecc.)(3). In mancanza, la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del trustee.

Pare opportuno sottolineare come la circolare 6 agosto 2007, n. 48 si riferisca residualmente al domicilio fiscale del trustee (e non alla sua residenza come invece ritenuto nello studio citato). Il chiarimento è di notevole importanza se si pensa che, presumibilmente, l'utilizzo del domicilio fiscale del trustee per attrarre a tassazione in Italia la residenza di un trust, data la concreta esiguità di trust che operano con una struttura organizzativa degna di tal nome, e la evidente "volatilità" dei trust aventi ad oggetto la gestione di patrimoni mobiliari, sarà il criterio a cui più frequentemente ricorrerà l'amministrazione finanziaria per radicare la residenza del trust in Italia, soprattutto quando non ricorrano gli estremi di operatività delle citate presunzioni, su cui si tornerà fra poco.

Peraltro, è la stessa circolare che, nel sottolineare come, in fattispecie dubbie, la residenza del trust "tenderà" a coincidere con il domicilio fiscale del trustee, appare lasciare la porta aperta all'applicazione di criteri alternativi che denotino un collegamento con il territorio dello Stato.

Nulla è stato, invece, precisato dalla circolare per quanto concerne il caso, non raro, che la gestione del trust sia affidata a due o più trustee "localizzati" in Stati diversi. In tale circostanza, probabilmente, deve ritenersi utile quanto suggerito dallo studio della Direzione Regionale dell'Emilia Romagna di cui si è dato conto in apertura del presente intervento. In tale sede, come accennato, era stato precisato che si sarebbe dovuto considerare il luogo in cui i trustee si riuniscono per prendere le necessarie decisioni riguardanti i beni in trust, mutuando così la soluzione proposta nel modello OCSE, che richiama il *place of effective management* per dirimere i casi di doppia residenza riguardanti soggetti diversi dalle persone fisiche(4).

L'oggetto principale

Questa seconda fattispecie è strettamente legata alla tipologia di trust. Se l'oggetto del trust, da individuarsi nei beni vincolati in trust, è dato da un patrimonio immobiliare situato interamente in Italia, l'individuazione della residenza non presenta particolari problematiche, che sorgono, invece, nel

caso di beni immobili situati in Stati diversi. In tal caso, secondo l'Agenzia, occorre fare riferimento al criterio della prevalenza. Restano dei dubbi se tale criterio vada applicato interpretandolo sotto il profilo quantitativo o qualitativo. Ci si chiede, cioè, se, in caso di più immobili segregati in trust e dislocati in vari Stati, debba effettuarsi un semplice calcolo numerico delle unità immobiliari, o se piuttosto si debba prendere in considerazione il valore commerciale di ciascuna. Si pensi, per esempio, al caso in cui vengano vincolati in trust tre monocali siti a Malta e un *open space* sito nel centro di Milano. È evidente che, in tal caso, a fronte di un arido dato numerico secondo cui vi sarebbe un rapporto di "tre a uno", una valutazione più approfondita in base al valore di ciascun immobile porterebbe a concludere nel senso diametralmente opposto, ritenendo il trust residente in Italia. Una simile valutazione, tuttavia, non è facilmente formulabile e potrebbe risentire della mancanza di criteri incontrovertibili (date, ad esempio, le infinite variabili che incidono sulle quotazioni di mercato), che potrebbe portare a conclusioni discutibili tanto il trust quanto l'amministrazione finanziaria in sede di controllo.

Una situazione particolare riguarda i casi in cui il disponente faccia confluire i beni immobili in una società "newco" e poi attribuisca le azioni o quote al trust istituito in Paesi esteri senza che, in tal caso, il trust si configuri residente nel territorio dello Stato. Pur in assenza di precise indicazioni in tal senso, tuttavia, in tali circostanze si ritiene che l'amministrazione finanziaria potrebbe comunque applicare l'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, per disconoscere l'operazione ove ricorrano le ulteriori condizioni richieste dalla norma, in quanto il conferimento in società rientra nel novero delle ipotesi in cui l'amministrazione può applicare tale disposizione. Non solo, nel caso di società estera appositamente costituita che svolga la sola attività di gestione degli immobili ubicati in Italia, automaticamente questa sarà ritenuta residente ai sensi dell'art. 73 tuir, avendo

Note:

(3) L'interpretazione, tuttavia, non è stata condivisa da buona parte della dottrina. Ben prima della citata circolare, del resto, si osservava come l'unico significato attribuibile al termine "amministrazione" è quello di complesso delle scelte inerenti all'indirizzo da imprimere all'attività e di fissazione degli obiettivi da raggiungere. Cfr., per tutti, G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, pp. 104 s.

(4) Sul tema si tornerà fra breve.

nel nostro Paese l'oggetto principale della sua attività. Di conseguenza verrebbe ad essere attratta in Italia anche la residenza del trust, visto il possesso di quote riferibili a una società residente.

Nel caso, invece, di patrimoni mobiliari o misti l'oggetto dovrà essere identificato con l'effettiva e concreta attività esercitata dal trust(5).

In ogni caso, è evidente che, anche alla luce dell'evoluzione normativa in materia di residenza delle società e degli enti, univocamente mirata a dare rilevanza a criteri sostanzialistici(6), tanto nel caso della sede amministrativa, quanto nel caso dell'oggetto principale dell'attività svolta, l'esame volto ad appurare la reale residenza del trust sarà improntato al principio dell'effettività, prescindendo quindi da criteri meramente formali(7).

■ Residenza e modello OCSE per evitare la doppia imposizione

Ad una impostazione sostanzialistica, del resto, è da tempo orientata anche l'OCSE. L'art. 4, paragrafo 3 del modello OCSE di convenzione per evitare le doppie imposizioni, infatti, per dirimere i casi di doppia residenza di un soggetto giuridico diverso dalle persone fisiche, richiama il criterio della "sede della direzione effettiva"(8). Rileva, dunque, il luogo in cui si svolge la direzione complessiva e unitaria del soggetto(9), peraltro non sempre agevole da individuare, soprattutto alla luce del progresso tecnologico, grazie al quale sono sempre più rapidi gli incontri per assumere le decisioni in esame, magari anche fra più persone fisicamente lontane fra loro e messe in contatto tramite videoconferenza.

La stessa Agenzia delle Entrate, nella citata circolare 6 agosto 2007, n. 48, sottolinea come, per individuare la residenza di un trust, si possa fare utile riferimento alle convenzioni per evitare le doppie imposizioni. Anche perché il trust, per la sua natura giuridica, può dar luogo a problematiche di tassazione transfrontaliera con eventuali fenomeni di doppia imposizione o, all'opposto, di elusione fiscale, per regolare i quali è inevitabile ricorrere allo stru-

da cui poi dipendono le modalità di determinazione del reddito: in base agli artt. 81 s. del tuir per i trust commerciali e ai sensi degli artt. 143 s. tuir per quelli, la maggior parte, che non esercitano in via esclusiva o principale attività commerciale.

L'art. 73, IV comma tuir prevede che l'oggetto principale dell'ente deve essere desunto in base alla legge, allo statuto o all'atto costitutivo, se esistenti in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata o registrata. Fermo restando che per oggetto principale va intesa l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto. Il V comma aggiunge che, 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 norma trova applicazione in ogni caso con riferimento agli enti non residenti.

Sul punto, un recente Studio elaborato dal Consiglio Nazionale del Notariato (n. 22-2007/T), *infra*, 434, ha osservato che, ai fini dell'applicazione al trust dei commi IV e V dell'art. 73 (disposizioni che fanno riferimento alla legge, all'atto costitutivo ed allo statuto quali fonti negoziali della disciplina dell'ente, nessuna delle quali propriamente associabile al trust) si dovrebbe accogliere una nozione ampia di "atto costitutivo" e di "statuto" quale disciplina negoziale dei beni, degli atti e dei rapporti che fanno capo al soggetto. In questo modo potrebbe ricomprendersi anche l'atto istitutivo del trust, nonostante non si possa parlare, in senso stretto, di atto costitutivo oppure di statuto.

Se, allora, l'atto istitutivo del trust deve essere valutato al fine di determinare la commercialità, risulta necessario che dallo stesso emerga sia lo scopo del trust, sia l'attività che appare funzionale al raggiungimento dello scopo principale od esclusivo.

Così, per esempio, un trust liberale che preveda l'esercizio dell'attività di impresa da parte del trustee per il conseguimento degli scopi altruistici indicati nell'atto istitutivo, dovrà qualificarsi in termini di ente commerciale. Mentre, al contrario, un trust istituito per finalità egoistiche (per esempio, la gestione di un patto di sindacato), ma senza la previsione dell'esercizio di atti di impresa dovrà essere definito quale ente non commerciale.

In questa prospettiva, l'eventuale natura discrezionale del trust appare in grado di spostare sull'attività di fatto svolta dal trustee il giudizio in base al quale definire la commercialità o meno del trust. A tal fine, il Notariato fa l'esempio di un atto istitutivo di trust che individui i beni ed i beneficiari, ma lasci al trustee la possibilità di scegliere le forme attraverso cui produrre reddito con i beni segregati. In questo caso, solo l'attività effettivamente esercitata dal trustee potrà definire la commercialità del trust medesimo. Tali considerazioni, a parere di chi scrive pienamente condivisibili, denotano, dunque, anche sotto questo profilo, la necessità di indagare l'oggetto principale del trust sulla base di dati effettivi e non puramente formali.

(6) Emblematico è l'esempio delle norme introdotte nel medesimo art. 73 in materia di esteroinvestizione delle società e degli enti su cui ci si soffermerà nel prosieguo.

(7) In tal senso è orientata anche la Cassazione, la quale propende decisamente per la prevalenza della sostanza sulla forma in riferimento sia all'oggetto principale come elemento utile ai fini della determinazione della residenza (Cass., 10 dicembre 1974, n. 4172, inedita), sia come criterio per appurare la commercialità dell'ente (cfr. Cass., 4 ottobre 1991, n. 14049, inedita).

(8) Come notato da autorevole dottrina, va segnalato che l'Italia, nella riserva posta al paragrafo 25 del commentario OCSE, ha osservato come, oltre al luogo in cui vengono assunte le decisioni amministrative, si debba tenere conto anche del luogo in cui si svolge la principale attività dell'ente. Pare, quindi, che si intenda dare rilievo anche al concetto di localizzazione dell'oggetto principale dell'attività. Cfr. M. Piazza, Guida alla fiscalità internazionale, Milano, 2004, p. 140.

(9) Naturalmente, se nell'ambito di una società rileveranno le decisioni dell'organo gestionale, normalmente rappresentato dal consiglio di amministrazione, nel caso di trust dovrà farsi riferimento al trustee che è il soggetto al quale viene demandata la gestione e l'amministrazione del trust. Non si può, tuttavia, ignorare la particolarità dell'istituto del trust in base alla quale è l'atto istitutivo a definire i poteri e le attribuzioni del trustee, il quale in alcuni casi può avere un potere decisionale limitato.

Note:

(5) Ai fini di una maggiore chiarezza, va ricordato che la nozione di oggetto principale ha una doppia valenza nell'ambito dell'art. 73. Da un lato, infatti, secondo quanto previsto dal III comma, è determinante per decidere la residenza di un soggetto, dall'altro, ai sensi dei successivi IV e V comma, va utilizzata per individuare la commercialità o meno dell'ente,

mento delle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate fra i vari Paesi sulla base appunto del modello OCSE(10), la cui applicabilità, peraltro, nel caso specifico dei trust non è pacifica in dottrina(11).

Un trust, infatti, può realizzare il presupposto impositivo in più Stati, quando, ad esempio, il *trust fund* sia situato in uno Stato diverso da quello di residenza del trustee e da quello di residenza del disponente e dei beneficiari(12).

In ogni caso, per applicare le convenzioni è notorio che, come richiesto dall'art. 1 del modello OCSE, si debba trattare di "persons" rientranti nella definizione del successivo art. 3 e che tali soggetti siano residenti in uno o entrambi gli Stati contraenti. Peraltro, né il modello, né il relativo commentario forniscono indicazioni circa l'applicazione delle convenzioni ai trust, che vengono citati solo nelle riserve poste al commentario da alcuni Stati.

Il citato articolo 3, paragrafo 1, lett. a) specifica che il termine "persona" comprende le persone fisiche, le società e ogni altra associazione di persone ("body of persons"). La successiva lett. b) precisa che il termine "società" indica qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini dell'imposizione.

Tanto premesso, dal punto di vista dell'Italia, almeno dopo le novità recate dalla Finanziaria 2007 che li ha espressamente ricompresi fra i soggetti passivi Ires, sembrerebbe pacifico ricondurre i trust, a prescindere da una loro esplicita indicazione nelle singole convenzioni(13), nell'alveo applicativo delle stesse, se non altro come "body of persons"(14).

Sul punto l'Agenzia delle Entrate si è espressa in senso favorevole con la citata circolare 6 agosto 2007, n. 48, evidenziando come il trust annoverato, a seguito della modifica dell'art. 73 del tuir, tra i soggetti passivi d'imposta, ai fini convenzionali deve essere considerato come "persona" ("una persona diversa da una persona fisica", di cui all'articolo 4, III comma, modello OCSE di convenzione per evitare le doppie imposizioni) anche se non espressamente menzionato nelle singole convenzioni. Pur dando per applicabili le convenzioni contro le doppie imposizioni, restano, tuttavia, problemi applicativi di non poco conto, anche in considerazione del fatto che gli ordinamenti dei vari Paesi hanno adottato differenti discipline per il trust, anzi in alcuni Stati

Note:

(10) In materia, fra gli approfondimenti degni di nota si richiamano C. Sacchetto, Brevi note sui trusts e le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sul reddito, in questa Rivista, 2000, 64, a p. 65; G. Paladini, Il trust nelle convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate secondo il modello Ocse, Diritto e pratica tributaria internazionale, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il Trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>; G. Marino, Profili di diritto internazionale tributario del trust: lo stato dell'arte, Riv. dir. trib., 2006, I, 3. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia che le soluzioni prospettabili sono essenzialmente riconducibili a due casi: i) il trust autonomo soggetto giuridico, considerato come patrimonio autonomo destinato ad uno scopo, o ii) il trustee o i trustee, considerati come organo unitario e caratterizzato da continuità (*body of trustee*). Il soggetto passivo dei redditi del trust, la cui individuazione dipende da norme interne degli Stati contraenti, può, quindi, rientrare nell'ambito di applicazione dei trattati internazionali stipulati secondo il modello OCSE in due casi: i) come *body of persons*, nel caso in cui il soggetto passivo sia il *body of trustee*; ii) attraverso una interpretazione estensiva della nozione di *body of persons*, nel caso di trust autonomo soggetto passivo, che secondo lo stesso autore è tuttavia l'ipotesi meno frequente.

Sul tema, più di recente, cfr. A. Moja, Manuale di fiscalità internazionale, Milano, 2007, p. 981 s.

(11) Sul punto, infatti, si deve segnalare la posizione contraria espressa da autorevole dottrina rispetto alla generalizzazione dell'applicabilità delle convenzioni nei confronti di tutti i trust, indipendentemente dalle caratteristiche di ciascuna tipologia. In particolare M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001 p. 265, nel contestare l'approccio universalistico alla personalità convenzionale dei trust che cerca di stabilire se tutti i trust sono "persons", propone una distinzione fra i *charitable trusts*, sicuramente soggetti, e tutti gli altri trust, per i quali la soggettività convenzionale andrà verificata con riferimento al caso specifico. Si vedano, inoltre, i richiami bibliografici riportati *supra*, nota 7.

(12) Proprio l'elevato numero di soggetti interessati, a vario titolo, dalla istituzione di un trust (potrebbe esserci, a complicare la situazione, anche la presenza di un guardiano al quale viene magari attribuito una sorta di potere di veto in relazione a determinate decisioni adottate dal trustee) rende difficile anche la sola individuazione dei due Stati che si "contendono" la residenza del trust.

(13) L'unica convenzione che espressamente comprende i trust tra le persone cui si applica la convenzione è quella sottoscritta dall'Italia con gli Stati Uniti d'America.

(14) La particolarità dell'istituto del trust, del resto, crea notevoli problemi di qualificazione anche nell'ambito della disciplina fiscale interna. In particolare si discute se il trust possa essere assimilato agli enti o costituisca una fattispecie a sé stante. Al di là del dato letterale di cui all'art. 73, laddove nell'elencare i soggetti passivi Ires si richiamano i trust collegandoli ai precedenti soggetti (società ed enti) utilizzando la congiunzione "nonché", piuttosto che una dizione del tipo "compresi" (peraltro utilizzata alla lett. d) del medesimo art. 73 in relazione agli enti non residenti) che in effetti farebbe propendere per una individuazione del trust come soggetto distinto rispetto agli enti, l'assimilazione in ambito fiscale dei trust alla categoria degli enti pare oramai evidente. Almeno da parte dell'amministrazione finanziaria. Così, ad esempio, l'Agenzia nella circolare 6 agosto 2007, n. 48 ha ritenuto applicabile anche ai trust i commi V-bis e V-ter dell'art. 73, in materia di esteroestensione, che pure letteralmente si riferiscono solo a società ed enti. Ancora più significativa, sotto questo profilo, è l'inclusione del trust fra i sostituti di imposta obbligati ad effettuare le ritenute sui redditi di lavoro e di capitale erogati, operata dalle istruzioni ai modelli 770 ordinario e semplificato adottati nel 2008 (per il periodo di imposta 2007). Eppure l'art. 23 D.P.R. 600/73 in materia di ritenute su redditi di lavoro dipendente (poi richiamato dagli articoli successivi riguardanti le ritenute su altri tipi di reddito) richiama le società e gli enti di cui all'art. 73, I comma, e non i trust.

la tassazione cambia a seconda della tipologia di trust(15).

Alla luce di quanto esposto, pertanto, pur condividendo la tendenziale applicabilità delle convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai trust, chi scrive ritiene che dovrà comunque verificarsi la concreta operatività delle stesse in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

■ Le presunzioni introdotte nell'art. 73 del tuir

In tema di residenza, peraltro, le novità più consistenti apportate dalla Finanziaria 2007 sono senz'altro rappresentate dalla introduzione di due nuove presunzioni legali inserite nel corpo dell'art. 73 tuir, che appesantiscono la posizione del trust, sotto il profilo probatorio, rendendo, invece, più agevole il lavoro dell'amministrazione finanziaria in sede di controllo. Tali disposizioni, come ricordato dalla stessa circolare 6 agosto 2007, n. 48, mirano evidentemente a "contrastare possibili fenomeni di fittizia localizzazione dei trust all'estero, con finalità elusive".

La residenza del disponente e del beneficiario

In base alla prima presunzione recata dal nuovo III comma dell'articolo 73 del tuir, si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria(16), i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Paesi che non consentono lo scambio di informazioni (Paesi non inclusi nella cosiddetta *white list* approvata con decreto del Ministro delle Finanze 4 settembre 1996 e successive modificazioni)(17), quando almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

Per l'operatività della presunzione, preliminarmente, occorre, dunque, verificare cosa debba intendersi per trust "istituiti" in Paesi non *white list*. A parere di chi scrive non ci si può attenere al dato meramente letterale della norma, ma piuttosto occorre considerare la *ratio* antielusiva ispiratrice della stessa. Del resto, come notato da autorevole dottrina(18), la semplice istituzione del trust in un paradiso fiscale non determina alcun significativo criterio di collegamento fra il trust medesimo e il Paese non *white list*. È stato pure notato come sarebbe sin troppo semplice istituire (nel senso di sotto-

scrivere il relativo atto) il trust in un Paese rientrante nella *white list* e gestire, nonché localizzare, il trust in un paradiso fiscale(19).

Note:

(15) È il caso, per esempio, del Regno Unito, in cui il trust raramente è autonomo soggetto passivo di imposta. Nella maggior parte dei casi, infatti, il soggetto passivo è il trustee oppure il beneficiario, o, in alcuni casi, per finalità antielusive, il disponente stesso. Anche in Italia del resto, in base alla disciplina introdotta dal 2007, si distingue fra trust opachi, sottoposti a Ires, e trust trasparenti in cui la tassazione avviene in capo ai beneficiari. Proprio in virtù di tali rilevanti differenze, sembrerebbe corretta una ricostruzione secondo cui il trust opaco e quello trasparente costituiscono due tipologie di trust a fronte delle quali corrispondono due differenti regimi convenzionali. Così, nel caso di trust opaco si dovrebbe applicare la convenzione tra il Paese fonte del reddito e il Paese di residenza del trust; nel caso invece di trust trasparenti si dovrebbe fare riferimento alla convenzione che regola i rapporti fra Stato della fonte e Stato di residenza dei beneficiari.

(16) Si tratta dunque di una presunzione relativa.

(17) Sull'argomento, si ricorda che la Finanziaria 2008 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) è intervenuta in modo molto incisivo introducendo per le persone fisiche, all'art. 2, un nuovo comma II-bis, mentre per le altre fattispecie ha previsto un nuovo articolo 168-bis. Tale norma prevede la predisposizione di due diverse *white list* da parte del Ministero dell'Economia al fine di sostituire la citata *white list* approvata con D. M. 4 settembre 1996 e le attuali *black list* che, nelle rispettive materie, individuano i cosiddetti "paradisi fiscali". La prima *white list*, prevista dal I comma dell'art. 168-bis, che si riferisce espressamente anche alla residenza dei trust, individuerà i Paesi e i territori che garantiscono esclusivamente un adeguato scambio di informazioni mentre la seconda, prevista dal II comma, dovrà elencare gli Stati e i territori che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia. Alla luce di queste novità, è chiaro che il D. M. 4 settembre 1996, in cui sono contenuti già 65 Paesi con cui è attuato un adeguato scambio di informazioni, assume un ruolo di preminente importanza poiché, ad oggi, rappresenta l'unica lista costituita sulla base del criterio dello scambio di informazioni. Le *white list*, peraltro, verranno adottate con decreto del Ministero dell'Economia che entrerà in vigore a partire dall'anno successivo a quello di pubblicazione. Fino a tale momento continueranno a trovare applicazione le liste vigenti. Al fine di ammorbidire l'impatto della nuova disciplina la Finanziaria 2008 detta un'apposita previsione di carattere transitorio che tende a salvaguardare l'inclusione nel decreto ministeriale "white list" di quegli Stati o territori che non sono inclusi nelle diverse *black list* attualmente vigenti. Si afferma, infatti, che nel decreto di cui all'articolo 168-bis del tuir, sono altresì inclusi, per un periodo di cinque anni dalla data di pubblicazione del medesimo nella Gazzetta Ufficiale, gli Stati o territori che, prima della data di entrata in vigore della Finanziaria, non sono elencati nei decreti contenenti le varie *white* o *black list*. Trascorso tale periodo transitorio, i suddetti Stati potranno permanere nella *white list* solo nel caso in cui, nel frattempo, sia stata formalizzata una convenzione tesa a favorire lo scambio di informazioni con l'Italia. In caso contrario tali Paesi saranno esclusi dalla *white list* e pertanto ad essi si applicheranno i vari istituti antielusivi previsti dalla normativa interna. Per una disamina più esauriente delle novità e le problematiche di coordinamento, cfr. M. Piazza, Paradisi fiscali l'identikit è diventato più ambiguo, Il Sole 24 Ore, 11 febbraio 2008.

(18) Cfr. G. Franson, La disciplina del trust nelle imposte dirette [supra, nota 1], a pp. 231-233.

(19) A dire il vero, non sembra neanche questo l'ambito di applicazione della presunzione. Nel senso che, qualora con il termine "istituito" il legislatore avesse voluto riferirsi al trust "gestito" o comunque "localizzato" nel Paese poco trasparente, la presunzione non opererebbe, sarebbe sterilizzata a monte, in quanto l'Agenzia delle Entrate, nello stesso momento

(segue)

Appare ragionevole ritenere che, in realtà, la presunzione scatti quando, come chiarito dall'Agenzia delle Entrate nella citata circolare 6 agosto 2007, n. 48, il trust "abbia formalmente fissato la residenza in un Paese non incluso nella *white list*". L'amministrazione finanziaria, in sostanza, pare propendere per l'applicabilità della presunzione ogniqualvolta il trust, sulla scorta dei criteri che abbiamo visto in precedenza, stabilisca solo apparentemente la sua residenza nel Paese non *white list* (per esempio, ivi stabilendo la sua fittizia sede amministrativa, sfruttando magari quella di altre società o enti, o che risulti del tutto inesistente), oppure affidando la gestione del trust a un trustee con domicilio fiscale in tale Stato, ma che di fatto operi stabilmente nel nostro Paese, ivi assumendo le decisioni di gestione e amministrazione del trust. In tutti questi casi, dunque, in presenza di un disponente e/o un beneficiario residenti in Italia opererà l'inversione dell'onere della prova: dovrà essere il trust a dimostrare la sua effettiva localizzazione nel Paese non *white list*. I mezzi a cui dovrà ricorrere, in mancanza di indicazioni da parte dell'Agenzia delle Entrate, non sembrano poter essere molto diversi da quelli richiesti per smentire altri tipi di presunzioni, aventi, peraltro, analogo intento antielusivo, come, ad esempio, quella prevista per la deduzione di costi con Paesi *black list* o in materia di CFC.

In quest'ultimo contesto l'amministrazione finanziaria ha individuato⁽²⁰⁾ una serie di documenti utili per provare l'effettiva localizzazione della struttura organizzativa nel Paese a fiscalità privilegiata, quali: il bilancio; la certificazione del bilancio; un prospetto descrittivo dell'attività esercitata; i contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività; copie delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati; i contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte; i conti correnti bancari aperti presso istituti locali; gli estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate; copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici; le autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali. Documentazione, questa, che, con gli opportuni adeguamenti, potrà essere prodotta sia in relazione ad una sede amministrativa autonoma del trust, sia con riferimento al soggetto che ricopre l'ufficio di trustee che, come

abbiamo visto, in genere, radica in base al proprio domicilio fiscale la residenza del trust.

Quello che, a parere di chi scrive, parrebbe da escludersi è che "istituto" abbia un significato strettamente letterale e dunque sia da intendersi nel senso di formale sottoscrizione dell'atto istitutivo del trust nel Paese non *white list*. In tal senso sembrano propendere anche ragioni di carattere logico-sistematico poiché sarebbe alquanto singolare che, in materia di imposte sui redditi, risulti determinante l'espletamento di una formalità, la sottoscrizione di un atto, che per la sua stessa ontologica natura connota piuttosto l'applicazione di una tipica imposta d'atto quale quella di registro, in cui, generalmente, risulta determinante il luogo in cui viene espletata la formalità di redazione dell'atto. Sul punto, tuttavia, autorevole dottrina non ha mancato di rimarcare come il dato letterale non possa essere travalicato da una simile interpretazione estensiva⁽²¹⁾.

La norma menziona anche gli "istituti aventi analogo contenuto" a quello di un trust, con la fin troppo chiara finalità di evitare facili aggiramenti della normativa in esame, semplicemente ricorrendo ad istituti analoghi al trust, ma denominati diversamente dall'ordinamento straniero⁽²²⁾.

È chiaro che, come precisato dalla stessa circolare, ai fini dell'assimilazione di un istituto straniero con un *nomen iuris* diverso da quello di "trust", sarà decisivo il riscontro nel caso concreto delle peculia-

Note:

(continua nota 19)

in cui appurasse tale presupposto, automaticamente riconoscerebbe la localizzazione del trust all'estero e non in Italia, pur in presenza di un disponente e/o un beneficiario residenti. Di conseguenza si arriverebbe al paradosso che il presupposto sulla base del quale scatterebbe la presunzione di fatto coinciderebbe con la stessa prova contraria che si dovrebbe fornire: in pratica l'impianto normativo, così interpretato, sarebbe del tutto inutile.

(20) Cfr. Circolare n. 29/E del 2003. Va ricordato, inoltre, che con la Risoluzione n. 46/E del 16 marzo 2004, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che l'elencazione deve considerarsi esemplificativa e non esaustiva, con possibilità per il contribuente di fornire altri e diversi documenti che comprovino le condizioni richieste ai fini dell'esclusione dalla norma.

(21) Cfr. M. Lupoi, Imposte dirette e trust, in questa Rivista, 2007, 5; in Corriere Tributario, 2007, 253. Secondo l'autore neanche con una forzatura "istituiti in" potrebbe significare "gestiti in". Ciò in quanto si versa nell'ambito dell'art. 73, III comma ove è già contenuta la nozione di "sede dell'amministrazione"; di conseguenza, se il legislatore avesse voluto valorizzare l'attività gestoria non avrebbe dovuto far altro che richiamare nuovamente la "sede dell'amministrazione" in uno Stato con cui non è attuabile lo scambio di informazioni. In senso conforme, anche, A. Moja, Il trust nel diritto civile e tributario, Rimini, 2007, p. 318.

(22) In tale novero, per esempio, rientrano le fondazioni del Liechtenstein o di Panama.

rità tipiche del trust. Per individuarle, pertanto, e al fine di garantire un'applicazione omogenea della disciplina in esame, si ritiene che ci si dovrà riferire alle caratteristiche indefettibili del trust tracciate dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ai sensi del quale:

- i beni in trust devono costituire una massa segregata e distinta dal patrimonio del trustee;
- tali beni devono essere intestati al trustee o ad altra persona per suo conto;
- il trustee deve provvedere ad amministrare i beni conformemente alle regole previste dall'atto istitutivo e dalla legge di riferimento.

Un grande punto interrogativo circa l'applicazione pratica di tale presunzione era rappresentato senza dubbio dall'individuazione del momento in cui va determinata la residenza fiscale di un disponente e di un beneficiario perché sia attratta in Italia la residenza fiscale del trust. Sul punto la circolare, al fine di scoraggiare eventuali manovre elusive, ha chiarito come non sia necessario che la residenza italiana del disponente e del beneficiario si verifichino nello stesso periodo d'imposta.

Infatti, dal lato del disponente, la sua residenza, in considerazione della natura istantanea dell'atto di disposizione, rileva nel periodo d'imposta in cui questi ha effettuato l'atto di disposizione a favore del trust. Mentre non rilevano eventuali cambiamenti di residenza che dovessero verificarsi successivamente. Dal lato del beneficiario, invece, la sua residenza potrà attrarre di conseguenza in Italia la residenza del trust, anche se si realizzasse in periodi di imposta successivi rispetto a quello in cui è stato effettuato l'atto di disposizione a favore del trust.

È stato fatto notare⁽²³⁾, peraltro, come la presunzione appaia eccessiva in quei casi in cui un trust abbia due disponenti di cui uno, non residente, apporti la quasi totalità dei beni in trust mentre l'altro, residente, si limita a conferire una parte minimale del patrimonio complessivamente segregato. In questo caso, in effetti, il criterio di collegamento con il nostro Stato appare quanto mai labile e un'attrazione della residenza in Italia sembrerebbe vessatoria, seppur resterebbe la possibilità della prova contraria. La considerazione, *mutatis mutandis*, potrebbe valere anche nel caso di due o più beneficiari. Meglio allora, secondo questa dottrina, sarebbe stato prevedere delle quote percentuali minime, sia per il disponente che per il beneficiario residenti, entro le quali la presunzione risulti sterilizzata.

Da rimarcare, inoltre, che ai fini della residenza il momento topico viene individuato dall'Agenzia non in quello di semplice istituzione del trust, ma in quello in cui vi è l'atto dispositivo, il vero e proprio fulcro del trust. È noto, infatti, come i due atti, quello istitutivo e quello dispositivo, non sempre coincidano, potendo essere formalizzati anche distintamente in momenti diversi.

Il trasferimento di immobili o diritti reali

In base alla seconda presunzione recata dal III comma dell'art. 73 tuir, inoltre, si considerano residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato che non consente lo scambio di informazioni quando, successivamente alla istituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del trust la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari, ovvero costituisca a favore del trust dei vincoli di destinazione sugli stessi beni e diritti.

In tal caso, è stato precisato dall'Agenzia delle Entrate, è proprio l'ubicazione degli immobili che crea il collegamento territoriale e giustifica la residenza in Italia del trust. Tale precisazione sull'ubicazione nel territorio dello Stato dell'immobile risulta particolarmente degna di nota, in quanto, in realtà, la norma sul punto tace. Tanto che alcuna parte della dottrina, seppur minoritaria, aveva avanzato ricostruzioni tali da attrarre in Italia la residenza del trust in cui venisse conferito un immobile, sito anche all'estero, da un residente⁽²⁴⁾. L'interpretazione resa dall'Agenzia delle Entrate è, peraltro, condivisibile poiché la tassazione degli immobili generalmente viene modulata in base alla presenza fisica del bene e non alla residenza del possessore.

Altra precisazione rilevante contenuta nella citata circolare è senz'altro quella con cui si chiarisce che anche in questa seconda ipotesi presuntiva è ammessa la prova contraria. Ciò in quanto la norma prevede esplicitamente tale possibilità solo con riferimento alla prima presunzione. La soluzione adottata dall'Agenzia appare, però, condivisibile, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di

Note:

(23) Cfr. G. Guffanti, Problemi aperti sul trust ai fini delle imposte sui redditi, *Corriere trib.*, 2007, 1190.

(24) Così Aa. Vv., Testo unico delle imposte sui redditi - Commentario, Milano, 2007, p. 1119.

Giustizia europea in via di consolidamento, secondo cui le disposizioni antielusive che si prestano a limitare la libertà di stabilimento sono ammissibili quando venga lasciata la possibilità al contribuente di dimostrare il contrario di quanto risulta dall'applicazione "automatica" della norma antielusiva.

La stessa visione logico-sistematica che presiede l'interpretazione della norma, inoltre, a parere di chi scrive, pare giustificare l'assunto secondo cui questa seconda fattispecie troverà applicazione anche con riferimento a istituti nominalmente diversi dal trust, ma analoghi in quanto a caratteristiche essenziali, pur mancando, a differenza della prima presunzione, una letterale precisazione in tal senso da parte del III comma.

Un motivo di interesse contenuto poi nella seconda presunzione, come osservato da autorevole dottrina(25), è dato dal riferimento alla costituzione di vincoli di destinazione. Tale interesse, peraltro, è da ricondurre nell'ambito prettamente civilistico. Sembra esservi, cioè, un riconoscimento da parte del legislatore italiano della possibilità che i vincoli di destinazione, di cui al nuovo articolo 2645-ter cod. civ., possano vedere un trustee quale soggetto proprietario di beni immobili vincolati. In sostanza, sembra possibile che la istituzione di un vincolo di destinazione si combini con l'istituzione di un trust e il trustee, in questo caso, può essere il soggetto al quale spetta attuare la finalità in vista della quale il vincolo è stato istituito.

Si deve notare, inoltre, che, nel novero dell'attribuzione successiva, non sono ricomprese azioni o quote di società immobiliari che potrebbero essere utilizzate per aggirare la disciplina in argomento; il disponente, infatti, potrebbe far confluire i beni immobili in una società "newco" e poi attribuire le azioni o quote al trust istituito in Paesi esteri senza che, in tal caso, il trust si configuri residente nel territorio dello Stato(26).

Anche in proposito a questa seconda presunzione, infine, possono svolgersi le medesime considerazioni formulate in precedenza per quanto riguarda il significato da attribuire alla espressione "istituiti in", da interpretarsi in senso estensivo, e circa le modalità in base alle quali è possibile sconfinare la presunzione di residenza, fornendo la prova contraria(27).

■ Esterovestizione e trust

In effetti le due presunzioni appena esaminate sembrano costituire una sorta di completamento

della disciplina, contenuta nei commi V-bis e V-ter dell'art. 73 tuir, della c.d. "esterovestizione" delle società e degli enti che, comunque, seppur in via residuale, e sempre che compatibili con l'istituto del trust, trovano applicazione(28). Tale disciplina, evidentemente, troverà applicazione innanzitutto con riferimento ai trust istituiti o comunque residenti in Paesi compresi nella *white list*, per i quali non trovano applicazione le specifiche presunzioni di residenza di cui all'articolo 73, III comma tuir.

La disciplina contro l'esterovestizione intende, in sostanza, colpire la fittizia localizzazione delle residenze fiscali in Paesi diversi dall'Italia, finalizzata alla fruizione di un più favorevole regime fiscale. Le società esterovestite sono, quindi, società solo formalmente estere, ma che presentano rilevanti e continuativi elementi di collegamento con il territorio dello Stato. Ciò in quanto tali società detengono partecipazioni di controllo in società ed enti residenti o sono amministrate da soggetti residenti.

In estrema sintesi, ai sensi dei citati commi V-bis e V-ter, salvo prova contraria, si considerano residenti le società e gli enti esteri, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'articolo 2359, I comma cod. civ., in società ed enti residenti, se, in alternativa:

a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi dell'articolo 2359, I comma del codice civile(29), da soggetti residenti nel territorio dello Stato;

b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato.

Con particolare riferimento alla seconda ipotesi appare evidente che il richiamo all'organo ammini-

Note:

(25) M. Lupoi, Imposte dirette e trust [*supra*, nota 21].

(26) In proposito, vedi le considerazioni già svolte in merito all'oggetto principale.

(27) Sotto questo profilo, potrebbe darsi dimostrazione che l'immobile sito in Italia e conferito nel trust rappresenti solo una parte marginale dell'intero patrimonio (localizzato in altri Stati) dello stesso, sconfiggendo così la presunzione di residenza in Italia.

(28) In questo senso si è espressa la circolare 6 agosto 2007, n 48.

(29) Ai sensi del quale "Sono considerate società controllate:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa".

strativo, nell'ambito del trust, debba intendersi operato alla figura del trustee. Ma allora, la presunzione non aggiunge nulla di nuovo rispetto alle indicazioni rese dal III comma del medesimo art. 73 tuir, in quanto, come abbiamo visto, la residenza del trustee è uno di quegli elementi fondanti, già in base alle regole generali, la residenza del trust.

Anche questi, dunque, sono aspetti su cui si attendono indicazioni più precise da parte dell'amministrazione finanziaria.

■ Conclusioni

Alla luce di quanto detto, pertanto, sicuramente dapprima l'intervento del legislatore e poi quello interpretativo da parte dell'Agenzia delle Entrate, hanno chiarito diversi punti oscuri in merito alla tassa-

zione del trust ai fini delle imposte dirette, ed in particolare circa i criteri in base ai quali radicare la residenza. Tuttavia, sono ancora insoluti alcuni dubbi che quanto prima andrebbero chiariti, anche per assicurare un utilizzo consapevole e non improprio del trust. Resta da verificare, nella pratica quotidiana, la effettiva utilità del sistema di presunzioni volto a scoraggiare la fittizia localizzazione del trust in Paesi che non garantiscono un adeguato scambio di informazioni. In proposito, seppur si deve riconoscere che l'automatica attrazione in Italia del trust estero non garantisca tale scambio di informazioni, parimenti va considerato che, senz'altro, il radicamento della residenza del trust nel nostro Paese costituisce il primo ineludibile passo per consentire all'amministrazione finanziaria di verificarne la posizione fiscale.

Trust ed imposte indirette: la posizione della Corte di Cassazione francese

di Paolo Panico

La Corte di Cassazione francese interviene in materia di imposizione indiretta del trust, stabilendo che l'imposta di successione o di donazione è dovuta al momento della distribuzione dal trustee ai beneficiari. È in tale momento, infatti, che si perfeziona l'atto di liberalità da parte del disponente nei loro confronti. La pronuncia è significativa nel contesto francese in quanto, in assenza di ratifica della Convenzione de L'Aja, gli effetti del trust in Francia sono ammessi per via di "adattamento" agli istituti di diritto interno più prossimi, non già di riconoscimento dell'istituto in quanto tale.

■ Il "caso Tardieu de Maleyssie": la massima ed i fatti

Le distribuzioni di capitale a favore dei beneficiari finali di un trust portano a compimento l'intento liberale del disponente nei loro confronti. Ne consegue che i relativi trasferimenti sono soggetti all'imposta di successione o di donazione, a seconda che avvengano in seguito alla morte del disponente ovvero durante la sua vita. Le aliquote applicabili sono determinate dalla relazione di parentela tra il disponente ed i beneficiari.

Questi principi sono stati confermati dalla sezione commerciale della Corte di Cassazione francese in una sentenza del 15 maggio 2007(1).

La fattispecie è piuttosto semplice. Un cittadino francese, Mr. Tardieu de Maleyssie, aveva istituito nel 1947 un trust di valori mobiliari mentre era residente negli Stati Uniti. Come è usuale nella prassi americana del *grantor trust*, si trattava inizialmente di un trust revocabile. Nel 1950 il disponente rese il trust irrevocabile riservando a se stesso una posizione beneficiaria vitalizia sui redditi e stabilì che alla sua morte il capitale sarebbe stato distribuito ai suoi figli.

Alla sua morte, avvenuta in Francia nel 1995, gli succedettero tre figlie residenti francesi che assolsero l'imposta di successione sulla totalità del patrimonio direttamente trasmesso loro dal padre, ma non sui capitali originariamente vincolati in trust.

Il conseguente avviso di accertamento emesso dall'amministrazione fiscale al fine di applicare il prelievo anche ai capitali originariamente vincolati in trust era stato annullato in sede di ricorso di primo grado. La Corte d'Appello di Rennes, con sentenza del 4 maggio 2005(2), ha, tuttavia, invalidato tale decisione stabilendo che la distribuzione del fondo in trust dovesse essere assoggettata ad imposta di successione. La stessa posizione è stata, infine, confermata dalla Suprema Corte francese con la decisione in esame, che ha rigettato il ricorso delle eredi Tardieu de Maleyssie.

Lasciando da parte alcuni aspetti squisitamente formali inerenti la procedura contenziosa nei confronti del fisco francese, l'argomento centrale del ricorso – di diretto interesse in questa sede – è quello secondo cui l'attribuzione ai beneficiari sarebbe avvenuta nel 1950, quando il trust è stato reso irrevocabile, talché ogni pretesa dell'amministrazione finanziaria sarebbe stata caducata dall'avvenuto intervento della prescrizione decennale. L'interpretazione della Suprema Corte, che ha confermato quella del giudizio d'appello di Rennes, è stata, invece, nel senso che la liberalità si è perfezionata al momento dell'attribuzione definitiva del fondo in trust ai beneficiari, non già al momento dell'istituzione del trust o della sua irrevocabilità.

Il tema è di particolare interesse comparatistico alla luce delle recenti soluzioni legislative italiane in tema di fiscalità dei trust e dell'interpretazione propostane dall'amministrazione finanziaria nelle sue Circolari n. 48/E del 6 agosto 2007 e n. 3/E del 22 gennaio 2008(3). Per di più, anche in ragione dell'auto-

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

Note:

(1) Cass. com., 15 maggio 2007, n. 05.18.268. La sentenza, con una parziale traduzione italiana, può leggersi, *infra*, 394.

(2) Corte di Appello di Rennes, 4 maggio 2005, n. 03.4727, DSF du Finistère c. crts Tardieu de Maleyssie, *infra*, 397.

(3) Le circolari n. 48/E del 6 agosto 2007 e n. 3/E del 22 gennaio 2008 possono leggersi in questa Rivista, rispettivamente, 2007, 630 e 2008, 211.

revolezza della fonte giurisprudenziale, la sentenza francese in commento si colloca significativamente nel contesto più generale del “riconoscimento” dei trust negli ordinamenti di *civil law* e del loro trattamento fiscale. Per questa ragione si procederà dapprima ad una disamina della giurisprudenza francese in materia di trust, per poi passare all’analisi dei profili strettamente fiscali della sentenza in esame, sia nel contesto dell’ordinamento e della dottrina francesi, sia in ottica di riferimento comparativo con l’Italia.

■ I trust in Francia tra “adattamento” e “riconoscimento”

L’intervento in esame della Suprema Corte francese non rappresenta certo il primo caso in cui la magistratura d’Oltralpe ha dovuto considerare gli effetti di un trust istituito con finalità di pianificazione successoria e destinato a produrre effetti (civili prima ancora che fiscali) in territorio francese. Anzi, la tradizione in questo senso risale alla fine del diciannovesimo secolo e in numerose circostanze ha riguardato fattispecie molto vicine a quella degli eredi Tardieu de Maleyssie.

Pur nella brevità della rassegna di giurisprudenza francese che qui si propone e senza alcuna pretesa di completezza, è necessaria una precisazione preliminare. La Francia, come è noto, è tra i Paesi firmatari della Convenzione de L’Aja del 1° luglio 1985, la cui redazione ha beneficiato in modo significativo dei contributi della delegazione guidata dal professor Jean-Paul Béraudo, tuttavia non ha mai proceduto alla sua ratifica. In un’ottica comparativa che cerchi di stabilire un riferimento incrociato tra Francia e Italia, questa circostanza non deve essere ignorata. Il giudice francese chiamato ad avvicinarsi all’istituto anglo-sassone non può così fare affidamento sulle componenti “didattiche” della Convenzione de L’Aja per enucleare gli elementi di base del rapporto giuridico e dedurne gli effetti. Per questa ragione la giurisprudenza transalpina, specie quella più risalente, ha tradizionalmente adottato l’approccio dell’“adattamento” (in francese *adaptation*), ossia la riconduzione del trust alle categorie proprie del diritto civile interno, preservandone per quanto possibile il dato funzionale e gli effetti⁽⁴⁾. Solo in tempi più recenti si può constatare un tentativo, coerente con lo spirito della Convenzione de L’Aja, di “riconoscere” il trust nella sua specificità di istituto estraneo all’ordinamento, consentendogli di produrre gli effetti che gli sono propri e purché non collidano con norme imperative o principî di ordine pubblico nazionali.

Alla luce di questo approccio di fondo la giurisprudenza francese in materia di trust può essere ricondotta a tre filoni principali⁽⁵⁾.

In un primo gruppo di decisioni, le più risalenti, è particolarmente evidente l’approccio dell’“adattamento”. La posizione giuridica del trustee e la natura dei suoi diritti sui beni in trust, non trovando un riferimento diretto nell’ordinamento interno, sono inquadrate negli istituti funzionalmente più vicini: il trustee è così riqualificato talora come mandatario, talaltra come esecutore testamentario o come rappresentante legale di minori. Questo approccio, a ben vedere, non è radicalmente dissimile da quello adottato dalla magistratura italiana in casi analoghi dello stesso periodo⁽⁶⁾. Beninteso, all’“adattamento” del trust a categorie civilistiche francesi non consegue necessariamente l’inibizione degli effetti che con l’istituto straniero si intendevano produrre. Ne risulta, peraltro, come è ovvio, una notevole incertezza circa gli esiti di una costruzione che l’autonomia negoziale degli autori intendeva sottoporre ad un diritto straniero, ma che a posteriori viene “adattata” a quello francese. In un caso del 10 dicembre 1880 il Tribunal Civil de la Seine ha riqualificato come mandato il trust istituito da una cittadina inglese qualche giorno prima del suo matrimonio con il generale conte di Palikao, cosicché alla morte della signora l’imposta di successione è stata prelevata sia sui beni direttamente ereditati dal marito sia su quelli originariamente devoluti in trust, che agli occhi dell’amministrazione fiscale non erano mai usciti dal patrimonio personale della disponente. Lo stesso Tribunale parigino, in una decisione del 5 marzo 1897, ha di fatto preservato la validità del trust testamentario redatto dal compositore di operette Hervé, cittadino francese naturalizzato inglese, equi-

Note:

(4) Questa tecnica è propria di molti paesi di *civil law* alle prese con i primi casi di trust. Un esempio emblematico è la decisione del Tribunale Federale Svizzero, 29 gennaio 1970, Harrison c. Crédit Suisse, in questa Rivista, 2004, 442.

(5) In questa sede si intende semplicemente offrire qualche riferimento a titolo di contesto per la sentenza in esame. Per una rassegna della giurisprudenza francese in materia di trust, si veda: J. – P. Béraudo, *Les trusts anglo-saxons et le droit français*, Parigi, 1992, titolo II, capitolo I, e, più recentemente, J. – P. Béraudo – J. – M. Tirard, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil*, Ginevra, 2006, titolo II, capitolo I. Una breve rassegna, che coinvolge anche altri Paesi francofoni, si trova in M. – F. De Pover, *Trust – Fiducie*, Administratiekantoor, Fondation du Liechtenstein, Bruxelles, 2001, capitolo I, sezione IV.

(6) Il riferimento è alle sentenze della Corte di Cassazione di Roma, 21 febbraio 1899, in questa Rivista, 2003, 454; della Corte di Cassazione di Napoli, 29 marzo 1909, *ivi*, 638; e del Tribunale di Oristano, 15 marzo 1956, *ivi*, 294.

parando i suoi trustee (la moglie ed un avvocato, entrambi inglesi) ad esecutori testamentari. La negazione di diritti reali in capo al trustee, definito come “una sorta di mandatario”, ha permesso sempre al Tribunal Civil de la Seine, in una decisione del 19 dicembre 1916, di preservare gli effetti di un trust testamentario che prevedeva una posizione vitalizia sul reddito in capo al figlio del disponente e la successiva ripartizione del capitale tra i nipoti che avessero raggiunto la maggiore età o avessero contratto matrimonio, sottraendo l'operazione ad una riqualificazione in quanto sostituzione fedecommissaria. Una decisione del Tribunal Civil de la Seine del 26 dicembre 1894 ha avuto per oggetto un trust istituito in Francia in sede di separazione consensuale tra due coniugi americani residenti a Parigi. Il trust era stato istituito al fine di assicurare un assegno mensile alla moglie separata ed era periodicamente oggetto di dotazioni aggiuntive a tale scopo da parte del marito. Nel qualificare il trustee come “curatore incaricato di ricevere le somme da uno dei coniugi per consegnarle all'altro” il Tribunale ha ammesso un'azione esecutiva di un creditore della moglie direttamente nelle mani del marito, soluzione ragionevole alla luce della natura essenzialmente solutoria del trust e della posizione definitivamente acquisita (*vested*) della beneficiaria. In un altro caso di natura analoga, deciso dalla Corte d'Appello di Tolosa il 18 luglio 1905, un trust avente per oggetto immobili in Francia era stato istituito da una società inglese, la Pyrénées Minerals Limited, a garanzia di un prestito obbligazionario. L'atto istitutivo proibiva ai singoli obbligazionisti di agire direttamente nei confronti della società emittente in caso di insolvenza, riservando tale compito esclusivamente ai trustee. La riqualificazione di questi ultimi come “dei proprietari fittizi [che] devono essere assimilati più esattamente a dei mandatari poiché [...] i portatori delle obbligazioni hanno il diritto di forzarli ad agire al fine di realizzare la garanzia ipotecaria”(7) ha consentito di respingere l'azione cautelare promossa da un singolo obbligazionista in occasione del fallimento della società emittente, respingendo, altresì, la pretesa per cui il trust avrebbe provocato una situazione di inalienabilità dei beni contraria all'ordine pubblico francese(8).

In conclusione di questo primo gruppo di sentenze vale la pena di citare il “caso Betts-Brown”, che dà una misura del grado di incertezza conseguente alla tecnica dell'“adattamento”. La fattispecie è piuttosto semplice: poco prima di contrarre matrimonio la signora Betts-Brown, di nazionalità inglese, istituì

un trust riservandosi una posizione beneficiaria vitalizia sui redditi. In occasione di due azioni promosse da creditori personali della signora, il Tribunal Civil de la Seine rese due decisioni diametralmente opposte, ancorché entrambe fondate sull'analogia tra il trust e l'istituto dotale allora in uso in Francia. La sentenza del 22 dicembre 1926, in base ad una corretta analisi della fattispecie, permise al creditore di pignorare i soli redditi del trust via via che venivano versati alla beneficiaria, ma non di soddisfarsi direttamente sul fondo in trust. La decisione del 23 febbraio 1927, da parte di un'altra sezione dello stesso Tribunale in merito all'azione intentata da un altro creditore, ammise, invece, il pignoramento di beni già vincolati in trust in ragione del mancato rispetto della pubblicità prevista per le convenzioni matrimoniali.

Un secondo gruppo di decisioni dimostra un approccio di fondamentale sfavore verso il trust in ordine ad un suo possibile utilizzo elusivo, in particolare in materia successoria con riferimento ai diritti dei legittimari. Queste decisioni conducono alla negazione degli effetti di trust lesivi della quota di legittima sia sulla base della riqualificazione della posizione del trustee – col conseguente reintegro del fondo in trust nel patrimonio del *de cuius* – sia in forza di riferimenti più o meno espliciti alla nozione di frode alla legge (*fraude à la loi*). Il “caso della demoiselle Cormier”, deciso dalla Corte d'Appello di Parigi il 6 novembre 1967, riguardava un trust revocabile istituito secondo il diritto del Liechtenstein ed amministrato a Ginevra con l'intento di ledere la quota riservata al figlio della disponente. Un caso più complesso, quello di Mr. Caron, è stato oggetto di numerose decisioni, tra cui una della Corte di

Note:

(7) Citato in J. – P. Béraudo – J. – M. Tirard, *Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil* [supra, nota 5], § 393.

(8) A titolo di inciso, è significativo osservare che, in una circostanza del tutto analoga ed in un contesto di riferimento alquanto affine, il Tribunal d'Arrondissement di Lussemburgo, in una decisione del 21 gennaio 1971, ha raggiunto conclusioni diametralmente opposte, negando al trustee degli obbligazionisti di insinuarsi nel fallimento della società emittente. La decisione è motivata da alcuni tecnicismi del diritto societario lussemburghese allora in vigore, ma successivamente modificati con appositi interventi legislativi ben prima della ratifica della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 nel Granducato. In argomento, sia consentito un riferimento a P. Panico, *Luxembourg: a new trust jurisdiction?*, Londra, 2005, cap. 2. Vale la pena di osservare, *en passant*, che il decreto di omologa di una deliberazione assembleare relativa all'emissione di un prestito obbligazionario garantito da un trust immobiliare, emanato dal Tribunale di Milano, 27 dicembre 1996, *Le Società*, 1997, 585 è stata la prima decisione giurisprudenziale italiana in materia di trust successiva all'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja.

Cassazione in data 20 marzo 1985. La lesione di legittima in tale circostanza era stata attuata attraverso la vendita simulata di un immobile in Costa Azzurra ad una società americana, le cui azioni sono poi state oggetto di un trust avente quali beneficiari la segretaria del disponente e suo marito. L'intera operazione è stata annullata sia sulla base della simulazione (il disponente continuava a godere dell'immobile anche dopo la pretesa vendita), sia in ragione di un vizio del consenso, in quanto il donante era stato effettivamente circonvvenuto dai beneficiari⁽⁹⁾.

Un terzo filone di decisioni, in cui si può inserire *ratione materiae* anche la sentenza della Cassazione francese del 15 maggio 2007 che qui si esamina, cerca di considerare il trust in quanto istituto autonomo, sconosciuto all'ordinamento francese, ma capace di produrre gli effetti previsti dalla legge regolatrice entro i limiti delle norme imperative e dell'ordine pubblico francesi. Un'intuizione in questo senso si può forse già intravedere nelle decisioni rese in data 16 maggio 1906 dal Tribunal Civil de la Seine in relazione al trust istituito dalla vedova dell'inventore della macchina da cucire Singer prima di contrarre un nuovo matrimonio. Nel confermare l'efficacia del trust, il Tribunale ha riconosciuto la sua non assimilabilità all'istituto dotale o ad altre convenzioni matrimoniali, nonché l'estraneità delle nozioni di sostituzione fedecommissaria, di patto successorio e di donazione *mortis causa*, qualificando genericamente la fattispecie come un modo di organizzazione del patrimonio. In tempi più recenti, nel "caso de Ganay" la Corte d'Appello di Parigi, in data 10 gennaio 1970, ha confermato l'efficacia di un trust di valori mobiliari istituito secondo il diritto della Pennsylvania. La decisione è stata senz'altro agevolata dalla circostanza che la disponente – che si era riservata una posizione beneficiaria vitalizia sui redditi del fondo in trust – non lasciava legittimari e che i beni vincolati in trust erano valori mobiliari americani affidati, in qualità di trustee, ad una compagnia assicurativa avente sede in Pennsylvania. La conferma dell'efficacia del trust alla luce delle disposizioni della legge regolatrice passava, peraltro, dalla sua riqualificazione come contratto atipico che l'autonomia negoziale delle parti poteva ben subordinare ad un diritto straniero, facendo altresì nascere diritti in capo a soggetti terzi (i beneficiari). Di più diretta rilevanza per il nostro tema di partenza – la fiscalità indiretta dei trust – è la sentenza della Corte di Cassazione francese del 20 febbraio 1996 a proposito del "caso Zieseniss"⁽¹⁰⁾. La signora Marie-Lou-

ise Larue, vedova Zieseniss, di nazionalità americana, aveva istituito nel 1953 un *grantor trust*, ossia un trust revocabile in cui si era riservata il diritto vitalizio esclusivo ai redditi, designando quali beneficiari del capitale residuante alla sua morte figli e nipoti (questi ultimi dopo il raggiungimento dell'età di trent'anni). Nel 1962, dopo la morte di uno dei suoi due figli, la signora Larue, esercitando i poteri di revoca e modifica del trust che le competevano in quanto *grantor*, esclude le figlie di quest'ultimo dalla categoria dei beneficiari del capitale. Nello stesso anno e nel 1964 effettuò donazioni di opere d'arte al figlio superstite, a cui lasciò, altresì, per testamento tutta la quota disponibile del suo patrimonio. Alla morte della nonna in Francia nel 1965, le nipoti escluse dal trust promossero azione di riduzione contro lo zio. Materia del contendere non era né la validità del trust alla luce della sua legge regolatrice, né – per contro – la circostanza che l'esclusione di alcune nipoti dalla categoria dei beneficiari integrasse una lesione di legittima a loro danno alla luce del diritto francese applicabile alla successione della vedova Zieseniss. La questione controversa era l'ordine secondo cui sarebbe dovuta avvenire la riduzione. Il principio generale del diritto francese, di cui all'articolo 923 del Code Civil, prevede che siano ridotte dapprima le disposizioni testamentarie, quindi le donazioni a partire dalla più recente. In assenza, come è ovvio, di un criterio generale direttamente applicabile al trust, la Suprema Corte ha ritenuto di riconoscere nel trust in questione una liberalità indiretta realizzatasi compiutamente al momento del decesso della disponente. La riduzione doveva, dunque, riguardare dapprima le disposizioni testamentarie, quindi le donazioni iniziando dal trust – in quanto donazione perfezionatasi alla data della morte della vedova Zieseniss – per proseguire con le donazioni di opere d'arte a partire da quella del 1964 ed a ritroso fino a quella del 1962. La decisione è motivata da un'analisi attenta dello specifico caso di *grantor trust*. Anche ammettendo che i beni vincolati in trust fossero usciti dal patrimonio della disponente al momento dell'istituzione del trust, la sua facoltà di revocare il trust ovvero, di modificarne le disposizioni a favore dei beneficiari, faceva sì che l'intento libe-

Note:

(9) La sentenza della Corte d'Appello di Parigi, 23 gennaio 1990, a cui il caso fu rinviato, è consultabile in questa Rivista, 2003, 641.

(10) Francia, Corte di Cassazione, 20 febbraio 1996, in questa Rivista, 2005, 104.

rale a favore di questi ultimi si perfezionasse soltanto al momento delle attribuzioni definitive nei loro confronti, nella fattispecie al momento della morte della disponente e della contestuale ripartizione del capitale. Pur in assenza del riferimento convenzionale che a quell'epoca avrebbe già potuto guidare il giudice italiano alle prese con fattispecie analoghe, la Suprema Corte francese sembra discostarsi dalla tradizionale tecnica dell'“adattamento” per riconoscere nel trust un istituto distinto dalla donazione e dal legato ed in quanto tale collocato – con una valenza in qualche modo simbolica – in mezzo ai due ai fini dell'azione di riduzione.

Come già segnalato, anche la sentenza “Tardieu de Maleyssie” si inserisce in questo filone, tanto da qualificare il trustee come “un gestore considerato secondo il diritto dello Stato di New York come proprietario dei beni, con l'obbligo [...] di devolvere il capitale trasmesso dal disponente a dei beneficiari designati”(11).

■ Trasferimenti a titolo gratuito e fiscalità indiretta dei trust in Francia

Una delle ragioni di interesse, anche comparatistico, delle due più recenti decisioni della Suprema Corte francese in materia di trust successorî (il “caso Zieseniss” del 20 febbraio 1996 ed il “caso Tardieu de Maleyssie” del 15 maggio 2007) risiede nel fatto che la categoria generale su cui si fondano entrambe – quella di liberalità indiretta o di trasferimento a titolo gratuito (*mutation à titre gratuit*) – non trova una fonte legislativa in diritto francese.

La tesi di chi, nella dottrina d'Oltralpe, cerca di sottrarre completamente il trust all'applicazione delle imposte di successione e di donazione fa riferimento ai due istituti tipici di diritto interno ad esso più prossimi: la donazione ed il legato, per constatare come il trust non sia direttamente riconducibile ad alcuno di essi in quanto non ne rispetta i requisiti di forma(12).

L'amministrazione finanziaria ha, peraltro, già da tempo superato questo genere di obiezioni in termini generali, senza fare specifico riferimento al trust. Ancorché la validità della donazione sia subordinata ai requisiti di forma postulati dall'articolo 931 del Code Civil, il Documento amministrativo 7G-311 del 20 dicembre 1996 ha precisato come la forma sia irrilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta di donazione, senza che ciò pregiudichi eventuali questioni di validità di un atto sul piano civilistico. È la stessa amministrazione finanziaria, ai punti da 9 a 11 del citato documento 7G-311, a proporre alcuni

esempi di liberalità indirette sottoposte ad imposizione pur in assenza della forma solenne richiesta dal codice civile: il contratto a favore di terzo e la rinuncia di eredità a favore di persone designate. Ne discende, pur in assenza di un riferimento diretto, l'applicazione dell'imposta di donazione ai trust *inter vivos* ed ai relativi trasferimenti di ricchezza.

Per quanto riguarda invece le attribuzioni *mortis causa* intervenute a mezzo di un trust, pur non potendosi ricondurre quest'ultimo ad un legato, può essere rilevante l'approccio della Corte di Cassazione in una sentenza del 21 ottobre 1969 in materia di legato *de residuo*. In tal caso l'imposta di successione è stata prelevata sull'intero patrimonio trasferito al primo legatario. Il secondo legatario si è, invece, visto liquidare l'imposta sul patrimonio residuante a suo favore alla data della morte del primo legatario, previa imputazione delle imposte già a suo tempo versate da quest'ultimo. La circostanza che il trustee non consegue alcun arricchimento patrimoniale in relazione al patrimonio trasferitogli a titolo di trust rende tuttavia impraticabile l'applicazione dell'imposta di successione al momento del trasferimento a suo favore. Può essere rilevante a questo fine il riferimento legislativo al legato sottoposto a condizione sospensiva (*legs sous condition*) di cui all'articolo 676 del Code Général des Impôts, il testo unico francese in materia fiscale. In deroga espressa al principio generale di cui all'articolo 1179 del Code Civil, secondo cui la realizzazione della condizione sospensiva produce effetti retroattivi *ex tunc*, ossia a far tempo dalla data della stipulazione originaria, nel caso di un legato sottoposto a condizione sospensiva gli effetti fiscali decorrono *ex nunc*, in ragione della base imponibile e delle aliquote in vigore alla data di realizzazione della condizione. La norma ha una valenza antielusiva nella misura in cui postula un accrescimento della base imponibile tra la data di apertura della successione e quella della realizzazione della condizione e segnala un ragionamento opposto rispetto a quello dell'amministrazione fiscale italiana in materia di imposizione indiretta dei trust.

Note:

(11) Il linguaggio della Suprema Corte francese risente, comunque, di una non piena comprensione dell'istituto, come dimostrano locuzioni quali “le constituant” per “il disponente” ed il frequente riferimento alla “constitution”, piuttosto che all'istituzione del trust, così come allo sdoppiamento (*démembrement*) di proprietà. Si tratta, peraltro, dei termini impiegati anche nella versione francese della Convenzione de L'Aja.

(12) B. Hatoux, Les affaires de la qualification d'un trust, Revue Juridique Française, 10/07, 813.

Sulla base dei riferimenti disponibili, infatti, la migliore dottrina francese ha sostenuto che l'imposta di successione o di donazione si debba applicare al momento dell'attribuzione definitiva del fondo in trust, o di una sua parte, ai beneficiari di capitale⁽¹³⁾. In assenza di un riferimento generale ai "trasferimenti a titolo gratuito" di cui all'articolo 56 del Testo Unico del 31 ottobre 1990, n. 346, come modificato dalla legge del 24 novembre 2006, n. 286, la dottrina francese individua nell'attribuzione definitiva ai beneficiari il perfezionamento dell'intento liberale perseguito dal disponente e solo parzialmente attuato con il negozio dispositivo iniziale a favore del trustee. L'applicazione dell'imposta di donazione o di successione, secondo le rispettive aliquote, dipende, quindi, dalla circostanza che tale attribuzione ai beneficiari avvenga rispettivamente durante la vita del disponente o dopo la sua morte. Tale approccio è stato confermato autorevolmente anche dalla Suprema Corte che, nel rigettare il ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello di Rennes del 4 maggio 2005, ha confermato la validità dell'approccio di quest'ultima nel riconoscere un trasferimento a titolo gratuito pur in assenza dei requisiti di forma previsti per gli istituti tipici dell'ordinamento interno. Come nel "caso Zieseniss", egualmente giudicato dalla Corte di Cassazione, si tratta di un approccio che, pur ricercando punti di contatto con le categorie conosciute del diritto francese, tende a "riconoscere" il trust in quanto istituto *sui generis* senza tentare di "adattarlo" al letto di Procuste degli istituti tipici nazionali⁽¹⁴⁾.

La posizione in commento è coerente con un'altra decisione della giurisprudenza francese in materia di fiscalità indiretta dei trust: il "caso Evelyne Poillot"⁽¹⁵⁾. Il 4 maggio 2005 il Tribunal de Grande Instance di Nanterre ha stabilito che il beneficiario di un trust discrezionale non fosse soggetto passivo dell'imposta patrimoniale – denominata Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) – su una quota nozionale del fondo in trust in ragione della natura di mera aspettativa della sua posizione nei confronti di quest'ultimo e dei redditi da esso prodotti. Ai sensi dell'articolo 885 E del Code Général des Impôts la base imponibile per questa imposta è il valore netto al 1° gennaio dei beni, dei diritti e dei valori imponibili di competenza del contribuente. La decisione – contro cui l'amministrazione fiscale non ha ritenuto di ricorrere in appello – sarebbe forse stata diversa se si fosse trattato di una posizione beneficiaria definitivamente acquisita (*vested*) e liberamente cedibile, suscettibile, quindi, di una valorizzazione patri-

moniale. Coerentemente con quanto stabilito nel "caso Tardieu de Maleyssie", le conseguenze fiscali in capo ai beneficiari – tanto ai fini dell'imposta di successione o di donazione quanto in relazione all'imposta patrimoniale di solidarietà – si producono, dunque, al momento dell'attribuzione definitiva del fondo in trust (o di una sua parte) a loro favore. È, infatti, in tale momento che si perfeziona l'intento liberale del disponente nei loro confronti. Ne consegue, dunque, necessariamente che l'aliquota applicabile ai fini dell'imposta di successione o di donazione è quella corrispondente al legame di parentela che unisce i beneficiari al disponente, a prescindere dall'intervento intermedio del trustee. Il punto è sostenuto indiscutibilmente dalla miglior dottrina francese ed è stato dato per acquisito nella vicenda giudiziaria "Tardieu de Maleyssie"⁽¹⁶⁾.

È cospicua la differenza tra questo approccio e quello proposto dall'amministrazione fiscale italiana nella Circolare 48/E del 6 agosto 2007 in materia di fiscalità dei trust ed ancora confermato nella più recente Circolare 3/E del 22 gennaio 2008 sull'imposta di successione e donazione. D'altra parte il diritto francese, così come non possiede una categoria generale di trasferimenti a titolo gratuito (almeno ai fini fiscali), non dispone nemmeno dell'istituto del vincolo di destinazione di cui all'articolo 2645-ter del codice civile italiano. Come è noto, proprio quest'ultima nozione è la chiave di volta per l'argomentazione dell'Agenzia delle Entrate che sottopone ad imposizione il capitale vincolato in trust al momento del suo trasferimento al trustee e non più al momento della devoluzione definitiva ai beneficiari⁽¹⁷⁾. La posizione espressa dall'amministrazione fiscale italiana, muovendo dalla classificazione del trust come *species* del più ampio *genus* del vincolo di

Note:

(13) Si veda, in particolare: J. – P. Béraudo – J. – M. Tirard, Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil [*supra*, nota 5], titolo III, capitolo 2, in particolare §§ 518-519 e J. – M. Tirard, Les conséquences d'un trust au regard des droits de mutation à titre gratuit, Gazette du Palais, Droit privé du patrimoine, 2007, 350, nota a commento della sentenza della Cassazione francese del 15 maggio 2007. Un approccio lievemente diverso, ma egualmente autorevole, è espresso da G. Blanluet – J. – P. Le Gall, Le trust au pied du mur, Droit fiscal, n. 29/05, 1230.

(14) Cfr. J. – P. Béraudo – J. – M. Tirard, Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil [*supra*, nota 5], titolo III, capitolo 2, § 522.

(15) *Infra*, 400.

(16) Cfr. J. – P. Béraudo – J. – M. Tirard, Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil [*supra*, nota 5], titolo III, capitolo 2, § 529.

(17) Cfr. Agenzia delle Entrate, Circolare n. 48/E, 6 agosto 2007, sezioni 5.2 e 5.4 [*supra*, nota 3], a p. 638 s.

destinazione, è stata a ragione salutata come “innovativa, limpida e coerente” dalla migliore dottrina in materia(18). Si tratta per di più di una posizione preferibile rispetto a quella d’Oltralpe, sia dal punto di vista del contribuente, sia da quello dell’amministrazione. L’imposizione indiretta al momento del trasferimento del fondo in trust al trustee, infatti, dà luogo ad una situazione di certezza ed immediatezza del prelievo fiscale a titolo definitivo, liberando da qualunque successivo onere le attribuzioni a favore dei beneficiari, che potranno avere luogo a distanza di anni ed in un quadro normativo di riferimento radicalmente mutato rispetto a quello tenuto in considerazione dal disponente al momento della formazione delle sue scelte. È un fattore di non poco conto, soprattutto nella misura in cui un elemento di pianificazione fiscale è spesso presente nella decisione di organizzare la trasmissione di un patrimonio a mezzo di un trust.

Quanto precede vale senz’altro in fatto di trust liberali. Meno felice, ancorché motivata dalle stesse riflessioni sistematiche, è la posizione dell’Agenzia delle Entrate in merito ai trust di scopo privi di finalità liberali, che si vogliono sottoporre all’aliquota massima dell’8%(19). La dottrina francese, muovendo dal dato funzionale, in assenza di categorie generali direttamente applicabili al trust, perviene all’applicazione dell’imposta di successione o di donazione soltanto quando, attraverso il trust, si realizza un intento liberale, rispettivamente per via successoria o per atto tra vivi. Il problema non pare porsi in caso di trust commerciali, come conferma anche la scelta operata dal legislatore, con la legge del 19 febbraio 2007 n. 2007-211, che ha comportato l’introduzione nel Libro III del Code Napoléon di un nuovo Titolo XIV (articoli 2001 – 2031) dedicato alla *fiducie*. Il nuovo istituto è di portata assai più modesta rispetto al trust, di cui vuole essere un equivalente funzionale, in quanto il suo utilizzo è limitato ad operazioni commerciali poste in essere da società di capitali. Il nuovo articolo 2013 del codice civile francese sancisce, infatti, la nullità, per ragioni di ordine pubblico, del contratto fiduciario posto in essere per un intento liberale nei confronti di un beneficiario(20). Ne consegue, peraltro, che il regime fiscale della *fiducie*, ai fini delle imposte indirette, è improntato ad un principio di neutralità. Ancorché il trattamento fiscale della *fiducie* francese non si sottragga a numerose critiche e ad un più generale scetticismo sulla reale fruibilità dell’istituto nel mondo degli affari(21), il regime di neutralità che introduce segna un importante passo avanti rispetto ad un’altra posizio-

ne dottrinale sostenuta dall’amministrazione finanziaria. Si tratta della nozione di “proprietà apparente” oggetto della Dottrina amministrativa 7A 231 del 10 settembre 1991, che in caso di “convenzioni di prestanome” assoggetterebbe ad imposizione indiretta sia il passaggio di proprietà a favore del prestanome sia quello da quest’ultimo ai reali beneficiari. L’idea di fondo è che debba essere considerato proprietario colui che si presenta come tale agli occhi dei terzi, un principio già sancito in sede di risposta ad un’interrogazione parlamentare dell’8 ottobre 1970 (Assemblée Nationale, BODGI 7G.14.70, Risposta n. 9058 al deputato Mourot). Si tratta di una tesi evidentemente informata da un generale spirito di diffidenza verso un’eventualità di simulazione realizzata a fini potenzialmente elusivi, che in Francia trovava la sua ragion d’essere in assenza – fino al 2007 – di un istituto fiduciario di diritto interno. Alla luce di quanto precede, ivi compresa la pronuncia giurisprudenziale in commento, l’applicazione di questa dottrina al trust appare, invece, improbabile, almeno ai fini dell’imposizione indiretta(22). Sorprende come la stessa tesi sembri essere stata fatta propria dall’amministrazione finanziaria italiana a proposito dell’intestazione fiduciaria di diritto interno, un caso di “fiducia germanistica” senza trasferimento di proprietà a favore del fiduciario che trova la sua fonte normativa alquanto risalente nella legge del 23 novembre 1939, n. 1966(23).

Note:

(18) M. Lupoi, L’Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trusts, in questa Rivista, 2007, 497, a p. 500.

(19) Agenzia delle Entrate, Circolare 48/E [supra, nota 3], a p. 638 e, ancora, Circolare 3/E, 22 gennaio 2008, [supra, nota 3], a p. 220.

(20) Al riguardo, cfr. F. Tripet, La prohibition de la fiducie-libéralité: pourquoi une telle démesure?, in questa Rivista, 2007, 194. Per un’analisi più generale della *fiducie* francese, tra le letture immediatamente disponibili al lettore italiano, si veda anche A. Neri, La recente legge francese sulla *fiducie*: una fiducia con molti limiti, ivi, 569 e F. Barrière, La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence (trad. it.), in questa Rivista, 2008, 124.

(21) Un’attenta analisi in questo senso è condotta da G. Blanluet – J. – P. Le Gall, La fiducie, une oeuvre inachevée, in Aa. Vv., Trust et fiducie: partenaires ou rivaux?, Actes du Colloque STEP France de Paris, 13 et 14 juin 2007, Ginevra, 2008, in corso di pubblicazione.

(22) Diverso è il caso dell’imposizione dei redditi in presenza di un trustee residente in Francia, tema che esula, tuttavia, dalle finalità di questo lavoro.

(23) Agenzia delle Entrate, Circolare 3/E [supra, nota 3], a p. 220. Questa tesi dell’amministrazione finanziaria, nella sua incoerenza sistemica, non appare, peraltro, destinata ad avere conseguenze rilevanti sul piano pratico.

Il *constructive trust* nella giurisprudenza di New York: la violazione degli obblighi fiduciari

di M. Beatrice Gigli

Nella sentenza *Malmsteen v Berdon*, la United States District Court of Southern District of New York afferma il principio secondo il quale colui che svolge funzioni caratterizzate dalla natura fiduciaria è *constructive trustee* di ogni beneficio impropriamente ottenuto in conseguenza dello svolgimento di quelle funzioni. Nel caso in esame si ritiene svolga obbligazioni fiduciarie il contabile ed agente finanziario di un musicista il quale si sia assunto l'incarico di gestire i guadagni derivanti dai concerti del musicista stesso.

■ Inquadramento

Nel caso *Malmsteen v Berdon*(1) risolto dalla United States District Court of Southern District of New York l'attore, un musicista e chitarrista di fama internazionale, conviene in giudizio il suo *manager* e il suo contabile ed agente finanziario con le rispettive società per le azioni da essi poste in essere mentre erano alle sue dipendenze. Egli agisce affinché si accerti il dolo del convenuto, l'appropriazione indebita e l'ingiusto arricchimento, nonché la violazione degli obblighi del fiduciario e l'inadempimento contrattuale; richiede quindi il risarcimento dei danni, un rendiconto e l'imposizione di un *constructive trust* sulle somme illegittimamente percepite. Il contabile e la sua società presentano istanza per la decisione della causa attraverso *summary judgement*(2).

■ L'antefatto

L'attore, Yngwie Malmsteen, nel 1993 assume come manager James Lewis il quale svolge la sua attività attraverso la James Lewis Entertainment Corporation. Nel 1994, su consiglio di Lewis, l'attore assume come contabile e agente finanziario Michael Mitnick il quale, un anno dopo, inizia a svolgere i suoi servizi attraverso la Berdon, LLP. Mitnick suggerisce, al fine di diminuire la responsabilità perso-

nale dell'artista, di costituire una società per gestire le rendite derivanti dai concerti. La società è denominata Malmsteen Touring, Inc. e Mitnick nomina se stesso amministratore della società. Mitnick e Lewis aprono conti bancari a New York dove confluiscono i guadagni ricevuti dal contabile per conto dell'attore e dai quali il contabile paga a sé medesimo parcelle eccessivamente e irragionevolmente elevate. Nel frattempo, Lewis, in accordo con il contabile, dirotta assegni intestati al musicista in conti bancari suoi personali distinti da quelli amministrati dal contabile. Non è chiaro per quali ragioni furono effettuati questi trasferimenti di denaro, ma pare che avessero una qualche giustificazione finanziaria anche perché il *manager* pagava, direttamente dal suo conto, spese di amministrazione delle attività del musicista. L'attore si dichiara assolutamente all'oscuro di questo meccanismo nonostante sapesse che Mitnick aveva costituito una società e gestiva per suo conto le rendite dei concerti.

All'inizio del 1997, quando ormai i suoi conti erano quasi del tutto prosciugati, l'artista inizia a chiedere a Mitnick spiegazioni sulla situazione delle sue finanze. Nel frattempo assume un consulente finanziario esterno per esaminare l'amministrazione contabile di Mitnick e, constatati gli sconvolgenti risultati, licenzia sia Mitnick sia Lewis.

Nel 2001 Malmsteen agisce in Florida contro Lewis e la sua società per l'illegittimo dirottamento dei suoi guadagni in conti bancari segreti. L'azione è

M. Beatrice Gigli – Collaboratrice dell'istituto di diritto privato dell'Università degli Studi di Genova.

Note:

(1) *Malmsteen v Berdon*, *infra*, 406.

(2) Si applica la Rule 56 (c) delle Federal Rules of Civil Procedure in base alla quale: "The motion must be served at least 10 days before the day set for the hearing. An opposing party may serve opposing affidavits before the hearing day. The judgment sought should be rendered if the pleadings, the discovery and disclosure materials on file, and any affidavits show that there is no genuine issue as to any material fact and that the movant is entitled to judgment as a matter of law".

rigettata per impossibilità di prosecuzione. Nel 2005 Malmesteen deposita la medesima istanza presso il Southern District di New York. Dall'atto introdotto della controversia risulta che effettivamente soltanto Lewis rubava i soldi dell'attore. Inoltre emerge che Mitnick pagava a sé stesso parcelle irragionevolmente alte probabilmente come "ricompensa" per il suo tacere di fronte alle distrazioni di denaro effettuate dall'agente.

■ Principî generali in tema di *constructive trust*

L'attore richiede che venga dichiarato un *constructive trust* sulle somme illegittimamente percepite dall'agente e dal contabile a suo danno. La Corte tuttavia dichiara che l'imposizione del *constructive trust* è possibile solo sulle somme illegittimamente percepite da Mitnick (attraverso il rigonfiamento delle parcelle) e non su quelle illegittimamente percepite da Lewis. Per fornire un quadro di riferimento rispetto al pronunciamento della Corte è utile ripercorrere i principî alla base della disciplina del trust oggetto della causa.

Il *constructive trust* appartiene alla categoria dei trust non espressamente istituiti. La differenza rispetto ai trust espressamente istituiti consiste nell'essere i primi la conseguenza della valutazione legale di un atto o fatto non espressamente o non sufficientemente indirizzato all'istituzione di un trust(3).

I *constructive trust* vengono in esistenza perché corrispondono a fattispecie delineate da regole di *Equity*.

In alcuni casi attuano la volontà del soggetto che ne risulta trustee: questo fenomeno si riscontra quando tale volontà non è stata manifestata nelle forme necessarie per istituire un trust e tuttavia l'*Equity* ritenga che non per questo essa debba rimanere senza effetto. Diverse sono le fattispecie che vedono la volontà della parte indirizzata ad un certo risultato, al quale un'altra parte era interessata, e il comportamento indebito della prima priva la seconda del conseguimento delle sue giuste aspettative: in questi casi il *constructive trust* avrà lo scopo di realizzare quanto la parte gravata dal trust aveva lasciato intendere all'altra che sarebbe accaduto(4). In altri casi ancora, invece, il *constructive trust* è il mezzo tramite il quale vengono realizzate esigenze di *Equity*, principalmente l'attribuzione di un bene o un diritto, con priorità rispetto ad altri pretendenti e la repressione della frode(5).

La controversia in esame riguarda la seconda ipotesi di *constructive trust* che ha quindi lo scopo di

realizzare quanto la parte gravata dal trust aveva lasciato intendere all'altra che sarebbe accaduto.

Colui che svolge funzioni caratterizzate dalla natura fiduciaria è *constructive trustee* di ogni beneficio impropriamente ottenuto in conseguenza dello svolgimento di quelle funzioni. L'esistenza del *constructive trust* comporta che i beni che ne sono l'oggetto siano parificati a quelli di un ordinario trust e quindi siano segregati nel patrimonio del trustee a disposizione del beneficiario e non attingibili dagli ordinari creditori del trustee. Questo aspetto radicalmente distingue le soluzioni fondate sul *constructive trust* da quelle, per noi più consuete, fondate sull'annullamento del contratto e sul risarcimento del danno. Il beneficiario può richiedere in qualsiasi momento di ottenere per sé l'oggetto del trust(6). In tema di *constructive trust* due punti parrebbero, di conseguenza, essere certi: essere o meno fiduciario non discende da un'investitura contrattuale, ma dall'imposizione legale di un connotato fiduciario ad un certo rapporto(7); il fiduciario può rendersi inadempiente ad obbligazioni non fiduciarie o, come si dice correntemente, non ogni *breach* di un fiduciario è *breach of a fiduciary duty*(8).

Vediamo ora di analizzare il caso in oggetto alla luce dei principî appena esposti.

■ Il *constructive trust* secondo la disciplina dello Stato di New York e la decisione della Corte

Si è anticipato come la Corte abbia stabilito che il *constructive trust* ha ad oggetto soltanto le somme illegittimamente percepite da Mitnick (attraverso il rigonfiamento delle parcelle) e non anche quelle illegittimamente percepite da Lewis. I giudici giungono a questa conclusione applicando la normativa dello Stato di New York sul *constructive trust* e i principî generali di *Equity*. La legge newyorkese prevede che si ha *constructive trust* qualora sussistano i se-

Note:

(3) Alla categoria dei trust non espressamente istituiti appartengono anche l'*implied trust* e il *resulting trust*. M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 26 s.

(4) M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 3], p. 28.

(5) M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 3], p. 28 s. per il quale *fraud* è il comportamento che nega la fiducia: in questo senso il *constructive trust* è la tutela del rapporto fiduciario inteso in senso amplissimo.

(6) Il *constructive trust* in parola appartiene, infatti, alla categoria dei *bare trust*.

(7) M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 3], nota 190.

(8) M. Lupoi, *Trusts* [*supra*, nota 3], nota 191.

guenti requisiti: a) una relazione fiduciaria; b) una promessa; c) un trasferimento eseguito sull'affidamento della promessa; d) un arricchimento ingiusto. Un *constructive trust* può, di conseguenza, avere ad oggetto le somme trasferite ad un fiduciario in relazione alle quali egli debba adempiere un'obbligazione e dalle quali abbia ottenuto per sé un ingiusto arricchimento. Tuttavia la Corte precisa che, trattandosi di un rimedio di *Equity*, l'imposizione di un *constructive trust* non è rigidamente subordinata alla sussistenza di tali requisiti(9). Nel nostro caso, in applicazione dei principi esposti, la Corte giunge alle seguenti conclusioni:

- l'attore non può richiedere l'imposizione di un *constructive trust* sulle somme confluite nei conti bancari di Lewis, in quanto queste non furono trasferite a Mitnick e quest'ultimo non ne ha tratto alcun ingiusto arricchimento;

- l'attore può richiedere l'imposizione di un *constructive trust* sugli importi eccessivi delle parcelle di Mitnick in quanto quest'ultimo si è ingiustamente arricchito con esse; ai fini dell'imposizione di un *constructive trust* è irrilevante che Mitnick non abbia ricevuto le somme per adempiere ad una obbligazione determinata, ma è sufficiente che egli abbia agito in violazione dei suoi doveri fiduciari(10).

In questi termini, secondo la Corte, il *constructive trust* risulta essere il rimedio attraverso il quale trova realizzazione lo spirito dell'*Equity*.

■ Conclusioni

Dalla decisione della Corte possiamo trarre le seguenti conclusioni.

Colui che svolge funzioni caratterizzate dalla natura fiduciaria è *constructive trustee* di ogni beneficio impropriamente ottenuto in conseguenza dello svolgimento di quelle funzioni.

Svolge obbligazioni fiduciarie il contabile ed agente finanziario di un musicista il quale si sia assunto l'incarico di gestire i guadagni derivanti dai concerti del musicista stesso.

Non può essere considerato fiduciario l'agente del musicista che versi assegni del musicista in suoi conti bancari personali qualora detto trasferimento abbia una qualche legittimazione (nel nostro caso risulta che l'agente pagasse dai suoi conti bancari le spese di amministrazione dell'attività del musicista). Quest'ultimo punto pare essere in linea con i principi espressi dalla dottrina per cui "The fact that the defendant was a fiduciary was irrelevant if he had no fiduciary or trust obligations in regard to the money"(11).

La Corte non prende in considerazione il fatto che Lewis potrebbe essere visto come compartecipe dell'inadempimento del *constructive trustee* (nel nostro caso Mitnick)(12). Egli, infatti, oltre ad avere senza dubbio coscienza dell'inadempimento, lo rende anche possibile, in quanto il meccanismo fraudolento era stato probabilmente orchestrato da entrambi i soggetti (non dimentichiamo che Mitnick fu assunto dall'attore su consiglio di Lewis). È opportuno precisare, tuttavia, che una cosa è il *constructive trust*, altra la responsabilità nascente a carico di chi sia compartecipe della violazione di un'obbligazione fiduciaria, o, nella visione più aggiornata di chi non si sia comportato onestamente rispetto al verificarsi di un atto che avrebbe potuto impedire o rendere meno agevole, senza aver ricevuto beni oggetto di trust (neanche *constructive*). Il diritto inglese è pervenuto ad individuarvi una *liability to account*(13) piuttosto che un *tort*, sebbene la dottrina si sia espressa in quest'ultimo senso(14), e si trova quindi in una posizione di incertezza teorica. Il principale nodo da sciogliere riguarda, da un lato, la collocazione di soggetti che non abbiano ricevuto alcun bene o diritto sul quale l'attore possa vantare alcuna pretesa; dall'altro, l'esecuzione passiva di operazioni che sono apparentemente legittime (come, nel nostro caso il fatto che l'agente versasse assegni sui conti dai quali poi pagava spese di amministrazione), ma sulle quali viene posto un giudizio di riprovevolezza a causa delle informazioni in possesso del soggetto al quale viene richiesto di compierle o, aggiungerei, a causa del ruolo e della posizione che il soggetto riveste (nel nostro caso agente del musicista)(15).

Note:

(9) *Simonds v Simonds*, 45 N.Y.2d 233, 380 N.E.2d 189, 194, 408 N.Y.S.2d 359 (N.Y.1978).

(10) *Beatty v Guggenheim Exploration Co.*, 225 N.Y. 380, 122 N.E. 378, 380 (N.Y.1919).

(11) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], nota 192.

(12) M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], p. 88.

(13) La *liability to account* è sanzionata per mezzo di un'azione puramente personale e quindi non attribuisce alla parte lesa quella preferenza rispetto a tutti gli altri creditori tipica del *constructive trust*. Si veda L. Smith, *W(h)iter Knowing Receipt?*, 114 LQR (1998) 394, citato in M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], nota 258.

(14) Cfr. C. Harpum, *Accessory Liability for Procuring or Assisting in a Breach of Trust*, 111 LQR (1995) 545; G. McKormack, *Assisting in a Breach of Trust: principles of accessory liability*, [1995] TLI 102, citati in M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], nota 259.

(15) Per un'analisi approfondita si veda M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 3], p. 89 s.

Italia – Tribunale di Genova

Trasferimento a trustee in sede di separazione consensuale

Separazione personale dei coniugi – trust in favore dei discendenti – trasferimento nell'accordo di separazione – omologazione

Può essere omologato l'accordo di separazione consensuale dei coniugi per mezzo del quale beni immobili in comproprietà fra i coniugi, un bene immobile di proprietà esclusiva del marito e altri beni mobili vengono trasferiti in un trust in favore dei figli dei coniugi, del quale è trustee la moglie, sottoposto alla condizione sospensiva dell'omologazione del verbale di separazione.

■ **Tribunale di Genova, IV Sez. Civile, P. Martinelli, Pres., F. Mazza Galanti, M. Patenti- ni, Giudici, 1° aprile 2008 [M.O. e M.R.]**

TESTO DEL VERBALE E DEL DECRETO

TRIBUNALE CIVILE DI GENOVA

Verbale di separazione personale

L'anno 2008, addì 14 del mese di marzo alle ore 9,40 in Genova e nel Gabinetto Presidenziale,

Premesso che con decreto Presidenziale in data 14.02.2008 venivano fissati questo giorno ed ora per la comparizione dei coniugi R.M. e O.M. nanti di noi Presidente Mazza Galanti, assistito dal Cancelliere sottoscritto compaiono

O. M., nato a ... il ..., residente in ... Via ... – professione ...– laurea ..., Codice Fiscale ..., elettivamente domiciliato ..., Via ... presso e nello Studio dell'avv. Federico Gualeni che lo rappresenta e difende come da mandato a margine del presente atto.

E

R. M., nata a ... il ..., residente in ..., Via ... – professione ...– licenza media, Codice Fiscale ..., elettivamente domiciliata in ... presso e nello Studio dell'avv. G. F. Paneri che la rappresenta e difende come da mandato a margine del presente atto.

Interrogati i coniugi prima separatamente, poi congiuntamente, dichiarano di separarsi consensualmente alle seguenti condizioni:

1) i coniugi vivranno separati e la casa coniugale sita in ... Via ... viene assegnata quanto al diritto di abitazione alla moglie signora R.M. che ivi continuerà a coabitare con i figli V. e P.;

2) il marito provvederà a trasferire altrove la propria residenza entro 45 giorni dall'odierna udienza;

3) il sig. O. M. corrisponderà alla moglie per il di Lei mantenimento e per quello dei figli P. e V., ancora non economicamente indipendenti ed autosufficienti, la somma di € 6.000,00 mensili;

4) i coniugi si danno reciprocamente il permesso per il rilascio del passaporto;

5) i signori M. O. e M. R., quali Disponenti, sottopongono, destinano e vincolano nel "Trust M.R." istituito con l'omologa della loro separazione personale, ciascuno per i propri diritti, come infra specificato, e così affidano al Trustee, signora M. R., che accetta ed acquisisce, controllo e proprietà, per disporre secondo le disposizioni del Trust nell'interesse dei soggetti aventi una posizione giuridica beneficiaria, i seguenti beni:

A) BENI IMMOBILI:

A.1) il signor M. O. e la signora M. R., in ragione di un mezzo ciascuno, e così per intera proprietà, gravata dal diritto di abitazione assegnato come sopra alla signora M. R. sottopongono, destinano e vincolano nel "Trust M.R.":

A.1a) l'immobile sito in Comune di ..., e precisamente:

.....
Pubblichiamo il testo del Verbale e del Decreto di omologa dal suo originale; il testo dell'atto istitutivo del trust richiamato può leggersi *infra*, 456.

In materia sono già stati pubblicati in questa Rivista i seguenti provvedimenti: Tribunale di Reggio Emilia, 4 dicembre 2006 e 26 marzo 2007, *ivi*, 2007, 419; Tribunale di Milano, 7 giugno 2006, *ivi*, 2006, 575; Tribunale di Pordenone, 20 dicembre 2005, *ivi*, 2006, 247; Tribunale di Milano, 8 marzo 2005, *ivi*, 2005, 585.

- appartamento, facente parte del caseggiato distinto con il civico numero ... di Via ..., segnato con il numero interno ..., posto al piano ..., della consistenza di dieci vani catastali, a confini: a nord: Via ...; ad est proprietà: ... e/o aventi causa; a sud: Via ...; ad ovest: appartamento interno ...; sotto appartamento interno ...; sopra: il tetto.

Quanto sopradescritto è censito al Catasto Urbano come segue:

(omissis)

A.2) il signor M. O. e la signora M. R., in ragione di un mezzo ciascuno, e così per l'intera proprietà sottopongono, destinano e vincolano nel "Trust M.R.":

A.2a) l'immobile sito in Comune di ..., e precisamente:

- locale ad uso magazzino, facente parte del caseggiato distinto con i civici numeri ... di Via ... ed uno di Via ..., segnato con il numero ... di Via ..., posto al piano ..., della consistenza di 17 metri quadrati, a confini: con locale civico numero ...; locale civico numero ...; Via ..., cantina di proprietà O. e/o aventi causa.

Quanto sopradescritto è censito al Catasto Urbano come segue:

(omissis)

A.3) il signor M. O., per l'intera piena proprietà sottopone, destina e vincola nel "Trust M.R.":

A.3a) l'immobile sito in Comune di ..., e precisamente:

- appartamento, facente parte del caseggiato distinto con il civico numero . di Piazza ..., segnato con il numero interno ..., posto al piano ..., della consistenza di otto virgola cinque vani catastali, a confini: sopra: con il ...; sotto: con l'appartamento interno ...; ai lati: in parte con l'appartamento numero ..., in parte con vano scala ed in parte con muri perimetrali.

Quanto sopradescritto è censito al Catasto Urbano come segue:

(omissis)

Salvo altri, migliori, più precisi e odierni confini, indicazioni e dati catastali;

B) BENI MOBILI:

B.1) i signori M. O. e M. R. sottopongono, destinano e vincolano nel "Trust M.R." i beni mobili ed i valori mobiliari riportati nell'elenco concordato da entrambi che verrà riportato nel Libro degli Eventi del Trust;

6) il Trustee, signora M. R., ai sensi dell'articolo 12 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, chiede che di quanto sopra venga rilevata l'esistenza nei modi ritenuti più idonei dall'autorità procedente;

7) ai fini delle vigenti disposizioni di legge in materia urbanistica ed edilizia, i signori M. O. e M. R., sotto la loro personale responsabilità, consapevoli delle sanzioni penali previste per dichiarazioni mendaci, ai sensi delle leg-

gi vigenti ed in particolare dal D.P.R. 28 dicembre 2000 numero 445, artt. 3, 48 e 76, rispettivamente dichiarano che la costruzione degli immobili in oggetto venne iniziata in data anteriore al 1° settembre 1967;

8) i signori M. O. e M. R. danno atto che gli effetti e l'efficacia del "Trust M.R.", decorreranno dal momento in cui sia stata omologata la separazione consensuale richiesta con questo Ricorso.

I ricorrenti chiedono la applicazione di tutte le esenzioni da imposte e tasse stabilite dall'articolo 19 della Legge n. 74 del 1987 come ribadito dalla Circolare del Ministero delle Finanze n. 49/E del 16 marzo 2000, e così in particolare l'esenzione dall'imposta di bollo, di registro, ipotecaria e catastale e da ogni altra tassa. Le parti manlevano il Conservatore e la Cancelleria da ogni responsabilità in merito al trasferimento.

Ogni rapporto patrimoniale tra i coniugi è stato precedentemente regolato.

IL PRESIDENTE

dato atto di quanto sopra, autorizza i coniugi a vivere separati alle condizioni su precisate, mandando ad omologarsi il presente verbale, previo parere del Pubblico Ministero.

L.C.S.

Il presidente f.f.

TRIBUNALE DI GENOVA

Omologa di separazione personale consensuale

in data 01/04/2008 tra i coniugi O.M. e R.M.

Il Tribunale di Genova – Sezione IV Civile riunito in Camera di Consiglio, in persona dei Magistrati:

- Dott. Martinelli Paolo	Presidente
- Dott. Mazza Galanti Francesco	Giudice
- Dott. Patentini Monica	Giudice

udita la relazione del Presidente;
visto il parere del Pubblico Ministero;
ritenuto che sono state adempiute tutte le disposizioni di legge;

P.Q.M.

Omologa

Il verbale di separazione personale consensuale in data 15/03/2008 sottoscritto dai coniugi suddetti.

Francia – Cour de Cassation

Imposta di successione e trasferimenti ai beneficiari

Cittadino francese – trust sottoposto al diritto di New York – irrevocabilità – imposta sulle successioni e donazioni – applicabilità – momento impositivo

Le distribuzioni di capitale a favore dei beneficiari finali di un trust portano a compimento l'intento liberale del disponente nei loro confronti. Ne consegue che i relativi trasferimenti sono soggetti all'imposta di successione o di donazione, a seconda che avvengano in seguito alla morte del disponente ovvero durante la sua vita. Le aliquote applicabili sono determinate dalla relazione di parentela tra il disponente ed i beneficiari.

■ **Cour de Cassation, Chambre commerciale, Tricot, Pres., Betch, Cons., 15 maggio 2007, arrêt n. 739**

TESTO DELLA SENTENZA

Sur le moyen unique:

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 4 mai 2005), que Régis X..., de nationalité française, est décédé le 7 mai 1995 en France, laissant pour recueillir sa succession ses trois filles, Marie-Antoinette, Jacqueline et Anne-Lorraine (les consorts X...), nées respectivement en 1955, 1956 et 1957; que, par acte du 23 juin 1947, étant résident américain, il avait constitué un trust de droit américain composé de valeurs mobilières dont il avait hérité aux Etats-Unis d'Amérique, géré par "le trustee", un gestionnaire considéré au regard du droit de l'Etat de New-York comme le propriétaire des biens, à charge pour ce dernier de remettre le capital transmis par le constituant à des bénéficiaires désignés, soit ses enfants nés ou à naître; qu'ainsi, Régis X... a bloqué un capital afin d'en percevoir les revenus sa vie durant, l'échéance du trust étant fixée à la date de son décès; que, par un avenant du 4 janvier 1950, il a rendu le trust irrévocable, conformément au droit applicable de New-York, en désignant ses enfants bénéficiaires du trust; que la déclaration de succession souscrite par ses héritiers, les consorts X..., mentionnait "pour mémoire" que le défunt avait constitué aux Etats-Unis d'Amérique un trust rendu irrévocable, en 1950; que les services fiscaux américains, interrogés par les services fiscaux français, ont indiqué que ce trust n'était pas taxé aux Etats-Unis d'A-

mérique et que s'agissant de valeurs mobilières détenues par un résident français n'ayant pas la citoyenneté américaine, seule la France pouvait taxer ce bien compte tenu des articles 5, 6 et 7 de la Convention franco américaine; que, par notifications de redressement des 8 février et 8 mars 1999, l'administration fiscale a rapporté le trust à la succession et émis un avis de mise en recouvrement, le 25 mai 1999, à l'encontre de l'une des trois héritières, pour un montant total de 5.841.108,00 francs (890.471,17 euros), dont 688.952,62 euros au principal; que les deux autres cohéritières ont reçu copie de l'avis de mise en recouvrement adressé à leur soeur, avec la mention manuscrite suivante, figurant aussi sur l'avis de mise en recouvrement précité: "Succession de M. Régis de X..., décédé le 7 mai 1995. Droits et pénalités dus solidairement par les trois cohéritiers, en application des dispositions de l'article 1709 du CGI: Mme Marie-Antoinette Y... - Mme Anne-Lorraine Z... - Mme Jacqueline de X..."; que leur réclamation contentieuse ayant été rejetée, les consorts X... ont porté l'affaire devant le tribunal de grande instance qui, par jugement du 2 juillet 2003, notamment, a annulé pour irrégularité de fond l'avis de mise en recouvrement du 25 mai 1999, a dit que l'administration fiscale ne pouvait réclamer paiement aux consorts X... les droits et pénalités mis en recouvrement à cette date et a condamné l'administra-

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da P. Panico, *supra*, 382.

Manca il Sommario perché i fatti sono narrati da P. Panico.

tion fiscale à restituer à chaque héritière la somme en principal de 229.650,87 euros; que la cour d'appel a infirmé la décision, constaté la validité de l'avis de mise en recouvrement rendu exécutoire, dit n'y avoir lieu à dégrèvement ou à décharge des consorts X... et rejeté les autres demandes des parties;

Attendu que les consorts X... font grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors selon le moyen:

1°/ qu'aux termes de l'article L. 57 du livre des procédures fiscales, l'administration adresse au contribuable une notification de redressements qui doit être motivée de manière à lui permettre de formuler ses observations ou de faire connaître son acceptation; que la mention par l'administration des textes sur lesquels elle fonde ses redressements présente le caractère d'une formalité substantielle qui, si elle n'est pas respectée, entraîne l'irrégularité de la notification, étant précisé qu'il importe peu qu'il résulte des mentions et des précisions portées dans la notification de redressements que le contribuable ait été mis au courant des motifs du redressement et de la nature de celui-ci ainsi que des droits qui lui sont demandés et que dès lors, tous les éclaircissements nécessaires lui ont été donnés pour lui permettre de formuler utilement ses observations; qu'en l'espèce, ainsi que les consorts X... l'avaient fait valoir dans leurs conclusions récapitulatives d'appel, force est de constater, par exemple à la lecture des conclusions du service produites le 6 novembre 2001, que les redressements litigieux ont été fondés sur l'article 750 ter du code général des impôts, texte que la notification de redressements en cause ne cite pas, d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article L. 57 du livre des procédures fiscales;

2°/ qu'aux termes de l'article L. 57 du livre des procédures fiscales, l'administration adresse au contribuable une notification de redressements qui doit être motivée de manière à lui permettre de formuler ses observations ou de faire connaître son acceptation; que la mention par l'administration des textes sur lesquels elle fonde ses redressements présente le caractère d'une formalité substantielle qui, si elle n'est pas respectée, entraîne l'irrégularité de la notification, étant précisé qu'il importe peu qu'il résulte des mentions et des précisions portées dans la notification de redressements que le contribuable ait été mis au courant des motifs du redressement et de la nature de celui-ci ainsi que des droits qui lui sont demandés et que dès lors, tous les éclaircissements nécessaires lui ont été donnés pour lui permettre de formuler utilement ses observations; qu'en l'espèce, ainsi que les consorts X... l'avaient fait valoir dans leurs conclusions récapitulatives d'appel, force est de constater, par exemple à la lecture des conclusions

du service produites le 6 novembre 2001 que les redressements litigieux ont été fondés sur l'article 750 ter du code général des impôts, texte que la notification de redressements ne cite pas; qu'en énonçant, pour statuer comme elle l'a fait, que la circonstance que le redressement querelé ne viserait pas l'omission d'un bien dans la déclaration mais la réintégration du trust qui y avait été mentionné mais non réintégré dans la masse taxable serait de nature à dispenser le service de viser l'article 750 ter dans la notification en vertu de l'article L. 57 du livre des procédures fiscales, la cour d'appel a donc statué par un motif inopérant, entachant ainsi sa décision d'un défaut de base légale au regard du texte susvisé;

3°/ qu'en application des articles L. 57 et R 256-1 du livre des procédures fiscales, l'avis de mise en recouvrement doit reprendre les éléments de calcul, le montant des droits et l'indication des textes légaux sur lesquels il s'appuie de manière à mettre le contribuable en l'état de pouvoir formuler ses observations ou donner son acceptation; qu'il ne doit donc exister aucune contradiction entre la notification de redressements et l'avis de mise en recouvrement, à peine d'irrégularité de ce dernier; qu'en l'espèce, ainsi que l'avaient fait valoir les exposantes dans leurs conclusions récapitulatives d'appel, il est constant que l'avis reçu par Mme Marie-Antoinette X... se réfère aux articles 641 (relatif aux délais pour l'enregistrement des déclarations) et 777 (relatif aux taux des droits de mutation) du code général des impôts, alors même que la notification de redressements qui fonde cet avis mentionne les articles 784 (principe d'imposition) et 777 du code général des impôts; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les articles L. 57 et R 256-1 du livre des procédures fiscales;

4°/ que, dans leurs conclusions récapitulatives d'appel, ils avaient fait valoir en substance que, par un avenant du 4 janvier 1950, M. Régis X... avait rendu le trust en cause irrévocable, ce qui avait eu pour effet de le dessaisir définitivement et irrévocablement de ses biens dont il n'a pu percevoir ensuite que les seuls fruits, de sorte que le refus, opposé en l'espèce par le service, de faire bénéficier les héritières du régime juridique et fiscal des démembrements de propriété en les imposant, soit à raison de biens n'appartenant plus au de cujus, soit au motif que le démembrement de propriété réalisé en 1947 conformément au droit américain ne répondrait pas aux références purement nationales des actes passés depuis plus de 10 ans, constitue une discrimination dans la jouissance des droits des héritières et une atteinte à leur droit de propriété, toutes violations prohibées notamment par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article

ler du premier protocole à cette convention; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ces conclusions péremptoires, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile;

5°/ que, se prévalant expressément de l'instruction référéncée 7-G-8-77 du 3 novembre 1977, ils avaient fait encore valoir que l'article 784 du code général des impôts ne pouvait en tout état de cause fonder le redressement litigieux, dès lors qu'en application de la doctrine précitée, l'acte de trust en cause passé aux Etats-Unis le 23 juin 1947 et devenu irrévocable par un avenant du 4 janvier 1950, qui n'était pas translatif de la propriété de biens français, n'était pas assujetti à l'enregistrement, même en cas d'usage en France, et ne donnait pas lieu à déclaration; qu'en statuant comme elle l'a fait sans répondre à ces conclusions péremptoires, la cour d'appel a de plus fort violé l'article 455 du nouveau code de procédure civile;

Mais attendu, en premier lieu, qu'en relevant qu'il ne s'agissait pas d'une omission de biens dans la déclaration de succession qui seule pouvait justifier le visa dans la notification de redressement de l'article 750 ter du code général des impôts, la cour d'appel a légalement justifié sa décision;

Attendu, en second lieu, que l'avis de mise en recouvrement qui comporte outre la mention des articles 641 et 777 du code général des impôts et la référence à la notification de redressement correctement motivée, est régulier au regard des exigences de l'article R 256-1 du livre des procédures fiscales;

Attendu, en troisième lieu, qu'après avoir relevé que le constituant du trust s'était défait irrévocablement de la propriété des biens portés par le trustee pour le compte des bénéficiaires désignés, lesquels avaient acquis cette propriété à la clôture du trust provoquée par son décès, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, répondant aux conclusions prétendument délaissées, qu'était ainsi caractérisée une mutation à titre gratuit ayant pris effet au jour du décès du constituant et non au jour de la constitution du trust;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches;

PAR CES MOTIFS

REJETTE le pourvoi.

Traduzione a cura di Paolo Panico

FATTO E DIRITTO

Atteso, secondo la sentenza oggetto di ricorso (Ren-

nes, 4 maggio 2005), che Régis X..., di nazionalità francese, è deceduto il 7 maggio 1995 in Francia, lasciando come uniche eredi le sue tre figlie, Marie-Antoinette, Jacqueline e Anne-Lorraine (le sorelle X...), nate rispettivamente nel 1955, 1956 e 1957; che, con atto del 23 giugno 1947, mentre era residente americano, ha istituito un trust di diritto americano avente per oggetto valori mobiliari che aveva ereditato negli Stati Uniti d'America, gestito dal "trustee", un gestore considerato secondo il diritto dello Stato di New York come proprietario dei beni, con l'obbligo per quest'ultimo di devolvere il capitale trasmesso dal disponente a dei beneficiari designati, ossia i suoi figli nati o nascituri; che così Régis X... ha bloccato un capitale al fine di percepirne i redditi per tutta la vita, essendo la scadenza del trust fissata alla data della sua morte; che, a mezzo di un addendum del 4 gennaio 1950, ha reso il trust irrevocabile in conformità con il diritto applicabile di New York, designando i suoi figli beneficiari del trust; che la dichiarazione di successione sottoscritta dai suoi eredi, le sorelle X..., menzionava "per memoria" che il *de cuius* aveva istituito negli Stati Uniti d'America un trust reso irrevocabile nel 1950; che i servizi fiscali americani, interrogati dai servizi fiscali francesi, hanno indicato che questo trust non era tassato negli Stati Uniti d'America e che, trattandosi di valori mobiliari detenuti da un residente francese che non aveva la cittadinanza americana, solo la Francia poteva tassare questo bene tenendo conto degli articoli 5, 6 e 7 della Convenzione franco-americana; che, con gli avvisi di accertamento dell'8 febbraio e dell'8 marzo 1999 l'amministrazione fiscale ha ricondotto il trust alla successione ed ha notificato, il 25 maggio 1999, riprese fiscali nei confronti di una delle tre eredi per un importo totale di 5.841.108,00 franchi (890.471,17 euro) di cui 668.952,62 euro a titolo principale; che le altre due coeredi hanno ricevuto copia dell'avviso di accertamento indirizzato alla loro sorella, con la menzione manoscritta seguente, che compariva anche sull'avviso di accertamento citato: "Successione del Signor Régis de X..., deceduto il 7 maggio 1995. Oneri e sanzioni dovuti solidalmente dai tre coeredi in applicazione delle disposizioni dell'articolo 1709 del Code Général des Impôts: - Sig.ra Marie-Antoinette Y... - Sig.ra Anne Lorraine Z... - Sig.ra Jacqueline de X..."; che essendo stato rigettato il loro ricorso amministrativo, le sorelle X... hanno sottoposto il caso al Tribunale di primo grado che, con giudizio del 2 luglio 2003, in particolare, ha annullato per irregolarità di merito l'avviso di accertamento del 25 maggio 1999, ha detto che l'amministrazione fiscale non poteva reclamare dalle sorelle X... il pagamento degli oneri e delle sanzioni oggetto di accertamento in quella data ed ha condannato l'ammini-

strazione fiscale a restituire a ciascuna erede la somma di 229.650,87 euro; che la Corte d'Appello ha annullato la decisione, ha constatato la validità dell'avviso di accertamento reso esecutivo, ha detto che non vi è luogo a sgravio o a scarico delle sorelle X... ed ha rigettato le altre domande delle parti;

Atteso che le sorelle X... presentano ricorso contro la sentenza,

(omissis)

4°/ che, nelle loro comparse conclusionali in sede di appello, avevano fatto valere in sostanza che, a mezzo di un *addendum* del 4 gennaio 1950, il Sig. Régis X... aveva reso il trust in questione irrevocabile, con l'effetto di spogliarsi definitivamente ed irrevocabilmente dei suoi beni, di cui in seguito non ha potuto percepire che i soli frutti, cosicché il rifiuto, opposto nella fattispecie dall'amministrazione, di far beneficiare le eredi del regime giuridico e fiscale degli sdoppiamenti di proprietà, assoggettandole ad imposizione in ragione dei beni che non appartenevano più al *de cuius* ovvero per il fatto che lo sdoppiamento di proprietà realizzato nel 1947 in conformità con il diritto americano non risponderebbe ai requisiti puramente nazionali degli atti stipulati da più di 10 anni, integra una discriminazione nel godimento dei diritti delle eredi ed una lesione del loro diritto di proprietà, tutte violazioni proibite in particolare dall'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'articolo 1 del primo protocollo a questa convenzione; che decidendo, come ha fatto, senza rispondere a queste conclusioni perentorie, la Corte d'Appello ha violato l'articolo 455 del nuovo codice di procedura civile;

5°/ che, avvalendosi espressamente dell'istruzione di riferimento 7-G-8 77 del 3 novembre 1977, avevano ancora sostenuto che l'articolo 784 del Code Général des Impôts non poteva in alcun modo fondare l'accertamento dal momento che, in applicazione della dottrina citata, l'atto di trust in questione, stipulato negli Stati Uniti il 23 giugno 1947 e divenuto irrevocabile a mezzo di un *addendum* del 4 gennaio 1950, non comportando un trasferimento di proprietà di beni francesi, non era soggetto a registro nemmeno in caso d'uso in Francia e non comportava alcun obbligo di dichiarazione; che decidendo, come ha fatto, senza rispondere a queste conclusioni perentorie, la Corte d'Appello ha violato l'articolo 455 del nuovo codice di procedura civile;

(omissis)

Atteso, in terzo luogo, che dopo aver rilevato che il disponente del trust si era spogliato irrevocabilmente della proprietà dei beni controllati dal trustee per conto dei beneficiari designati, i quali ne avevano acquisito la proprietà alla chiusura del trust provocata dalla sua morte, la Corte d'Appello ha dedotto a buon diritto, nel rispondere alle conclusioni asseritamente trascurate, che era così caratterizzato un trasferimento a titolo gratuito divenuto efficace il giorno della morte del disponente e non il giorno dell'istituzione del trust;

Da cui segue che il ricorso è immotivato in tutte le sue sezioni.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Francia – Cour d'Appel

■ **Cour d'Appel Rennes, 4 maggio 2005 n° 03-4727, 1ère ch. A. [DSF du Finistère c. Crts Tardieu de Maleissye (Extraits)]**

TESTO DELLA SENTENZA

I. Sur la qualification du trust et ses conséquences fiscales

Considérant que Régis Tardieu de Maleissye a remis un ensemble de titres aux termes d'un contrat de fiducie établi aux Etats-Unis selon la loi américaine, le 13 juin 1947; que ce contrat a fait l'objet d'un avenant du 4 janvier 1950 selon lequel Régis Tardieu de Maleissye rend irrévocable l'engagement du 23 juin 1947 et confirme notam-

ment les dispositions de ce dernier relatives à la transmission des titres, en cas de décès, à sa descendance légitime;

Considérant que Régis Tardieu de Maleissye a ainsi bloqué un capital pour en percevoir les revenus sa vie durant tout en chargeant irrévocablement les fiduciaires de le remettre après sa mort, aux bénéficiaires désignés par lui à cette date;

Considérant que cet engagement relevant de la loi d'autonomie, n'est pas contesté au regard du droit américain; qu'il comporte une intention libérale en faveur des bénéficiaires;

Considérant que par l'avenant du 4 janvier 1950 il était prévu que si Régis Tardieu de Maleissye mourrait sans descendant il donnerait des instructions à ses fiduciaires pour remettre les fonds et revenus concernés à des personnes désignées par testament;

Considérant qu'en conséquence les bénéficiaires définitifs ne pouvaient être déterminés qu'au décès de Régis Tardieu de Maleissye;

Considérant que ces dispositions caractérisaient donc une donation indirecte en faveur des filles de Régis Tardieu de Maleissye qui a reçu effet au jour du décès du donateur par la réunion de tous ces éléments constitutifs et a donc pris date à ce jour;

Considérant que la transmission des biens mis en trust s'est effectuée en pleine propriété à la date du décès de Régis Tardieu de Maleissye;

Considérant les termes de la convention du 24 novembre 1978 entre la France et les Etats-Unis d'Amérique, produite aux débats, et tendant à éviter les doubles impositions ainsi qu'à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur les successions et les donations;

Considérant que l'administration fiscale française, avertie par la mention de l'existence d'un trust dans la déclaration de succession du 6 août 1996, a interrogé son homologue américaine, l'Internal Revenue Service (IRS) sur la suite à donner à cette information compte tenu de la convention d'entente précitée;

Considérant que les services fiscaux américains ont précisé, aux termes d'une note d'information du 1^{er} mars 1998 produite à l'appui des dernières conclusions de l'administration fiscale, que le trust n'était pas taxé aux Etats-Unis et que sa valeur au décès était de \$ 3.198.617,55; qu'en conséquence les services fiscaux français retrouvaient leur capacité de taxation en conformité avec la loi fiscale française;

Considérant qu'en l'état de l'analyse ci-dessus s'appliquaient donc bien à la cause les droits d'enregistrement en matière de mutation à titre gratuit tels que régis par l'article 784 du CCI;

Considérant que la donation indirecte constituée par le trust ayant pris effet au jour du décès du donateur, la valeur réintégréable à la masse successorale pour le calcul de ces droits est constituée par la contre-valeur en monnaie française calculée au jour du décès de Régis Tardieu de Maleissye des titres transmis;

Considérant qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner les moyens et arguments déduits par les consorts Tardieu de Maleissye de leur thèse selon laquelle le trust a eu effet à leur égard dès 1950 par un transfert de propriété;

II. Sur le redressement opéré et ses modalités

Considérant que la taxation aux droits de mutation à titre gratuit de la donation indirecte constituée par le trust, résulte des dispositions de l'article 784 du CCI;

Considérant qu'en application des dispositions de l'article L 57 du LPF, la notification de redressement comporte le visa de l'article 784 précité ainsi que le rappel de son contenu relatif au fondement du redressement effectué, l'indication des valeurs rajoutées ainsi que le calcul détaillé des droits de mutation applicables; qu'en conséquence l'ensemble de ces éléments permet de connaître le fondement précis et motivé de l'imposition, ouvrant ainsi la possibilité à l'engagement éventuel d'une discussion contradictoire avec l'administration fiscale;

Considérant que le redressement ne visant pas l'omission d'un bien dans la déclaration, mais la réintégration du trust qui y avait été mentionné mais non intégré dans la masse taxable, il n'était pas nécessaire au respect de la règle de motivation prévue par l'article L 57 LPF que soit cité dans le redressement le texte de l'article 750 ter du CGI;

Considérant que les héritières n'invoquaient pas dans leur déclaration de succession une exonération de paiement de droits ou une absence de taxation en France sur les valeurs comprises dans le trust à raison de la convention franco-américaine;

Considérant que s'agissant de la notification de redressement relative à la succession d'une personne déclarée comme de nationalité française, décédée en France, et compte tenu de l'objet du redressement il n'était pas non plus nécessaire de mentionner la convention franco-américaine qui n'était ni la cause ni la conséquence du redressement;

Considérant que les documents contractuels régularisés par Régis Tardieu de Maleissye le 23 juin 1947 et le 4 janvier 1950 ne comportent aucune condition suspensive; qu'en conséquence il n'y a pas lieu à application des dispositions de l'article 676 du CCI;

Considérant que l'administration fiscale a valorisé dans la notification de redressement les titres inclus dans le trust en prenant la valeur de celui-ci telle que indiquée en dollar dans une correspondance du 15 mai 1996 de Me Gernigon notaire chargé de la Succession et a procédé à une conversion en F en indiquant un autre Cours que ce notaire;

Considérant que les héritières ne peuvent prétendre avoir ignoré l'aperçu liquidatif dressé par leur notaire ayant inclus cette valeur;

Considérant que le redressement précise «le dernier

cours convenu de la devise américaine à la date de l'ouverture de la succession était de 4,905 F pour 1 dollar au 5 mai 1995»:

Considérant que l'évaluation des titres transmis a donc été faite sur des bases précises suffisamment portées à la connaissance des héritières par la notification de redressement;

Considérant que les pièces produites ne permettent pas de retenir une insuffisance de motivation, dans le redressement ainsi notifié;

Considérant que les consorts Tardieu de Maleissye ont d'ailleurs pu par la contestation que leur avocat a adressé à l'administration fiscale discuter de façon très précise et technique le bien-fondé du redressement sans invoquer un point obscur ou insuffisamment explicité dans cette décision;

III. Sur les avis de mise en recouvrement

Considérant que le premier juge a répondu de façon

pertinente au grief de différence entre la motivation du redressement et celle de l'avis de mise en recouvrement;

Considérant que l'administration fiscale a choisi de n'émettre qu'un avis de mise en recouvrement à la charge selon le libellé de ce document de «Mme Damez Fontaine Marie Antoinette», et d'en adresser copie à Jacqueline Tardieu de Maleissye ainsi qu'à «Madame Anne Lorraine Le Conte» en précisant sur chacun des documents envoyés «succession de M. Régis Tardieu de Maleissye décédé le 7 mai 1995. Droits et pénalités dus solidairement».

Considérant que les précisions ci-dessus rappelées permettraient à chacune des destinataires de l'envoi de savoir de l'objet précis de cet avis et les conditions et conséquences financières qui en résultaient pour elle;

Considérant que d'ailleurs il n'est pas contesté que chacune des trois cohéritières a signé l'accusé de réception de cet envoi et a pu, en temps voulu, le 30 juillet 1999, former une réclamation contentieuse;

Par ces motifs: Infirme la décision entreprise.

Francia – Tribunal de Grande Instance

Non applicabilità dell'“imposta patrimoniale” al beneficiario del reddito del trust

Trust sottoposto al diritto del Massachusetts – beneficiario del reddito residente in Francia – imposta patrimoniale “impôt de solidarité sur la fortune” – presupposto impositivo – insussistenza

La percezione dei redditi derivanti dal fondo in trust non è sufficiente a far presumere la proprietà del fondo stesso in capo al beneficiario. Ne consegue che in assenza della prova che il beneficiario di un trust abbia diritti reali sui beni segregati non vi è alcun presupposto per l'applicazione dell'imposta patrimoniale denominata “impôt de solidarité sur la fortune”.

■ **Tribunal de Grande Instance de Nanterre, Mme Jourdièr, Prés., 4 maggio 2004, n. 03-9350, 2° ch. [Poillot]**

TESTO DELLA SENTENZA

Aux termes de l'article 885 E: «L'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune est constituée par la valeur nette, au 1 janvier de l'année, de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant aux personnes visées...».

L'article 885 D du CGI dispose que l'impôt de solidarité sur la fortune est assis et les bases d'imposition déclarées selon les mêmes règles relatives et sous les mêmes sanctions que le droits de mutation par décès. L'actif à prendre en compte pour l'évaluation du patrimoine servant d'assiette à l'ISF doit donc s'apprécier comme en matière successorale, c'est-à-dire notamment, selon les dispositions de l'article 752 du CGI qui édicte une présomption de propriété sur les actions, obligations, parts sociales, créances, etc. ... dont le contribuable a perçu les revenus.

L'administration fiscale considère que la perception par Madame Poillot de revenus annuels des trusts l'«assimile à un titulaire d'un droit de propriété sur les biens constitués de valeurs mobilières dont l'évaluation a été déterminée par le service» par capitalisation de 3% des revenus déclarés pour l'IRPP.

Madame Eveline Poillot reconnaît qu'elle perçoit des revenus provenant de deux actes de droit américain, dénommés «The Beaufort Trust» et «Trust Fund B of the

Adelboden Trust», lesquels ont été créés avant leur décès par ses oncle et tante, Georges F. et Edna A. Doriot, résidents de l'Etat de Massachusetts.

Mais tout d'abord cela ne suffit pas pour faire peser sur la bénéficiaire de ces revenus une quelconque présomption de propriété sur des valeurs mobilières. En effet aucun élément sur la consistance des actifs sous jacents auxdits trusts n'est apporté par l'administration fiscale.

En outre le «trust», institution originale du droit anglo-saxon, n'est pas encadré par une définition légale unique et connaît de nombreuses variantes. En règle générale il vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Selon l'acte instituant le trust, les droits des bénéficiaires peuvent être plus ou moins étendus.

En l'espèce, l'administration fiscale n'apporte pas la preuve que Madame Eveline Poillot, comme bénéficiaire des deux trusts en question, a des droits réels représentant une valeur patrimoniale, et donc susceptibles d'entrer dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune; au

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

La sentenza è commentata da P. Panico, *supra*, 382.

Manca il Sommario perché i fatti sono narrati da P. Panico.

contraire dans les actes instituant les trusts, les passages traduits par la demanderesse lui dénie un quelconque droit de propriété ou de créance sur le trust ou sur les biens objet du trust, et même laissent au trustee un pouvoir d'appréciation sur les revenus à distribuer.

En conséquences à défaut d'établir que Mme Poillot est

titulaire d'un quelconque droit réel relatif à ces trusts, l'administration fiscale ne justifie pas le bien-fondé de l'assujettissement de Madame Eveline Poillot à l'impôt de solidarité sur la fortune en raison de sa qualité de bénéficiaire des trusts américains dénommés «The Beaufort Trust» et «Trust Fund B of the Adelboden Trust».

La collana "Quaderni" di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**
traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl
 - **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**
tra dottrina, prassi e giurisprudenza
a cura di Stefano Buttà
 - **3 - Il trust di protezione patrimoniale**
di Andrea Vicari
 - **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - II Edizione**
Dal 1899 al 2006
 - **5 - Leggi tradotte - II**
traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
 - **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione "Il Trust in Italia"
 - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
 - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
 - **7 - La Legge di Malta sui trust**
L'introduzione del trust nel diritto civile maltese
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
 - **8 - La legge di Jersey sul trust**
di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi
- di prossima pubblicazione**
- **9 - Struttura, atti e vicende dei trust: profili fiscali (titolo provvisorio)**
 - Relazioni del Convegno dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 16 gennaio 2008
 - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust

Belgio

Trust e multiproprietà

Multiproprietà – trust – beneficiario – diritto reale di abitazione temporanea

In diritto portoghese la multiproprietà attribuisce a ciascun titolare un diritto reale di abitazione periodica senza che rilevi che egli sia beneficiario di un trust di diritto straniero, formale titolare della proprietà immobiliare.

■ Cour d'Appel de Liège (1^{ère} chambre), Siég.: M.E. Caprasse, Mme M.-A. Derclaye, M. B. Dewaide, Greffier: Mme Fr. Martin, 4 novembre 2003

TESTO DELLA SENTENZA

Revu l'arrêt rendu le 27 mars 2002 par la cour de céans;

...

Antécédents et objet de la cause

Les faits de la cause et son objet ont été exposés dans l'arrêt du 27 mars 2002 et la cour s'y réfère purement et simplement.

La cour a ordonné la réouverture des débats pour le dépôt de divers documents et précisions par les parties. Au vu de ceux-ci, chacun des postes non tranchés par l'arrêt du 27 mars 2002 sera donc examiné.

Discussion

Nature des droits découlant du contrat de *time-sharing* souscrit par les époux R.-P. en 1990.

La question de la nature du contrat de *time-sharing* ne se pose qu'en raison de la disposition du contrat de mariage des époux qui attribue au survivant tous les biens meubles communs. Le contrat de mariage stipule, en effet, en son article 7 – relatif au partage du patrimoine commun – qu'«en cas d'existence d'enfant, le survivant des futurs époux sera maître et propriétaire de tous les biens meubles de leur communauté conjugale et usufruitier viager, sans préjudice à sa part légale en pleine propriété, de la part du prémourant dans les biens immeubles de cette communauté et ce, à titre de convention de mariage».

Il n'existe donc aucune discussion sur la validité du contrat ou sur ses effets juridiques par rapport aux clauses y figurant ou un éventuel litige avec la société fiduciaire gestionnaire du complexe immobilier dans lequel se trouve l'appartement concerné, de sorte que la qualification

doit se faire au vu des règles de droit international privé puisque le contrat à qualifier a été rédigé selon le droit de l'Île de Man tandis que le bien immeuble qu'il vise se situe au Portugal.

Ainsi, le contrat signé par les époux R.-P. le 1^{er} août 1990 dont le titre est représenté par le «*Purchase agreement*» ou «contrat d'achat» du 1^{er} août 1990 et un certificat d'adhésion au «Club Balaia», accompagné des statuts dudit club, constitue l'achat de trois semaines d'occupation d'un appartement pour le prix de 19.500 livres sterling, la première année d'occupation étant l'année 1991, sans limitation dans le temps autre que celles prévues à l'article 18 des statuts du «Club Balaia». La propriété du bien vendu est cessible conformément à l'article 15 desdits statuts. Il s'agit donc d'un droit portant sur le partage temporel de la jouissance d'un bien immobilier. La période d'utilisation de ce bien se renouvelle de manière annuelle.

Le *time-sharing* a fait l'objet d'une directive européenne n. 94/47/CE du 26 octobre 1994 visant à la protection des acquéreurs, cette directive étant intégrée dans le droit belge par les lois du 11 avril 1999. Tant la directive européenne qui laisse aux Etats membres le soin de préciser la nature juridique de ce droit, que la loi belge, qui permet l'existence d'un droit réel ou de tout autre droit, n'ont défini de manière claire et précise la nature dudit droit de sorte qu'il peut être tout aussi bien un droit réel ou un droit personnel selon des critères que ni la directive européenne ni le droit belge n'ont déterminé. Ils n'ont donc pas créé de régime impératif à cet égard.

Il existe une grande diversité de contrats dans la pra-

Riproduciamo il testo della sentenza da J.L.M.B. 04/650. Altre sentenze belghe sono state pubblicate in questa Rivista, 2008, 292.

tique, les vendeurs de *time-sharing* ayant mis au point des formules multiples pour tenter de séduire les acquéreurs: s'agit-il d'un droit réel ou d'un droit personnel, ou encore d'un droit hybride ou *sui generis*? L'analyse varie d'un système juridique à l'autre. Toute formule de *time-sharing* repose en général et plus particulièrement en pays de *common law*, sur le système fiduciaire du «club trustee», ce qui est le cas du contrat en cause dans le présent litige, le contrat d'achat précisant en son article 14 qu'il est «régé et établi dans le respect de la législation de l'Île de Man» (*shall be governed and constructed in all respects in accordance with the laws of the Isle of Man*). Le trust constitue un démembrement de la propriété – inconnu des systèmes de droit civil comme la Belgique — entre, d'une part, le trustee, titulaire du *legal ownership*, et, d'autre part, le bénéficiaire (ou *cestuy que trust*), qui obtient l'*equitable ownership*. L'acquéreur est le bénéficiaire du trust, titulaire de l'*equitable ownership*. Le trustee est un professionnel qui dispose de la *legal ownership* et est souvent chargé de la gestion de l'immeuble (voy. A. Nuyts, "Le *time-sharing* et le rattachement en matière immobilière dans les conventions européennes de droit international privé", in *Les copropriétés*, U.L.B., Bruylant, 1999, p. 230; R. DE Valkeneer, "A propos du *time-sharing*", in *Mélanges offerts à R. De Valkeneer à l'occasion du 125e anniversaire de la revue de Notariat belge*, Bruylant, 2000, p. 259).

Selon le droit international privé comparé, il appartient à la loi du lieu de situation de l'immeuble (*lex rei sitae*) d'énumérer les différentes catégories de droits réels, principaux ou accessoires qui s'exercent sur les biens immeubles ainsi que les prérogatives attachées à ces droits (H. Battifol et Lagarde, *Droit international privé*, tome II, 7e édition, p. 174, n 1191; F. Rigaux et M. Fallon, *D.I.P.*, tome II, 2e édition, p. 453).

Toujours selon le droit international privé, la loi de la situation du bien immeuble doit déterminer les prérogatives de l'acquéreur de *time-sharing* (A. Nuyts, "Le *time-sharing* et le rattachement en matière immobilière dans les conventions européennes de droit international privé", in *Les copropriétés*, Bruylant, 1999, p. 219 et suivantes, et "Les contrats relatifs aux immeubles en droit international privé conventionnel européen: le cas du *time-sharing*", *Rev. dr. in. et dr. comparé*, 2000, p. 153).

Il faut d'ailleurs noter que l'un des buts de l'article 16 des Conventions de Bruxelles et de Lugano est de faire coïncider les compétences judiciaire et législative du lieu de la situation de l'immeuble, ce qui renforce la prise en compte du droit de la situation du bien. Une interprétation totalement détachée du droit local aurait pour effet malheureux d'autoriser une dissociation entre la qualifica-

tion autonome, voulue par les conventions européennes, retenue au stade l'appréciation de la compétence judiciaire et la qualification selon la *lex rei sitae* au stade du choix de la loi applicable (A. Nuyts, précité, *Les copropriétés*, p. 227, n°10).

En l'espèce, le bien immeuble, objet du droit des époux R.-P., est situé sur le territoire portugais et, selon la loi portugaise, l'acquéreur acquiert un droit d'habitation périodique opposable à tous sur l'immeuble (A. Nuyts, précité, p. 219 et 229, et référence 49 citée). Le législateur portugais a, en effet, organisé un nouveau droit réel à propos du *time-sharing* en créant ce «droit d'habitation périodique», opposable *erga omnes* moyennant enregistrement au registre foncier (B. Vanbrabant, "Le point sur le *time-sharing*", *Act. dr.*, 2000, p. 593).

Le caractère réel de ce droit résulte également de ce qu'en *common law* le bénéficiaire du trust dispose d'un droit opposable à tous comprenant le droit de suite (A. Nuyts, précité, *Rev. dr. int. et dr. comparé*, 2000, p. 153, et références citées sous la note 42).

Quant au caractère immobilier de ce droit, il est attesté par le fait qu'il est susceptible d'hypothèque d'une part (voy. l'article 19 des statuts du club Balaia) et, d'autre part, de son enregistrement dans un registre financier.

Il importe peu, par ailleurs, que le certificat ne puisse, en Belgique, faire l'objet d'une inscription hypothécaire car la qualification se détermine, non en fonction de l'exécution du droit en Belgique mais par rapport à la nature du droit selon la loi, en l'espèce, applicable que ce soit celle du lieu du bien immobilier ou celle du contrat, lesquelles convergent vers l'existence d'un droit susceptible d'hypothèque.

Il se déduit de cette analyse que le droit en cause est un droit réel à caractère immobilier et ne peut être considéré comme un bien meuble au sens du contrat de mariage litigieux.

Loyers d'Auderghem

L'appelant ne conteste pas que les parents de son épouse ont fait donation à cette dernière du montant des loyers d'une maison dont elle n'était que nue propriétaire, mais il soutient que jusqu'en 1987, ces sommes ont été affectées par elle aux charges du mariage car elle n'avait à cette époque aucun revenu, qu'ensuite elle aurait disposé à son profit personnel de ces donations, lesquelles ne seraient pas de ce fait entrées en communauté.

Les loyers étaient versés sur le compte n° 063-... de Marie-Anne P., à propos duquel la cour a pris position et a tranché le litige des parties à son égard en le qualifiant de

compte commun avec les conséquences juridiques qu'elle en a déduit, ce point ne pouvant actuellement plus être rediscuté, vu l'autorité de chose jugée de cet arrêt.

Il apparaît des avertissements-extraits de rôle de 1984 à 1986 inclus que Marie-Anne P. a eu des revenus même s'ils étaient relativement modiques. Lorsque la loi prévoit que chacun des époux affecte par priorité ses revenus aux charges du mariage et contribue à celles-ci en fonction de ses facultés, cela ne veut pas signifier qu'en plus de ses revenus, l'époux aux revenus professionnels moindre doit affecter en surplus tout son capital auxdites charges.

En l'espèce, l'épouse de l'appelant ne devait pas nécessairement affecter la totalité de la donation de ses parents au ménage — les revenus qu'elle engendrait par son travail devant par contre, eux, y être affectés et ils l'ont été — à partir du moment où, en outre, elle contribuait en nature à l'obligation et ce, pour une part importante, par son travail ménager et l'entretien de l'enfant né dès 1984 — le suivant étant né en 1988 — le choix de vie des époux à cette époque étant — ceci n'a pas été contesté par l'appelant — que l'épouse soit femme au foyer et s'occupe du jeune enfant. Il n'est d'ailleurs pas allégué que les époux aient fait appel à de la main d'œuvre extérieure pour effectuer les travaux ménagers.

Un époux ne peut épargner ses revenus au préjudice des capitaux de l'autre et l'appelant devait, au préalable, affecter tous ses revenus aux charges du ménage avant qu'il ne puisse être exigé de l'épouse qu'elle y affecte son capital.

En conséquence, l'on doit considérer que, de 1983 à 1986, compte tenu de la modicité relative des revenus de l'appelant en comparaison de son statut universitaire, il était normal que les parents de l'épouse de l'appelant aient voulu pour partie aider à améliorer le train de vie du couple, qui provenait apparemment de milieux aisés. Dans cette mesure, et celle de l'affectation des revenus du capital donné, il y a lieu de prendre en compte dans le chef de l'épouse une contribution aux charges du mariage par le biais d'une partie de l'argent donné et ce, à concurrence d'un tiers de celui-ci pour la période reprise ci-dessus. Il y aura lieu à récompense dans cette mesure là.

A partir de 1987, Marie-Anne P. a eu un statut d'aidante de son mari et a été déclarée comme telle pour les revenus de l'année 1987, de sorte qu'à partir de cette année, elle ne devait plus affecter le tiers de la donation des loyers aux charges du mariage, y contribuant à suffisance par son travail de femme au foyer - un second enfant est né en 1988 - et d'aidante de son mari. Ainsi, l'annexe de la déclaration fiscale relative aux revenus de l'année 1990 mentionne: «travail de l'épouse: trois-quarts temps de tra-

vail audiométriste et secrétariat, assistance consultations et analyses, reports documents chez généralistes».

L'appelant prétend qu'à partir de 1988 et jusqu'en 1992, son épouse a utilisé à son profit exclusif les loyers donnés par ses parents et qu'il n'y aurait dès lors pas lieu à récompense pour cette période.

Les loyers donnés par les parents à leur fille étaient versés, selon le régime matrimonial des époux, sur un compte commun, de sorte que la communauté les a absorbés, l'appelant ne démontrant pas à quelle fin propre à son épouse ils auraient pu être utilisés. Selon les intimés, cet argent a été utilisé au jour le jour à des fins communes dans le cadre de la vie ménagère. D'ailleurs, au départ de la défunte du domicile conjugal, en janvier 1992, il ne restait que 26.900 francs sur ce compte.

L'appelant ne précise pas et, *a fortiori*, ne prouve pas à quelles fins propres à l'épouse cet avoir aurait été dépensé, ce qu'il aurait pu faire s'il en avait été comme il le prétend, les relevés de compte permettant de vérifier l'affectation des fonds. Il a, cependant, prétendu que son épouse avait acquis un immeuble après la séparation grâce à des fonds propres économisés, ce qui n'est pas exact, cet immeuble ayant été acquis en remploi suite à la vente de l'immeuble d'Auderghem.

La communauté doit donc récompense des loyers versés jusqu'au 7 janvier 1992.

Somme de 816.000 francs correspondant à l'achat de mobilier

Les intimés soutiennent que, durant la séparation de fait des époux, les parents de Marie-Anne P. lui ont encore donné des fonds à concurrence de 816.000 francs qui ont été affectés à l'achat de mobilier que les parties reconnaissent comme bien propre de celle-ci. Ils ne font, dès lors, pas partie de la liquidation du régime matrimonial mais bien de la succession de Marie Anne P. et reviennent en totalité à ses enfants en tant que mobilier propre.

Les intimés en réclament la restitution et l'appelant demande la confirmation du jugement lequel ne faisait que constater l'accord des parties sur leur caractère propre, sans rien préciser, la position des parties n'étant pas suffisamment claire.

Après réouverture des débats, l'appelant affirme qu'il n'a pas eu ces meubles en sa possession et qu'il n'a trouvé dans le logement de son épouse, lorsque bien après le décès il a eu la clé de l'immeuble, que quelques pièces dépareillées dont il a proposé la restitution. Pour le surplus, il les aurait vendus pour 53.000 francs, somme qui sera à la disposition des enfants lors de leur majorité.

Cela est contesté par les intimés selon lesquels, après se les être appropriés, l'appelant n'a rendu qu'une partie des

meubles dont la plupart étaient détériorés et qu'une autre partie a été effectivement vendue par lui. Ils font valoir que, le 23 mars 1995, l'appelant les a avertis que, le 28 mars, il ferait procéder au déménagement des meubles, faisant remarquer que les armoires n'étant pas vides, il fallait mettre les clés de celles-ci à la disposition des déménageurs afin de ne pas risquer de casser des objets.

Cette lettre de l'appelant implique qu'il a eu la maîtrise du déménagement du mobilier litigieux, aucune restriction n'y figurant, de sorte que ces meubles revenant entièrement à ses enfants alors mineurs, il devra rendre compte de sa gestion de tuteur, sa responsabilité pouvant être engagée dans le cadre de sa mission de tuteur. Ceci est conforté par la note de contredits annexée à l'acte des notaires du 18 décembre 1998, dans laquelle il est mentionné que l'appelant revendique la jouissance légale du mobilier propre de son épouse dont ses enfants ont hérité, monsieur P. réaffirmant «avec force que ces biens meubles propres ne peuvent rester en possession de monsieur R. et ce, au nom d'un élémentaire respect tant des dernières volontés de madame Marianne P. que du souhait clairement exprimé de François et Thérèse R. à cet égard».

Il conviendra que les meubles propres ou leur contre-valeur soient restitués aux enfants dans le cadre des comptes résultant de la tutelle.

La cour n'est toutefois pas saisie des comptes de tutelle et l'appelant devra en faire reddition dès la majorité de ses enfants, l'un de ceux-ci, à savoir François, pouvant déjà y faire procéder puisqu'il est majeur depuis le 14 octobre 2002.

...

Par ces motifs, ...

Réforme partiellement le jugement entrepris,

Renvoie la cause aux notaires instrumentants pour qu'ils rectifient et complètent leur état liquidatif en fonction des principes dégagés dans l'arrêt du 27 mars 2002 et le présent arrêt, à savoir en synthèse:

1. le contrat de *time-sharing* doit être considéré dans le cas d'espèce comme un droit immobilier;

2. le compte personnel de la défunte 063-... est, compte tenu du régime de communauté des époux, un compte commun;

3. la communauté doit récompense au patrimoine propre de l'épouse à concurrence de la valeur des deux tiers des loyers d'Auderghem de 1983 à 1986 et de la totalité desdits loyers de 1987 jusqu'au 7 janvier 1992. [...]

4. le prêt de 500.000 francs et le compte épargne pension ne donnent lieu à aucune récompense;

5. les parties sont d'accord pour dire que la somme de 816.000 francs est une donation des parents P. à leur fille

et qu'elle a servi, après la séparation, à l'acquérir du mobilier que les parties considèrent comme propre. L'appelant les a conservés et devra rendre compte de sa gestion dans le cadre des comptes de tutelle des enfants mineurs au moment du décès de leur mère;

6. les frais et honoraires du notaire Michaux restent à charge d'Henri P.;

7. le taux de capitalisation à prendre en considération est celui retenu par les notaires instrumentants ...

Stati Uniti – District Court

Relazione fiduciaria e *constructive trust*

Relazione fiduciaria – condizioni per la sussistenza – “duty to account” – “breach of fiduciary relationship” – “constructive trust” – fattori rilevanti

Sebbene, in linea di principio, non vi sia rapporto fiduciario tra un agente finanziario e il suo cliente, tale rapporto viene in essere qualora l'agente gestisca, amministri e impieghi somme di denaro del cliente, tenendolo all'oscuro di tutto, attraverso molteplici operazioni finanziarie che, tra l'altro, importino la costituzione di società e il pagamento di emolumenti eccessivi a sé e ad altri. Ne consegue che il cliente può agire a titolo di *breach of fiduciary duty* quando l'agente abbia distratto fondi. L'omessa divulgazione di informazioni a cui l'agente sia tenuto costituisce *actual fraud* quando questi abbia agito con l'intenzione di ingannare (*deceive*) il cliente.

L'azione di *equity* volta ad ottenere il rendiconto (*accounting*) dell'attività compiuta da una persona presuppone l'esistenza di una relazione fiduciaria o di *trust*, come nel caso in cui una persona affidi ad un'altra somme di denaro o beni rispetto ai quali quest'ultima abbia un dovere di rendere palese il proprio operato.

L'imposizione di un *constructive trust* da parte del giudice, trattandosi di un rimedio di *equity* per mezzo del quale trovano espressione i principî della coscienza, si può avere in presenza di una relazione confidenziale o fiduciaria, di una promessa, di un trasferimento eseguito sull'affidamento della promessa, e di un arricchimento ingiusto.

■ **United States District Court for the Southern District of New York, R. J. Holwell, D. J., 20 marzo 2007 - [Y. Malmsteen v Berdon, LLP, et al.]**

TESTO DELLA SENTENZA

In this diversity action, plaintiff Yngwie Malmsteen, a professional musician, sues his former manager, James Lewis, and his company, James Lewis Entertainment, and his former financial manager and accountant, Michael Mitnick, and his firm, Berdon, LLP, for actions they took while in his employ. Plaintiff's Amended Complaint alleges fraud and deceit, unlawful appropriation, breach of fiduciary duty, unjust enrichment, and breach of contract, and seeks monetary damages, an accounting, and the imposition of a constructive trust. Defendants Michael Mitnick and Berdon, LLP (collectively, "Mitnick") move for summary judgment pursuant to Rule 56 of the Federal Rules of Civil Procedure on the grounds that all of plaintiff's claims against them are barred by the applicable statutes of limitations or otherwise defective. For the reasons discussed below, Mitnick's motion is granted in part and denied in part.

Background

Plaintiff is a professional composer and guitarist with an international following. (Am. Compl. P 1.) After the death of his previous manager in 1993, plaintiff hired James Lewis, who operated his management services through his company, James Lewis Entertainment. (Malmsteen Tr. 5-6; Am. Compl. PP 4, 5.) Both James Lewis and James Lewis Entertainment are defendants in this matter, but not parties to this motion. Early in 1994, at the suggestion of Lewis, plaintiff hired Michael Mitnick, then working for another firm, to act as his "accountant and financial business manager." (Kelly Decl. Ex. 5.) Roughly a year later, Mitnick moved to the firm of David Berdon & Co., now known as Berdon, LLP. (Mit-

Riproduciamo il testo della sentenza da 2007 U.S. Dist. LEXIS 20006. Manca il Sommario perché i fatti sono narrati da M.B. Gigli, *supra*, 389.

nick Tr. 6.) Mitnick performed traditional accounting services, such as the filing of tax returns, but also collected, accounted for, and disbursed plaintiff's income. (Malmsteen Tr. 17-18; Mitnick Tr. 14.)

Shortly after Mitnick began working for plaintiff, he suggested that plaintiff create a separate legal entity for his touring activities, later named Malmsteen Touring, Inc., to diminish his personal liability. (Am. Compl. P 10.) Mitnick created the corporation and named himself as an officer and director. Mitnick and Lewis opened bank accounts in New York for plaintiff and Malmsteen Touring, into which Mitnick deposited any money received on plaintiff's behalf, and out of which he paid expenses, including his own fees. (*Id.* P 13.) Plaintiff alleges that he had no knowledge of these accounts, despite knowing that Mitnick had created a corporation to receive his touring income and was collecting money on his behalf. (*Id.* PP 13-14.) When shown account documents purportedly bearing his signature, he claimed the signatures were forged. (Kelly Decl. Ex 6; Malmsteen Tr. 13-17.)

According to Mitnick, shortly after he had been hired by Malmsteen, Lewis began depositing royalty checks made out to Malmsteen directly into Lewis's personal account separate from the above-mentioned accounts maintained by Mitnick. (Mitnick Tr. 11-12.) The Amended Complaint lists a number of these transactions beginning in January 1995 and continuing through January 2000. (Am. Compl. P 16.) The evidence before the Court does not make clear for what purpose these transfers were made, or to what extent they were legitimate, but it appears that there may have been some financial justification and also that Lewis was paying some business expenses directly from his account. (Mitnick Tr. 39-40; Kelly Decl. Exs. 8, 9.) Beginning around 1997, when plaintiff's assets had shrunk to almost nothing, he began to ask questions of Mitnick concerning his financial situation. (Malmsteen Tr. 28-29, 31-32.) Eventually, in early 2000, plaintiff hired an external accountant to examine Mitnick's management of his money, and after the accountant found certain discrepancies, plaintiff terminated Mitnick along with Lewis. (*Id.* 34-40; Am. Compl. P 20.)

In 2001, plaintiff filed a lawsuit in Florida against Lewis and his companies, alleging unlawful diversion of plaintiff's income into secret bank accounts. (See Kelly Decl. Ex. 10.) This case was eventually dismissed for failure to prosecute. (Kelly Decl. Ex. 11.) On January 28, 2005, plaintiff filed this lawsuit in the Southern District of New York. The Amended Complaint does not clearly differentiate between the roles of the several defendants in stating causes of action. However, the factual allegations

suggest that only Lewis, and not Mitnick, actually stole any of plaintiff's money. Rather, the Amended Complaint alleges that Mitnick permitted Lewis to divert money into his personal accounts. In addition, plaintiff alleges that Mitnick paid himself "well in excess of what a reasonable fee would have been under a normal business relationship," supposedly as compensation for permitting Lewis to divert funds. (Am Compl. P 15.)

Standard of Review

Summary judgment is appropriate when "the pleadings, depositions, answers to interrogatories, and admissions on file, together with the affidavits, if any, show that there is no genuine issue as to any material fact and that the moving party is entitled to a judgment as a matter of law." Fed. R. Civ P. 56(c). In a motion for summary judgment, the Court must view the facts in the light most favorable to the nonmoving party. *Matsushita Elec. Indus. Co. v Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 587, 106 S. Ct. 1348, 89 L. Ed. 2d 538 (1986). The moving party must demonstrate that no genuine issue of fact exists for trial. *Celotex Corp. v Catrett*, 477 U.S. 317, 331, 106 S. Ct. 2548, 91 L. Ed. 2d 265 (1986). If successful, the nonmoving party must then produce specific facts showing a genuine issue of material fact. *Samuels v Mockry*, 77 F.3d 34, 36 (2d Cir. 1996). "It is quite common for summary-judgment motions to be made asserting the defense of statute of limitations," as it lends itself "to the type of categorical proof required by Rule 56." 10B Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 2734 (3d ed. 1998).

Discussion

This action comes before the Court based on diversity jurisdiction, and therefore the Court is required to apply the substantive law of the state in which it sits, New York in this case. See *Erie R.R. Co. v Tompkins*, 304 U.S. 64, 78, 58 S. Ct. 817, 82 L. Ed. 1188 (1938). Neither party disputes that New York law provides the relevant statute of limitations. Under New York law, the Court looks "to the essence of plaintiff's claim and not to the form in which it is pleaded." *State v Cortelle Corp.*, 38 N.Y.2d 83, 341 N.E.2d 223, 224, 378 N.Y.S.2d 654 (N.Y. 1975) (citing *Brick v Cohn-Hall-Marx Co.*, 276 N.Y. 259, 11 N.E.2d 902, 904 (N.Y. 1937)); accord *Wilson v Bristol-Myers Co.*, 61 A.D.2d 965, 403 N.Y.S.2d 251, 252 (N.Y. App. Div 1978) ("The test of a cause of action, for Statute of Limitations purposes, is its gravamen not the form in which it is pleaded.").

1. Plaintiff's Claims Do Not Sound in Malpractice

Defendants argue that the claims are, in essence, for accounting malpractice. Accounting malpractice is subject to a three-year statute of limitations, "whether the underlying theory is based in contract or tort." N.Y. C.P.L.R. § 214(6). The governing statutory provision was amended in 1996 to "rewrite a judicial interpretation of the nonmedical Statute of Limitations" that was allowing malpractice claims based on breach of contract (even implied terms) to be brought within six years. See *Brothers v Florence*, 95 N.Y.2d 290, 739 N.E.2d 733, 737, 716 N.Y.S.2d 367 (N.Y. 2000). Consistent with a legislative desire to prevent clever pleading to avoid a shorter statute of limitations, New York courts have, since the 1996 amendments, applied the three-year statute of limitations to bar any claims that they found duplicative or incidental to a claim of malpractice. See *Kliment v McKinsey & Co.*, 3 N.Y.3d 538, 821 N.E.2d 952, 954, 788 N.Y.S.2d 648 (N.Y. 2004) (applying three-year statute of limitations where breach of contract claim was "essentially a malpractice claim"); *Spinale v Tenzer Greenblatt, LLP*, 309 A.D.2d 632, 765 N.Y.S.2d 786, 786 (N.Y. App. Div 2003) (unjust enrichment cause of action "based on the same allegations as [plaintiffs'] causes for legal malpractice" and is thus "governed by three-year limitations period"); *Mecca v Shang*, 258 A.D.2d 569, 685 N.Y.S.2d 458, 460 (N.Y. App. Div 1999) (dismissing breach of fiduciary duty and fraud claims where they "arise from the same facts as [plaintiff's] legal malpractice claim and do not allege distinct damages."). If defendants are correct that plaintiff's claims all arise from malpractice, then these claims are subject to a three-year limitations period. Because plaintiff's claims all arose, at the latest, by early 2000, they would be subject to dismissal as untimely.

Plaintiff contends instead that his relationship with Mitnick gave rise to a fiduciary duty on which his claims are based, rather than any lack of skill in performing traditional accounting tasks. Therefore, plaintiff continues, the causes of action should stand on their own and are not pled to avoid the three-year limitations period for malpractice claims. The parties focus on Mitnick's job title: defendants argue that Mitnick was an accountant, and thus owes no fiduciary duty to plaintiff, *Vtech Holdings Ltd. v Pricewaterhouse Coopers LLP*, 348 F. Supp. 2d 255, 268 (S.D.N.Y. 2004) ("In New York, the accountant-client relationship does not generally give rise to a fiduciary relationship absent special circumstances."); plaintiff argues that Mitnick was his business manager and business managers owe a fiduciary duty to their clients, *ABKCO Music,*

Inc. v Harrisongs Music Ltd., 722 F.2d 988, 994 (2d Cir. 1983) (finding relationship between artist and business manager to be "that of principal and agent, and that the relationship was fiduciary in nature."). However, it is the actual nature of the relationship between the parties giving rise to the causes of action, rather than semantics, that determines which party is correct. The fact that Mitnick is a certified public accountant is not dispositive. "While it is true that the [c]ourts do not generally regard the accountant-client relationship as a fiduciary one,' where the allegations include knowledge and concealment of illegal acts and diversions of funds ..., a [breach of fiduciary duty] cause of action against an accountant will be permitted to stand." *Nate B. & Frances Spingold Foundation v Wallin, Simon, Black & Co.*, 184 A.D.2d 464, 585 N.Y.S.2d 416, 417 (N.Y. App. Div 1992) (quoting *Fund of Funds v Andersen & Co.*, 545 F. Supp. 1314, 1356 (S.D.N.Y. 1982)). Thus, the Court must consider whether the claims sound in malpractice or arise from a fiduciary relationship.

Malpractice is defined in Black's Law Dictionary as "an instance of negligence or incompetence on the part of a professional." Black's Law Dictionary 971 (7th ed. 1999). Plaintiff's claims against Mitnick are not based on any lack of skill in performing traditional accounting tasks, such as providing bookkeeping services, preparing tax returns, and reconciling bank accounts. Rather, most claims are based on an alleged duty that Mitnick owed plaintiff to alert him to any inappropriate transfers of his income; such duty arose, if at all, from Mitnick's position of trust and his alleged agreement to act on behalf of plaintiff in all financial matters. A New York court described a fiduciary relationship as one "which results from a manifestation of consent by one person to another that the other shall act on his behalf and subject to his control, and the consent by the other to act. It is a relationship whereby one retains a degree of direction and control over another." *Meese v Miller*, 79 A.D.2d 237, 436 N.Y.S.2d 496, 499 (N.Y. App. Div 1981) (citations and internal quotation marks omitted). Looking at the facts in the light most favorable to the nonmoving party, defendants have not shown that the claims are in essence malpractice claims; at a minimum, there is a genuine issue of material fact as to the nature of Mitnick and plaintiff's relationship that precludes summary judgment based on the three-year limitations period for malpractice claims. Defendant argues, nevertheless, that each of plaintiff's claims are still time-barred in whole or in part, or otherwise defective. (Defs.' Reply Mem. 1.) The Court therefore turns to the claims themselves to determine which, if any,

are time-barred or subject to dismissal on alternative grounds.

2. Fraud and Deceit (Claim I)

Defendants move to dismiss plaintiff's fraud claim on two grounds: first, it is duplicative of a malpractice claim and thus time-barred by a three-year limitations period and second, plaintiff failed to plead the claim with particularity as required by *Rule 9(b) of the Federal Rules of Civil Procedure*. As discussed above, plaintiff's claim of fraud is not subject to the malpractice limitations period. The statute of limitations for fraud is six years from the date the fraud occurred. N.Y. C.P.L.R. § 213(8); *Ghandour v Shearson Lehman Bros., Inc.*, 213 A.D.2d 304, 624 N.Y.S.2d 390, 391 (N.Y. App. Div 1995). However, a Court will not apply the six-year statute of limitations if the claim of fraud is merely incidental to another claim with a shorter limitations period. See *Powers Mercantile Corp. v Feinberg*, 109 A.D.2d 117, 490 N.Y.S.2d 190, 192 (N.Y. App. Div 1985). In analyzing whether the allegations of fraud are incidental, a Court must examine the viability of the fraud cause of action. See *Kaufman*, 760 N.Y.S.2d at 165.

"To state a cause of action for fraud [based on misrepresentation], a plaintiff must show an intentional misrepresentation of a material fact resulting in some injury." *Held v Kaufman*, 91 N.Y.2d 425, 694 N.E.2d 430, 433, 671 N.Y.S.2d 429 (N.Y. 1998). A claim for fraud based on concealment, in addition to a showing of an intentional failure to disclose a material fact reasonably resulting in injury, requires plaintiff to demonstrate that defendant had a duty to disclose material information. *Swersky v Dreyer & Traub*, 219 A.D.2d 321, 643 N.Y.S.2d 33, 36 (N.Y. App. Div 1996). Where a fiduciary relationship exists, "the mere failure to disclose facts which one is required to disclose may constitute actual fraud, provided the fiduciary possesses the requisite intent to deceive." *Whitney Holdings, Ltd. v Givotovsky*, 988 F. Supp. 732, 748 (S.D.N.Y. 1997). Plaintiff's complaint, in stating the cause of action, only alleges general "fraudulent conduct." (Am. Compl. P 23.) Earlier in the Amended Complaint, however, plaintiff alleges that "defendants continually assured plaintiff that all of his money was being collected, accounted for and disbursed by them in their fiduciary capacity as necessary and appropriate." (Id. P 12.) The complaint further states that "defendants wrongfully withheld complete information from plaintiff concerning their receipt and disbursement of plaintiff's money, and defendants willfully and fraudulently concealed their wrongdoing from plaintiff and prevented him from learning of the

fraud." (Id. P 18.) If adequately plead, these allegations would be sufficient to state a viable cause of action for fraud, and such a cause of action is subject to a six-year limitations period. Thus, the claim to recover for fraudulently concealed conveyances to Lewis occurring on or after January 28, 1999 would be timely(1).

However, the allegations in the complaint must also comply with the heightened pleading standards of Rule 9(b), which requires averments of fraud to be "stated with particularity." See 5A Charles Alan Wright & Arthur R. Miller, *Federal Practice and Procedure* § 1297 (3d ed. 2004) ("Rule 9(b) is a special pleading requirement, [...] [which] govern[s] in all civil actions, including all suits in which subject matter jurisdiction is based on diversity of citizenship [and] [...] the law of the state in which the district court sits will control the content of the elements of a fraud claim."). This heightened pleading requirement is designed to further three goals: "(1) providing a defendant fair notice of plaintiff's claim, to enable preparation of defense; (2) protecting a defendant from harm to his reputation or goodwill; and (3) reducing the number of strike suits." *DiVittorio v Equidyne Extractive Indus. Inc.*, 822 F.2d 1242, 1247 (2d Cir. 1987).

For affirmative misrepresentations, the Second Circuit has held this rule to require allegations that "(1) specify the statements that the plaintiff contends were fraudulent, (2) identify the speaker, (3) state where and when the

Note:

(1) Plaintiff further argues that he is entitled to equitable tolling of his claims, such that he can recover for fraud occurring over six years before the complaint was filed, during his entire relationship with defendants. See *Meridian Int'l Bank v Liberia*, 23 F. Supp. 2d 439, 446 (S.D.N.Y. 1998) (plaintiff benefits from equitable tolling where "some action on the [defendant's] part made it such that the [plaintiff was] unaware that the cause of action existed."). Plaintiff is mistaken that he can benefit from equitable tolling on his fraud claim. "The Statute of Limitations for actual fraud is six years from the commission of the fraud or two years from the time of discovery." *Mechanical Plastics Corp. v Rawlplug Co.*, 119 A.D.2d 641, 501 N.Y.S.2d 85, 88 (N.Y. App. Div 1986) (citing N.Y. C.P.L.R. §§ 213(8), 203(f)); *Dull v South New Berlin Valley Supply, Inc.*, 80 A.D.2d 946, 438 N.Y.S.2d 25, 26 (N.Y. App. Div 1981); *Glynwill Invs., N.V. v Prudential Sec., Inc.*, No. 92 Civ 9267 (CSH), 1995 U.S. Dist. LEXIS 8262, 1995 WL 362500, at *4 (S.D.N.Y. June 16, 2005) ("applicability of [the equitable tolling] doctrine cannot extend the limitations period beyond the two years prescribed by the statute" (citing *Riis v Mfrs. Hanover Trust Co.*, 632 F. Supp. 1098, 1105 (S.D.N.Y. 1986))). Plaintiff concedes that he had knowledge of the facts giving rise to his fraud claims by April 2000, well more than two years before the filing of this complaint. (Pl.'s Opp'n Br. 5-10.) Therefore, the doctrine of equitable tolling does not allow him in this case to assert claims more than six years past the date of the fraud. However, the Court declines to decide whether it should treat the alleged fraudulent acts as a single continuous fraudulent scheme, in which case the limitations period for the entire scheme (from 1995 to 2000) would only begin to accrue on the date of the final fraudulently concealed conveyance. The parties have not properly briefed this question.

statements were made, and (4) explain why the statements were fraudulent.” *Novak v Kasaks*, 216 F.3d 300, 306 (2d Cir. 2000); *Mills v Polar Molecular Corp.*, 12 F.3d 1170, 1175 (2d Cir.1993). Where there are multiple defendants, the plaintiff must plead fraud with particularity as to each defendant who allegedly made misrepresentations. See *DiVittorio*, 822 F.2d at 1247; *In re Livent, Inc. Sec. Litig.*, 78 F. Supp. 2d 194, 213 (S.D.N.Y. 1999) (“[Fraud] claim may not rely upon blanket references to acts or omissions by all of the defendants, for each defendant named in the complaint is entitled to be appraised of the circumstances surrounding the fraudulent conduct with which he individually stands charged.”). Plaintiff’s bare allegation that “defendants continually assured plaintiff that all of his money was being collected, accounted for and disbursed” appropriately neither describes any specific statements, states when or where such statements were made, nor identifies which of the several defendants made the allegedly fraudulent statements. As such, it fails to meet the pleading standards of Rule 9(b). However, it is usual when dismissing a claim based on a lack of sufficient particularity under Rule 9(b) to allow plaintiff to amend the deficient pleading. See 5A Wright § 1300; *Koehler v Bank of Bermuda (New York), Ltd.*, 209 F.3d 130, 138 (2d Cir. 2000) (“Leave to amend should be freely granted, especially when dismissal is based on Rule 9(b).”). The Court grants plaintiff leave to amend his allegations of affirmative misrepresentations, to the extent he is able to do so, so as to comply with the Rule 9(b) specificity requirements as set out herein.

In the case of fraudulent concealment, Rule 9(b) requires the plaintiff specify in its pleadings “(1) what the omissions were; (2) the person responsible for the failure to disclose; (3) the context of the omissions and the manner in which they misled the plaintiff, and (4) what defendant obtained through the fraud.” *Odyssey Re (London) Ltd. v Stirling Cooke Brown Holdings Ltd.*, 85 F. Supp. 2d 282, 293 (S.D.N.Y. 2000). Plaintiff alleges that Mitnick failed to inform him that money was being diverted and that Mitnick concealed the diversions in return for being allowed to pay himself as he pleased. However, plaintiff has failed to allege the context of the omissions and the manner in which they misled him. See *Adler v Berg Harmon Assoc.*, 816 F. Supp. 919, 924 (S.D.N.Y.1993) (dismissing complaint where it “failed to allege the substance and circumstances of the omission with sufficient particularity to give defendants fair notice of the claim”). To do so, plaintiff must specifically identify statements made to him by Mitnick that failed to mention the diversions to Lewis’s account, that misled him, and upon which he

relied. See *Weaver v Chrysler Corp.*, 172 F.R.D. 96, 101 (S.D.N.Y.1997); *Gould v Berk & Michaels, P.C.*, No. 89 Civ 5036 (SWK), 1991 U.S. Dist. LEXIS 10454, 1991 WL 152613, at *3 (S.D.N.Y. July 29, 1991). At this stage, the Court finds these allegations to be insufficient to satisfy the pleading requirements of Rule 9(b). However, as above, the Court grants plaintiff leave to amend its allegations of fraud based on concealment, to the extent he is able to do so, so as to comply with the Rule 9(b) specificity requirements as set out herein.

3. Unlawful Appropriation (Claim II)

The next claim asserted by plaintiff is for “unlawful appropriation.” As with fraud, plaintiff fails to distinguish between the actions of the defendants. The Amended Complaint contains no allegations that Mitnick appropriated plaintiff’s assets, for example by transferring money directly to his own accounts. The only allegation against Mitnick is that he paid himself excessive fees, which is not properly characterized as an unlawful appropriation. Even if it were, such a claim would be time-barred. While plaintiff names this claim “unlawful appropriation” and thus argues that it falls under New York’s residual limitations period provision, the Court must “look to the essence of plaintiff’s claim, not the label he chooses to tag onto it.” *Korry v Int’l Tel. & Tel. Corp.*, 444 F. Supp. 193, 195 (S.D.N.Y. 1978) (“Any other rule would allow a plaintiff to evade the strictures of limitations statutes simply by clever characterization of claims.”). Unlawful appropriation is merely a renamed claim for conversion and is thus governed by the three-year statute of limitations applicable to injury to property. See N.Y. C.P.L.R. § 214(4); *Gold Sun Shipping v Ionian Transp.*, 245 A.D.2d 420, 666 N.Y.S.2d 677, 678 (N.Y. App. Div 1997). Therefore, to the extent plaintiff has any valid claims for unlawful appropriation against Mitnick, they are time-barred.

4. Breach of Contract (Claim VI)

The statute of limitations for a cause of action based on a breach of contract is six years from the date of the breach. N.Y. C.P.L.R. § 213(2) (“action upon a contractual obligation or liability, express or implied” governed by six-year limitations period); *Ely-Cruikshank Co. v Bank of Montreal*, 81 N.Y.2d 399, 615 N.E.2d 985, 987, 599 N.Y.S.2d 501 (N.Y. 1993) (breach of contract limitations period “begins to run from the time when liability for wrong has arisen even though the injured party may be ignorant of the existence of the wrong or injury” (citations

and internal quotation marks omitted)). Plaintiff alleges that “Berdon and Mitnick breached their business management contract with plaintiff by permitting Lewis and Entertainment to divert plaintiff’s income into their accounts and by failing to advise plaintiff of this fact.” (Am. Compl. P 43.) To the extent contractual terms actually govern the receipt and transfer of plaintiff’s income, such that transfers to Lewis and his company breached those terms, then such breaches would be subject to a six-year limitations period. However, only breaches (that is, transfers in contravention of contractual terms) occurring within six years from the date this lawsuit was filed, or after January 28, 1999, are within the limitations period(2).

More problematic is plaintiff’s failure to attach the contract between the parties or otherwise specify any of its terms and the way in which Mitnick breached those terms. Rule 8(a)(2) of the Federal Rules of Civil Procedure requires a complaint to contain “a short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled to relief.” Even under this liberal pleading standard, “plaintiff must disclose sufficient information to permit the defendant ‘to have a fair understanding of what the plaintiff is complaining about and to know whether there is a legal basis for recovery.’” *Kittay v Kornstein*, 230 F.3d 531, 541 (2d Cir. 2000) (citing *Ricciuti v New York City Transit Auth.*, 941 F.2d 119, 123 (2d Cir. 1991)). This requires allegations of, “[a]t a minimum, the terms of the contract, each element of the alleged breach and the resultant damages.” *Kaplan v Aspen Knolls Corp.*, 290 F. Supp. 2d 335, 337 (E.D.N.Y. 2003). Plaintiff entirely fails to specify whether he is alleging a breach of explicit contractual provisions, and if so, what those provisions might say. Therefore, the Court dismisses without prejudice plaintiff’s contract claim as insufficiently pled. Plaintiff is granted leave to amend the complaint, if he is able to do so, to properly allege the explicit terms of any contract upon which he wishes to base a breach of contract claim. If, instead, plaintiff is attempting to imply a contractual term disallowing transfers in violation of an alleged fiduciary duty, this claim is properly categorized as a breach of fiduciary claim seeking monetary relief, and will be discussed below.

5. Breach of Fiduciary Duty (Claim III)

New York law does not provide a single statute of limitations period for a breach of fiduciary duty claim. Instead, the applicable limitations period depends upon the substantive remedy sought. *Loengard v Santa Fe Indus.*,

Inc., 70 N.Y.2d 262, 514 N.E.2d 113, 115, 519 N.Y.S.2d 801 (N.Y. 1987). A shorter three-year limitations period applies where monetary relief is sought; a longer six-year limitations period applies where the relief sought is equitable in nature. *Carlingford Center Point Assocs. v MR Realty Assocs., L.P.*, 4 A.D.3d 179, 772 N.Y.S.2d 273, 274 (N.Y. App. Div 2004). If time began to accrue at the latest in early 2000, then a claim under the shorter limitations period would be time-barred while a claim under the longer period would be timely, at least in part. Plaintiff’s claim for breach of fiduciary duty seeks compensatory damages for Mitnick’s failure to tell him that his income was being diverted in violation of Mitnick’s fiduciary duty. No equitable relief is being sought. Thus, Claim III would ordinarily be governed by the shorter limitations period and be time-barred. Likewise, plaintiff’s claim for damages based on allegedly excessive fees charged in violation of Mitnick’s fiduciary duty would also be time-barred. See *Merine ex rel. Prudential-Bache Util. Fund v Prudential-Bache Util. Fund*, 859 F. Supp. 715, 725 (S.D.N.Y. 1994) (plaintiff’s claim to recover for excessive fees based on breach of fiduciary duty governed by three-year limitations period).

However, the shorter limitations period applicable to claims for legal relief is subject to exceptions. A breach of fiduciary cause of action based on actual fraud or a breach of contract, even seeking monetary damages, is governed by a longer six-year limitations period. See *Kaufman v Cohen*, 307 A.D.2d 113, 760 N.Y.S.2d 157, 164 (N.Y. App. Div 2003) (“[A] cause of action for breach of fiduciary duty based on allegations of actual fraud is subject to a six-year limitations period.”); *Kaszirer v Kaszirer*, 286 A.D.2d 598, 730 N.Y.S.2d 87, 88 (N.Y. App. Div 2001) (where breach of fiduciary duty cause of action “does not allege fraud or breach of any particular [contractual] provision, [...] [it is] properly held to be subject to a three-year, not a six-year, limitations period.”). The applicability of the longer limitations period depends on the viability

Note:

(2) The New York Court of Appeals has declined to extend the limitations period for breach of contract claims where plaintiff was ignorant of the injury. See *Ely-Cruikshank Co.*, 615 N.E.2d at 988 (refusing to extend “highly exceptional discovery notion to general breach of contract actions”). Thus, plaintiff may only recover for breaches occurring within six years of the filing of the complaint. Nor is this result overly harsh, as by plaintiff’s own estimation, he waited almost five years from discovering the injury before bringing this complaint, far beyond the two-year discovery extension the Court might apply pursuant to N.Y. C.P.L.R. § 203(f). See *Glynwill Invs.*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 8262, 1995 WL 362500, at *4 (applying two-year limitations period accruing from date of discovery to breach of contract claim and barring claim as untimely).

ty of these other allegations (set out as distinct causes of action in plaintiff's Amended Complaint), which the Court addressed above. See, e.g., *Kaufman*, 760 N.Y.S.2d at 165 (looking to viability of fraud claim in determining which limitations period applies). Thus, should plaintiff successfully amend his complaint to assert viable fraud and contract claims, he may thereby be able to assert breach of fiduciary duty claims that are subject to a six-year limitations period. At present, however, plaintiff's breach of fiduciary duty claim is subject to a three-year limitations period and shall be dismissed.

6. Unjust Enrichment (Claim IV)

A claim of unjust enrichment is governed by a six-year statute of limitations under New York's residual limitations period statute. See N.Y. C.P.L.R. § 213(1); *Elliott v Qwest Communications Corp.*, 25 A.D.3d 897, 808 N.Y.S.2d 443, 445 (N.Y. App. Div 2006); *Chanler v Roberts*, 275 A.D.2d 625, 713 N.Y.S.2d 681, 681 (N.Y. App. Div 2000). However, if the unjust enrichment claim is merely incidental to or duplicative of another claim with a shorter limitations period, the Court will not allow a plaintiff to avail himself of the longer limitations period. See, e.g., *Spinale*, 765 N.Y.S.2d at 786. Under New York state law, the basic elements of an unjust enrichment claim are: "1) defendant was enriched; 2) such enrichment was at the expense of the plaintiff; and 3) the circumstances were such that in equity and good conscience the defendant should make restitution." *Chase Manhattan Bank v Banque Intra, S.A.*, 274 F. Supp 496, 499 (S.D.N.Y. 1967) (citing *Miller v Schloss*, 218 N.Y. 400, 113 N.E. 337 (N.Y. 1916)). Plaintiff's Amended Complaint states only that "[d]efendants have been unjustly enriched at plaintiff's expense," and fails to distinguish between the defendants. (Am. Compl. P 35.) Plaintiff may not recover from Mitnick the money diverted to Lewis under a theory of unjust enrichment, as Mitnick was not unjustly enriched by those transfers. The only other potential claim apparent from the Amended Complaint is that Mitnick was unjustly enriched by paying himself excessive fees from plaintiff's income. Because Mitnick was able to do so solely on account of his fiduciary relationship with plaintiff, through which he was able to control plaintiff's income, the claim is, in essence, for damages based on a breach of fiduciary duty. As stated above, the present claim for breach of fiduciary duty seeks monetary damages for excessive fees, is not premised on a well-pled fraud or contract claim, and, therefore, is subject to a three-year limitations period. See *Merine ex rel. Prudential-Bache Util. Fund*, 859

F. Supp. at 725. If, instead, plaintiff's assertion that Mitnick was paid excessive fees is based on explicit (but unalleged) contractual language, then the unjust enrichment claim must be dismissed as duplicative of a breach of contract claim, under which plaintiff would be required to proceed. See *Goldner v Possilico*, 7 A.D.3d 666, 776 N.Y.S.2d 818, 820 (N.Y. App. Div 2004) (dismissing claim to recover damages for unjust enrichment where it was duplicative of breach of contract claim). Therefore, plaintiff fails to state a non-duplicative and timely cause of action for unjust enrichment.

7. Equitable Relief

a. Accounting (Claim V)

Plaintiff seeks two equitable remedies for which he may be entitled to a six-year limitations period: an accounting and the imposition of a constructive trust. Defendant argues that an accounting is governed by the three-year limitations period where its only purpose is to calculate damages and it is not authorized by statute. See *Carlingford Ctr. Point Assocs*, 772 N.Y.S.2d at 275 ("Since plaintiffs primarily seek damages, and pursue an accounting merely to determine the amount of such damages, the motion court properly applied the shorter, three-year limitations period, which bars plaintiffs' breach of fiduciary duty claims."). First, plaintiff has an understandable interest in accounting for "all sums of money which came into [Mitnick's] possession or were disbursed by [him] during the course of the relationship" that extends beyond a calculation of potential damages against Mitnick. (Am. Compl. P 39.) Second, the Court finds the more important inquiry not to focus on the purpose of the accounting, but instead on whether plaintiff has properly alleged facts entitling him to an accounting. See *Bouley v Bouley*, 19 A.D.3d 1049, 797 N.Y.S.2d 221, 223 (N.Y. App. Div 2005) (holding that while a six-year limitations period applies to a breach of fiduciary duty claim seeking an accounting, plaintiff had not adequately alleged entitlement to that equitable remedy); *Yandel v Loeb & Troper*, 84 A.D.2d 710, 443 N.Y.S.2d 959, 960 (N.Y. App. Div 1981) (same). "The basis for an equitable action for accounting is the existence of a fiduciary or trust relationship respecting the subject matter of the controversy ... The fiduciary relationship necessary to obtain an accounting is created by the plaintiff entrusting to the defendant some money or property with respect to which the defendant is bound to reveal his dealings." *Stevens v St. Joseph's Hospital*, 52 A.D.2d 722, 381 N.Y.S.2d 927, 928-929 (N.Y.

App. Div 1976) (citations omitted). Plaintiff properly alleges the existence of a fiduciary relationship regarding management of his finances and that he entrusted Mitnick with his money, thus entitling him to an accounting. Therefore, the Court holds that plaintiffs claim for an accounting is governed by the six-year limitations period and is timely.

b. Constructive Trust (Claim VII)

Whether plaintiff is entitled to a constructive trust subject to a six-year limitations period likewise depends on whether and to what extent plaintiff can properly allege the elements of that claim. See *Pate v Pate*, 17 A.D.3d 334, 791 N.Y.S.2d 849 (N.Y. App. Div 2005) (cause of action to impose a constructive trust governed by the six-year statute of limitations beginning to run upon occurrence of wrongful act, but subject to equitable tolling); *Mazzone v Mazzone*, 269 A.D.2d 574, 703 N.Y.S.2d 282, 283 (N.Y. App. Div 2000). Under New York law, a party claiming entitlement to a constructive trust must ordinarily establish: "(1) a confidential or fiduciary relation, (2) a promise, (3) a transfer in reliance thereon and (4) unjust enrichment." *Sharp v Kosmalski*, 40 N.Y.2d 119, 351 N.E.2d 721, 723, 386 N.Y.S.2d 72 (N.Y. 1976). However, as an equitable remedy, imposition of a constructive trust is "not rigidly limited" to these factors. *Simonds v Simonds*, 45 N.Y.2d 233, 380 N.E.2d 189, 194, 408 N.Y.S.2d 359 (N.Y. 1978). A constructive trust is imposed on sums transferred to a fiduciary in reliance on a promise by which he or she is unjustly enriched. Therefore, plaintiff is not entitled to a constructive trust imposed on Mitnick for sums transferred to Lewis, as the sums were not transferred to Mitnick and he was not unjustly enriched thereby. (See Am. Compl. P 50.)

However, plaintiff may be entitled to a constructive trust over the funds paid to Mitnick in excess of reasonable fees under a business management relationship. While plaintiff himself did not transfer funds to Mitnick in reliance on a promise, Mitnick allegedly enriched himself by paying his firm excess fees without plaintiff's knowledge and in violation of his fiduciary duty(3). These allegations are sufficient to state a cause of action for a constructive trust over these funds, and such a claim is subject to a six-year limitations period and timely. See *Beatty v Guggenheim Exploration Co.*, 225 N.Y. 380, 122 N.E. 378, 380 (N.Y. 1919) (Cardozo, J.) ("A constructive trust is the formula through which the conscience of equity finds expression. When property has been acquired in such circumstances that the holder of the legal title may

not in good conscience retain the beneficial interest, equity converts him into a trustee.").

Conclusion

For the foregoing reasons, defendants' motion for summary judgment is granted in part and denied in part. Plaintiff's claims of fraudulent misrepresentation and concealment are dismissed without prejudice as insufficiently pled under Rule 9(b), with leave to amend to the extent amendment could cure the defect. Plaintiff's contract claim is also dismissed without prejudice as insufficiently pled, with leave to amend, if possible, to specify the terms of the contract and how they were breached by Mitnick. Plaintiff's claims of unlawful appropriation, unjust enrichment, and breach of fiduciary duty seeking monetary damages are dismissed as time-barred or otherwise defective. However, the breach of fiduciary duty claim may be revived to the extent that plaintiff is able to amend his complaint to state an underlying fraud or breach of contract. Plaintiff's claim for an accounting is timely. Plaintiff's claim for a constructive trust is also timely, but is limited to money unjustly received by Mitnick in breach of fiduciary duty.

Note:

(3) To the extent plaintiff's claim to recover the allegedly excessive fees paid arises from a contractual provision, plaintiff has an adequate legal remedy and may not seek to impose a constructive trust over those excessive fees. See *Bertoni v Catucci*, 117 A.D.2d 892, 498 N.Y.S.2d 902, 905 (N.Y. App. Div 1986) ("As an equitable remedy, a constructive trust should not be imposed unless it is demonstrated that a legal remedy is inadequate."); see also *Superintendent of Ins. v Ochs (In re First Cent. Financial Corp.)*, 377 F.3d 209, 215 (2d Cir. 2004); *Evans v Winston & Strawn*, 303 A.D.2d 331, 757 N.Y.S.2d 532, 534 (2003).

Guernsey – Royal Court

Modifica di trust in favore di beneficiario incapace

Trust – legge di Guernsey – beneficiario incapace – modifica dell'atto di trust – spettanze solo reddituali

Il giudice può autorizzare la modifica di un trust di accumulazione e mantenimento sottoposto al diritto di Guernsey che attribuisca ad uno dei beneficiari una posizione *vested* su metà del fondo vincolato al raggiungimento di una certa età, quando, essendo il medesimo beneficiario autistico, e quindi incapace di amministrare un patrimonio, costituisce interesse del beneficiario stesso una modificazione tale per cui egli mantenga sole spettanze reddituali, mentre il capitale debba continuare ad essere investito dal trustee a suo vantaggio.

■ **Royal Court, P. J. Talbot, Esquire, Q.C., Lieutenant Bailiff, Bisson, Tanguy, Mowbray, Giurati, 29 agosto 2007 [In re the H Trust]**

NOTE

In molti ordinamenti che disciplinano i trust il giudice può autorizzare il trustee a modificare le disposizioni dell'atto istitutivo di trust o a compiere negozi che l'atto istitutivo non gli consentirebbe di compiere; il giudice può anche annullare o dichiarare nulli atti compiuti dal trustee in modo che essi non producano effetti pregiudizievoli per il trust (in applicazione della regola *Hastings-Bass*(1)), o disporre che una certa clausola dell'atto istitutivo sia "rettificata" (*rectification*) o liberare il trustee dalla responsabilità conseguente ad atti o fatti a lui imputabili(2).

Si tratta di manifestazioni del rapporto strettissimo fra il giudice e qualsiasi trust (norme particolari riguardano i *charitable trust*), che quasi attribuiscono un carattere pubblicistico alle funzioni del trustee, onde correttamente alcune leggi parlano di "office" e da noi si è fatto riferimento alla nozione di ufficio di diritto privato.

Di particolare interesse sono la procedura e i criteri seguiti quando si tratti di modificare un atto istitutivo per apportare un "beneficio" a un soggetto incapace: il presupposto è che, qualora il trustee segua le disposizioni dell'atto istitutivo, tale soggetto sopporterebbe un danno, cosicché la modificazione si rende necessaria per adeguare la disciplina negoziale a eventi che il disponente certamente non aveva preso in considerazione al momento dell'istituzione del trust.

La materia è regolata in Guernsey dalla *sect. 52* della *Trusts Law*(3). Il Procuratore regio, il trustee, il disponente, un beneficiario, il guardiano e chiunque altro la corte ritenga può sottoporre al giudice una proposta di variazione dell'atto istitutivo che modifichi o rimuova gli effetti dell'atto stesso o modifichi i poteri dei trustee, a condizione che l'effetto di tale proposta sia di apportare un "benefit" a un minore o a persone altrimenti incapaci che siano titolari di una qualsiasi posizione beneficiaria o a persone non nate o a persone che potrebbero essere titolari in futuro di una posizione beneficiaria per effetto o dell'atto istitutivo o (ma in questo caso il requisito del "benefit" non è richiesto) dell'esercizio di un potere discrezionale spettante al trustee(4).

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale.

Note:

(1) È la cosiddetta "rule in *Hastings-Bass*", fondata sulla pronuncia *Re Hastings-Bass (deceased)*. *Hastings v IRC* [1975] Ch. 25.

(2) Più ampiamente v. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, §§ 51, 150, 156.

(3) Il cui testo può essere consultato in questa Rivista, 2008, 320.

(4) "52.(1) The court, on the application of any person mentioned in section 63(2), on behalf of –
(a) a minor or a person under legal disability having, directly or indirectly, an interest, vested or contingent, under a trust;

(segue)

Nel caso deciso dalla sentenza qui riportata, si trattava di un trust istituito nel 1990 da un padre in favore dei suoi due figli, un ragazzo e una ragazza, che allora avevano, rispettivamente, tre anni e un anno. Il figlio ha ora 19 anni e ha sviluppato una sindrome autistica. Sulla base delle perizie esplesate, la Corte lo ritiene incapace sia di maneggiare danaro sia di incaricare un avvocato per rappresentarlo in questo giudizio e quindi gli nomina un curatore e questi dà mandato a un avvocato. La figlia ha 17 anni. Dato che, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo, è possibile che sopravvengano altri beneficiari, la Corte nomina un avvocato per tutelare gli interessi di costoro (che potrebbero anche non venire mai in esistenza). I provvedimenti ora riferiti sono quelli normalmente assunti in relazione a procedimenti che possono toccare interessi di incapaci o di persone non nate e non concepite.

Circa il merito, occorre premettere che il trust in questione è un classico trust di accumulazione e mantenimento (*accumulation and maintenance trust*): il figlio diverrebbe beneficiario del reddito al termine del periodo di accumulazione (novembre 2011) e beneficiario *vested* di metà del capitale circa un anno dopo, al compimento del venticinquesimo anno di età; similmente la sorella. La modificazione proposta consiste nel rimuovere la posizione beneficiaria del figlio sul fondo, senza tuttavia modificare le sue spettanze reddituali. In altre parole: il figlio rimane solo beneficiario del reddito, che il trustee ha il potere di impiegare a suo vantaggio; la sua assistenza potrà essere assicurata, così come il suo mantenimento, direttamente dal trustee e il capitale continuerà a essere investito. A quanto pare, questa soluzione presenta anche vantaggi tributari, che la Corte enuncia, ma sui quali pudicamente non si sofferma.

Il testo pubblicato della sentenza è stato reso anonimo dalla Corte per ragioni di riservatezza e per le stesse ragioni la Corte non si è soffermata sui particolari delle variazioni da apportare (v. il n. 25 della motivazione), ma questo rende la decisione non particolarmente perspicua.

Un altro dato singolare consiste nella parte finale della sentenza, laddove la Corte, rilevando che è la prima volta che si applica la *sect. 52* della *Trusts Law*, si allontana dal caso specifico e detta una serie di regole per il futuro circa l'approvazione giudiziale di modificazioni di atti istitutivi di trust.

Avendo rilevato, nel corso della motivazione, che la *sect. 52* contiene regole molto simili a quelle del Va-

riation of *Trusts Act* inglese del 1958(5), la Corte ritiene che i precedenti giudiziari inglesi possano essere seguiti in Guernsey e che lo stesso valga per i precedenti di Jersey. Sulla base di questo corpo di pronunce si può allora definire il "benefit" in senso ampio, che comprende anche vantaggi non di natura economica: togliere a un beneficiario un diritto, come nella specie decisa, è allora un "benefit" perché previene i danni che egli infliggerebbe al proprio patrimonio qualora avesse accesso al capitale segregato nel trust.

(M.L.)

TESTO DELLA SENTENZA

Introduction

1. On 5th July 2007 there were two applications before the Court, the principal application being made under Section 52 of the *Trusts (Guernsey) Law, 1989*, ("the *Trusts Law*"), seeking the approval of the Royal Court of a proposed variation of a Guernsey trust.

2. This Judgment is now released to the public in an anonymised form so as to preserve the anonymity of the parties, which, in our view, is in the best interests of the parties, and of the H Trust to which the applications relate, ("the Trust").

3. The applications were heard in chambers on Thursday 5 July 2007. We gave a summary of our conclusions on the principal application on that day and said that we would give our reasons later. On the principal application we declared that the arrangement for the variation of the Trust, to which the principal application related, was approved.

4. Except where an issue is a pure matter of law, (which

Note:

(continua nota 4)

(b) any person unborn;

(c) any person, ascertained or not, who may become entitled, directly or indirectly, to an interest under a trust, as being (at a future date or on the happening of a future event) a person of any specified description or a member of any specified class; or

(d) any person, in respect of an interest that may accrue to him by virtue of the exercise of a discretionary power on the failure or determination of an existing interest,

may, subject to subsection (2), approve any arrangement which varies or revokes the terms of a trust or enlarges or modifies the powers of management or administration of any trustees, whether or not there is another person with a beneficial interest who is capable of assenting to the arrangement.

(2) The court shall not approve an arrangement on behalf of a person mentioned in subsection (1)(a), (b) or (c) unless the arrangement appears to be for his benefit."

(5) In Italia abbiamo un precedente che applica questa legge inglese a un trust interno: Trib. Firenze, 7 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 85.

it is solely the responsibility of the Lieutenant Bailiff as the presiding judge to decide,) this is the Judgment of the Royal Court, including the Jurats.

5. Adopting the procedure outlined by Deputy Bailiff Carey, (as he then was,) in the application of *Kleinwort Benson (Trustees) (Guernsey) Limited, In re Mr and Mrs W's 1966 Settlement* (1998) 25 GLJ 24, under which the presiding Judge and the Jurats retire together to reach, if they can, a common mind as to how the Court's discretion in particular cases involving the supervision of, or intervention in, Guernsey trusts should be exercised, we retired together to consider the principal application. The Lieutenant Bailiff decided that this procedure was suitable for an application to the Royal Court, like the principal application, for the approval of an arrangement to vary a Guernsey trust under the express statutory power given to the Court in Section 52 of the Trusts Law.

6. By Section 52 of the Trusts Law, (which essentially mirrors section 1 of the English Variation of Trusts Act, 1958,):

(1) The Court, on the application of any person mentioned in section 63(2), on behalf of:-

(a) a minor or person under a legal disability having, directly or indirectly, an interest [...] under a trust;

[...]

may, subject to sub-section (2), approve an arrangement which varies or revokes the terms of a trust or enlarges or modifies the powers of management or administration of any trustees, whether or not there is another person with a beneficial interest who is capable of consenting to the arrangement.

(2) The Court shall not approve an arrangement made on behalf of a person mentioned in sub-section 1(a) [...] unless the arrangement appears to be for his benefit.

7. The applications in this case were made by the present sole trustee of the Trust, a Guernsey trust company, ("the trustee"), being a legal person in a category named in Section 63(2) of the Trusts Law. Advocate Paul Richardson represented the trustee, which became the sole trustee of the Trust early in 2005.

8. The Trust was formed by a Deed of Settlement dated 30th November 1990, made by a male settlor, ("the Settlor"), ("the Trust Deed"), primarily to provide for his two children by his marriage, the elder of whom is a son, who was born on 3rd September 1987, ("the son") and the younger, a daughter, who was born on 16th August 1989, ("the daughter"). Where necessary, we shall refer to the son and the daughter together as the "Principal Beneficiaries". The Settlor is still living, but his wife died in October 2006.

9. The principal application was made as a result of the health of the son, who suffers from Asperger's syndrome,

which is an autistic spectrum disorder. The son is now 19 years old, and has, therefore, attained his legal majority.

10. A preliminary question arose whether the son was under a legal disability within the meaning of Section 52(1)(a) of the Trusts Law because of his medical condition. The Jurats determined this question of fact at the commencement of the hearing on 5th July 2007, on the basis of the affidavit evidence then before the Court, including evidence from (i) the Settlor, (ii) Mr. Richardson, (iii) an educational psychologist, and (iv) a psychiatrist. The evidence established that the son had educational, behavioural and other learning difficulties, that he had no real concept of the value of money and that he would not be able to give instructions to an Advocate about the proposed variation of the Trust or to understand, in an informed way, the basis of the principal application.

11. After the Lieutenant Bailiff had summed up the facts established by the affidavits, to which we have referred, and the law relating to mental capacity and legal disability in the context of a party to the principal application, the Jurats found as a fact that the son was under a legal disability within the meaning of section 52(1)(a) of the Trusts Law. It followed, therefore, that he was unable to give instructions relating to, or to consent to the relief claimed in, the principal application, and that he would have to be separately represented by an Advocate instructed by a specially-appointed guardian.

12. Immediately after the finding had been made that the son was under a legal disability, Advocate Nick Barnes was appointed by the Court as special guardian of the son so that instructions could be given on behalf of the son for the purposes of the principal application. This appointment of a limited scope was both cost-saving and procedurally simple and avoided the need for an application for the appointment of a guardian of the son under the Curatelle Rules.

13. Since the son was under a legal disability, in order for Section 52 of the Trusts Law to be duly satisfied, the arrangement to vary the trusts of the Trust had to be approved, if the Court so decided, on his behalf, as well as on behalf of others, including the daughter.

14. The daughter was 17 years old at the time of the hearing and was, therefore, still a minor, upon whose behalf the Court was asked to approve the arrangement to vary the trusts of the Trust under Section 52.

15. The son, acting by Mr. Barnes as his guardian, was represented before us by Advocate Catherine Fooks. The daughter was represented before us by Advocate John Loveridge. We also heard submissions from Advocate Mark Ferbrache representing the interests of any unborn or unascertained beneficiaries under the Trust, upon whose behalf we were also required to approve the arrangement.

16. As set out in the Executive Summary prepared for

the Court by Mr. Richardson, on the present terms upon which the assets of the Trust are held, the son will become beneficially entitled to half the capital of the Trust on 3rd September 2012 and will also become entitled to a share of income on the expiration of the accumulation period on 30th November 2011. We were told by Mr. Richardson, Counsel for the trustee, that the whole trust fund was valued at approximately £1.2 million.

The question for determination by the Court

17. The main question in this case for decision by the Court was whether or not the arrangement before the Court, under which it was proposed that the trusts of the Trust would be varied, appeared to be for the benefit of the son, the daughter and any future beneficiaries, whether unborn or unascertained, and, if so, whether it should be approved by us on their behalf under the terms of Section 52 of the Trusts Law.

A short summary of the material terms of the Trust

18. The Trust Deed established an accumulation and maintenance settlement in a form sometimes seen in this Court.

19. In summary, the assets of the Trust are held upon trusts which operate, during the lifetime of the Trust, so as to allow income to be accumulated and invested as an accretion to the capital to the trust, i.e. what we recognise as a typical Guernsey accumulation and maintenance settlement. The trustee has the power to apply all or part of the accumulated income of the trust for the maintenance, education or benefit of one or both of the Principal Beneficiaries.

20. Under the original terms of the Trust, each of the Principal Beneficiaries under the Trust would become absolutely entitled to one half share of the capital and accumulated income upon attaining the age of 25 (namely, as we have mentioned above, 3rd September 2012 for the son and 16th August 2014 for the daughter,) and prior to that date, a share of income on the expiration of the accumulation period on 30th November 2011.

21. The ultimate default beneficiaries, named in the Trust Deed, are the Settlor's brother and one of the Settlor's brothers-in-law. They were both joined as Defendants. Both of them have supplied letters to the trustee, which confirm that they agree to the proposed variation to the Trust. We read these letters as part of the affidavit evidence and, in these circumstances, we did not find it necessary for the ultimate beneficiaries to be separately represented before us.

Then law

22. In *Goulding v James* [1997] 2 All ER 239 in the Court of Appeal in England, Lord Justice Mummery said that the court has a discretion whether or not to approve a proposed variation, such discretion only being fettered by the express restriction preventing the court from approving a variation which is not for the benefit of the classes referred to in sub-sections (a), (b) or (c) of section 1 of the Variation of Trusts Act, 1958, (which provisions, we noted, mirror the material terms of section 52 of the Trusts Law). It is the exercise of this discretion which, in Guernsey, brings the principal application into the hands of the Royal Court, (comprising a presiding Judge and the Jurats,) to decide whether or not the proposed arrangement to vary the trusts of the Trust appears to be for the benefit of the son, the daughter and any unborn or unascertained beneficiaries, and whether it should, or should not, be approved.

Benefit

23. It was contended by all Counsel that the proposed variation would provide financial benefit for both the son and the daughter, and it was also submitted that the Court could also take other benefits into account, including benefit to the family as a whole of a "social" nature, namely, that it would be for the benefit of the family as a whole that the son's care should be properly set up for the future.

24. The main thrust of the argument was that there would be financial benefit for both the son and the daughter in that, should the trustee be able to retain the Trust funds after the son's 25th birthday on trust, the "gross" trust fund would be available in order to generate further investment growth and income for the Principal Beneficiaries. Further, it was argued on the basis of advice from the Trust's accountants, (which was exhibited in evidence and further explained to us in oral submissions from Counsel, and which has been further confirmed in an affidavit lodged after the hearing confirming what Counsel had submitted to us on instructions,) that the variation would make the Trust more tax - and investment - efficient.

25. In order to preserve the anonymity of these Reasons it is not, we think, appropriate for us to rehearse here in any more detail than the brief summary in the previous paragraph the details of the proposed variation. We record here, as we said in Court on 5th July 2007, that it appeared to us, and, indeed, we were satisfied, that the variation would be for the financial benefit of both the son and the daughter.

26. We also concluded that, since a small fund was being set aside and preserved, as it were, for the benefit of the unborn and unascertained "beneficiaries", represented

by Mr. Mark Ferbrache, the proposed variation also, in all the circumstances, appeared to us to be for their benefit as well. In this regard, we took into account, in particular, that the evidence established that it was, at the outset of the Trust, and it still remained, the intention of the Settlor to treat each of the Principal Beneficiaries equally, thus making it unlikely that anyone other than the Principal Beneficiaries would benefit from the Trust; and we also reminded ourselves that it was only necessary for it to appear to us that the proposed variation would provide some tangible benefit for the unborn and unascertained beneficiaries in order to satisfy the terms of section 52 of the Trusts Law. On the basis of all the affidavit evidence, we decided that it did so appear.

27. By way of final summary, we approved the proposed variation of the Trust under section 52 of the Trusts Law on behalf of the son, the daughter and any unborn or unascertained beneficiaries of the Trust, and, as we have said above, we announced our decision at the end of the oral hearing on 5th July 2007.

A Legal Footnote

28. As a legal footnote to our Reasons, and in the hope that it might be of use both to Guernsey advocates and to those employed in the administration of Guernsey trusts, a few general points about the law applicable in variation of trust cases in Guernsey now follow.

29. There are, it seems, no reported decisions in Guernsey on the proper application of Section 52 of the Trusts Law. After a careful reading of the English and Jersey cases cited to the Court, the Lieutenant Bailiff concluded that they were persuasive and that, where appropriate, they should be followed in Guernsey. Accordingly, the Royal Court will, (as is the case with the Royal Court of Jersey,) pay a close regard to the English common law authorities, since the relevant laws of the jurisdictions on variation of trusts are very similar - see *In the Matter of the Leah and Harry Osias 1980 Settlements* [1987-1988] JLR 389. Two aspects of the authorities seem to merit special mention.

30. First, whilst in cases of this sort the "benefit" which has to be "appear" to the Court is usually benefit of a financial nature, the Court can, if the circumstances so demand, take other benefits into account, and will, if necessary, give the word "benefit" a wide construction. Specific reference may be made to three cases. First, in *In re Weston's Settlements* [1969] 1 Ch. 223, the Master of the Rolls, Lord Denning, sitting in the Court of Appeal in England, said:

"The court should not consider merely the financial benefit to the infants [...] but also their educational and social benefit. There are many things in life more worth while than money."

Secondly, in *In re T's Settlement Trusts* [1964] Ch 158, a case which is of some comparative weight with regard to the principal application before us, Mr Justice Wilberforce, (as he then was,) held in the Chancery Division of the High Court in England, (at p. 162), that the advantage of postponing the age at which a minor who was irresponsible and immature would become entitled to an interest under the trust was:

"[...] the kind of benefit [...] which seems to be within the spirit of the Act."

And thirdly, in the Jersey case of *In the Matter of The Neil Ashley (1990) Settlement* [2003] JLR N9 the Royal Court of Jersey decided that a settlement containing an overriding power of appointment which was not exercisable until a principal beneficiary was 25 years old and attained an interest in possession should be varied by the court so as to allow the trustees to appoint some or all of the settlement assets to a new trust, whether governed by the law of Jersey or another jurisdiction, if that was for the benefit of the beneficiaries for tax-planning purposes.

31. Secondly, as has been mentioned above, in *Goulding v James* [1997] 2 All ER 239, Lord Justice Mummery, sitting in the Court of Appeal in England, held that the court has a discretion whether or not to approve a proposed variation, such discretion only being fettered by the express restriction preventing the court from approving a variation which is not for the benefit of the classes referred to in sub-sections (a), (b) or (c) of the Variation of Trusts Act, 1958, (which mirror those in section 52 of the Trusts Law). In the *Osias* case, (above), the Royal Court of Jersey adopted a similar approach, holding that the only limitation on discretion under the similar Jersey law provision was that the variation must, as article 43 of the Jersey Law expressly required, benefit minor and potential beneficiaries. Further, in the *Osias* case, the Court gave some interesting guidance on the circumstances when it would decline to exercise its discretion to vary a trust, such circumstances, (which the Lieutenant Bailiff thinks may only occur rarely,) being:

(i) where there is a pointless application, such as where approval is sought on behalf of a beneficiary who will never come into existence;

(ii) where the application followed the purported exercise of a power of appointment which turned out to have been exercised purely for the purpose of facilitating the application itself; and

(iii) where a settlor created protective or spendthrift trusts in order to protect the beneficiary against his own profligacy.

32. We express our thanks to all Counsel for their assistance in this matter.

Jersey

Proposta per l'ampliamento della normativa contro il riciclaggio e il finanziamento al terrorismo

■ Position Paper no. 3 2007

Implementation Of The Handbook For The Prevention And Detection Of Money Laundering And The Financing Of Terrorism

Policy response on key issues arising from Consultation Paper No. 4 2006 and preparation for implementation of the revised Money Laundering Order and Handbook

Position Paper

Contents

1 Executive Summary

2 Progress Update

3 Preparation for Implementation of the Handbook

4 Commission Policy Position

Appendices

A Glossary

B Diagram: aggregated deposits

1 - EXECUTIVE SUMMARY

Overview

1.1 Consultation Paper No. 4 2006 (Handbook for the prevention and detection of money laundering and the financing of terrorism), issued in May 2006, set out proposed revisions to the Money Laundering (Jersey) Order 1999 and the Anti-Money Laundering Guidance Notes for the Finance Sector ("Guidance Notes").

1.2 The purpose of this document is to update members of the finance industry concerning progress in revising these elements of Jersey's framework to counter money laundering and the financing of terrorism ("AML/CFT"), to set out some areas where the Commission expects regulated businesses to begin preparations for the revised requirements, and to set out the Commission's policy in response to key areas of concern raised during the consultation process.

WHO WILL BE AFFECTED?

1.3 The policy response to Consultation Paper No. 4 2006 will result in amendments to the draft Money Laundering (Jersey) Order 200-

(Jersey) Order 200- ("Money Laundering Order"), and as a result will impact all businesses carrying on financial services business (activities listed in Schedule 2 to the Proceeds of Crime (Jersey) Law 1999).

1.4 The Commission's expectations for preparations for implementation of the Money Laundering Order and Handbook for the Prevention and Detection of Money Laundering and the Financing of Terrorism ("Handbook") will be relevant to persons regulated by the Commission.

2 - PROGRESS UPDATE

Update on progress in revising the framework to counter money laundering and the financing of terrorism

Money Laundering Order and Handbook

2.1 The Commission is currently producing a revised draft of the Money Laundering Order and Handbook, which will be discussed with the AML Steering Group during April 2007. A final version of the Money Laundering Order and Handbook will then be released in June 2007, allowing businesses a six month period to implement the new measures(1).

2.2 The application of certain concessions to trust company businesses is to be revised - in line with the approach set out in Section 4 of this Position Paper. The detailed drafting to implement this position will be discussed with the AML Steering Group and interested industry bodies - before approval of the Money Laundering Order and publication of the Handbook.

2.3 Additionally, work is ongoing in relation to drafting for sector specific sections of the Handbook and for the treatment of existing customers. It is the intention of

Note:

(1) Subject to approval of the Money Laundering Order by the Minister for Treasury & Resources.

the Commission to issue draft text for discussion with industry steering groups, as well as for wider industry consultation, during 2007.

Wire transfers

2.4 The Commission has recently issued a Position Paper on implementation in Jersey of Financial Action Task Force ("FATF") Special Recommendation VII ("SR VII") on wire transfers.

Oversight of money service business

2.5 The Commission has recently published a feedback paper on implementation in Jersey of an oversight regime for money service business (in line with FATF Special Recommendation VI on alternative remittance systems).

Schedule 2 of the Proceeds of Crime (Jersey) Law 1999

2.6 As part of the work to update Jersey's anti-money laundering framework, the sectors covered by Schedule 2 of the Proceeds of Crime (Jersey) Law 1999 ("Schedule 2") (and therefore subject to the Money Laundering Order) are under review. A consultation paper proposing amendments to existing definitions and an extension of the sectors covered by Schedule 2 is to be issued shortly.

2.7 A connected consultation paper will also address proposals to oversee compliance with AML/CFT requirements by sectors listed (or to be listed) in Schedule 2.

3 - PREPARATION FOR IMPLEMENTATION OF THE HANDBOOK

Overview

3.1 In the period before the revised Money Laundering Order and revised Handbook are released, it is expected that regulated businesses will begin preparations for the new measures. In doing so, businesses should have regard to the draft Money Laundering Order and Handbook issued in May 2006 (Consultation Paper No. 4 2006), and in particular Section 2 of the Handbook concerning corporate governance requirements and the need for appropriate systems and controls to manage the risk of money laundering and terrorist financing.

3.2 The Money Laundering (Jersey) Order 1999 already requires businesses to maintain appropriate procedures of internal control to prevent money laundering and terrorist financing. The revised Money Laundering Order will also explicitly require businesses to maintain procedures for monitoring and testing the effectiveness of systems and internal controls. Regulated businesses are also required by regulatory legislation and Codes of Practice issued under regulatory legislation⁽²⁾ to have effective risk management systems and to guard against financial

crime. To this end, the Handbook will require regulated businesses to have specific safeguards in place.

3.3 Feedback received from respondents to the consultation documents (published on the Commission's website - www.jerseyfsc.org) has focused much of the revision on the customer identification and verification provisions of Section 4 of the draft Handbook, which may result in material changes to some of the detailed requirements and guidance included in Section 4. However, the Commission does not expect that the provisions set out below will be modified.

3.4 Supervision examinations performed before and during the six month implementation period, while not testing compliance with the new requirements, will consider the steps underway to achieve compliance.

Preparation for the new requirements

3.5 In preparation for the new requirements, the Commission expects regulated businesses to undertake the following measures:

Corporate governance

3.6 Perform and document an assessment of the business' exposure to money laundering and terrorist financing risk (referred to as a business risk assessment in Section 2.3 of the draft Handbook).

3.7 Establish a formal strategy and policy to protect the business and its reputation from money laundering and terrorist financing risk.

3.8 Review the adequacy of existing risk management systems and controls, in light of the business risk assessment and taking into account the level of compliance of the business (refer to Section 2.3.3 of the draft Handbook for further detail).

3.9 Ensure that policies and procedures designed to prevent and detect money laundering and terrorist financing are fully documented.

3.10 Consider whether there are internal (including cultural) barriers that inhibit the business' ability to appropriately manage money laundering and terrorist financing risk.

3.11 Ensure that responsibilities for the management of money laundering and terrorist financing risk are clearly apportioned, particularly, the responsibilities of the Money Laundering Reporting Officer and the Money Laundering Compliance Officer (refer to Sections 2.5 and 2.6 of the draft Handbook for further detail).

Note:

(2) The Financial Services (Jersey) Law 1998, the Banking Business (Jersey) Law 1991 and the Insurance Business (Jersey) Law 1996.

Customer due diligence information and customer risk assessment

3.12 Review the business' customer take-on policies and procedures to ensure that these capture the first four stages of the customer due diligence process described in Section 3.3 of the draft Handbook.

3.13 Taking into account the conclusions of the business risk assessment, develop a system of customer risk assessment appropriate for the business' customer base which will result in a risk classification being allocated to each customer (refer to Section 3 of the draft Handbook for further detail and guidance).

3.14 Where the business already has a customer risk assessment system, review this system to ensure that it continues to be appropriate for the nature of the products and services offered and for the business' customer base.

3.15 Review the business' policies and procedures in relation to the ongoing management of customer relationships, to ensure that changes in customer due diligence information are captured, and that recorded customer due diligence information, including the customer risk assessment, is updated as appropriate (refer to Section 3 of the draft Handbook for further detail and guidance).

Other preparations

3.16 Review the situation regarding the provisions to counter money laundering and terrorist financing in place in any overseas offices, branches or subsidiaries, to ensure that these are consistent with the expectations set out at Section 1.4 of the draft Handbook.

3.17 Review the business' customer monitoring policies and procedures (whether manual or automated) to ensure that these will incorporate the circumstances required by Section 5 of the draft Handbook. The revised Handbook will contain further guidance in relation to monitoring.

3.18 Review the business' money laundering and terrorist financing training and awareness programme to ensure that it addresses the business' needs and, in particular, covers the following areas:

3.18.1 Provides training concerning the business' own policies and procedures to prevent and detect money laundering and terrorist financing;

3.18.2 Raises awareness of key obligations arising from the enactments in Jersey relating to money laundering and terrorist financing;

3.18.3 Provides training in the recognition and handling of suspicious transactions or other suspicious activity; and

3.18.4 Monitors and tests the effectiveness of the training and awareness programme.

3.19 Review the system for vetting prospective relevant employees and for monitoring the competence and probity of existing relevant employees, to ensure that employees support the business' risk management systems and controls.

3.20 Review the business' record keeping policies and procedures, to ensure that these are in line with the requirements set out in Section 8 of the draft Handbook.

4 - COMMISSION POLICY POSITION**Commission policy position in response to comments received on consultation paper**

4.1 Comments received in relation to key issues highlighted by respondents to Consultation Paper No. 4 2006 (issued on 15 May 2006) are summarised below. The Commission's policy response to these issues is presented in italicised text following each issue.

4.2 The following section should be read in conjunction with Consultation Paper No. 4 2006 and feedback paper published in November 2006.

4.3 The application of certain concessions to trust company businesses is considered from paragraph 4.28 of this paper onwards.

Issue 1 - Implications of a risk based approach (flexibility versus certainty)

4.4 Respondents noted that the move to an increased risk based approach to managing money laundering and terrorist financing risk (including customer due diligence and relationship monitoring) would result in the Commission placing greater reliance on regulated businesses to appropriately manage risk, and by permitting and advocating greater flexibility also require businesses to exercise greater discretion in the way in which they respond to risk. While respondents welcomed this flexibility, several, including Jersey Finance Limited ("JFL") and the Jersey Association of Trust Companies ("JATCo"), highlighted that businesses were likely to be uncomfortable with the reduction of the "safe harbour" that would otherwise be provided by more prescriptive requirements. JATCo suggested that the new regime should continue to provide a "safe harbour" by incorporating a standard approach, or selection of approved approaches to risk management, e.g. approved transaction monitoring methodologies.

4.5 The majority of the concerns highlighted above were focused on the implications for businesses of failing to apply an appropriate risk based approach, and on the approach the Commission and prosecuting authorities intend taking when failings are identified. These con-

cerns have been heightened following the recent conviction for failure to comply with the Money Laundering (Jersey) Order 1999, which has led businesses to mistakenly believe that, if the Commission, or prosecuting authorities, note just one failure to, for example, appropriately identify a customer, apply enhanced procedures in respect of a politically exposed person, or submit a suspicious activity report, this will in itself result in prosecution.

4.6 All respondents were supportive of the balance struck in the Handbook between the levels of flexibility and prescription provided. However, many respondents requested additional guidance in certain areas, in particular in relation to new areas of focus such as relationship monitoring and the inclusion of an objective test in reporting procedures (see below for further feedback on the proposal to introduce an objective test).

Issue 1 – Policy response

4.7 *Provide additional guidance in the Handbook in relation to implementing a risk based approach, taking into account current projects of the FATF and Basel Committee on Banking Supervision (“Basel”), and also additional guidance concerning relationship monitoring and an objective test in reporting procedures (refer also to issue 2, below).*

4.8 *Provide assurance as to the Commission’s expectations when conducting onsite examinations by expanding the policy note issued by the Commission concerning referrals to the Attorney General dated 3 March 2006. Highlight that, when considering the materiality of breaches of AML/CFT requirements and whether enforcement action is appropriate, it is unlikely that action will be pursued where the business is able to demonstrate that it had taken “all reasonable steps and exercised due diligence to avoid committing the offence”, a statutory defence available for breaches of the Money Laundering (Jersey) Order 1999.*

4.9 *Confirm to industry that generic examination findings will be regularly published by the Commission, to assist in understanding the Commission’s expectations. Ensure that the implementation period for the Handbook and revised Money Laundering Order provides an adequate lead in time for businesses (a minimum of 6 months), and provide assurance that in the period following implementation, the Commission will maintain a collaborative approach with industry to achieving compliance with the new requirements.*

Issue 2 - Introduction of an objective test for suspicious activity reporting procedures

4.10 Many respondents (from the banking, investment management and accounting sectors) were comfortable with the introduction of an objective test into the requirement to have reporting procedures in the draft Money

Laundering Order, on the basis that this requirement has been in place in the equivalent UK anti-money laundering legislation since 2004.

4.11 However, some respondents were less comfortable with the proposal and asked for additional guidance on the meaning of “suspicion” and “reasonable grounds for suspicion”, and also for clarification as to the standards expected from more inexperienced members of staff, who may not be as adept at identifying circumstances where there are reasonable grounds for suspicion, notwithstanding the existing legal obligation to train staff to recognise suspicious activity.

4.12 Other concerns raised included the ability of the Commission and law enforcement agencies to use the benefit of hindsight to unreasonably criticise (or pursue investigations into) apparent breaches of reporting requirements, as it may be easier to identify circumstances when reasonable grounds for suspicion are present when retrospectively reviewing files, than when involved with the ongoing administration of the customer.

4.13 Some respondents requested that the timing of the introduction of an objective test be consistent with its introduction in competitor jurisdictions.

Issue 2 - Policy response

4.14 *Retain the objective test in the draft Money Laundering Order reporting procedures requirement, on the basis that this is a well established UK concept, it is a requirement of the FATF Recommendations and the Second and Third EU Money Laundering Directives(3), and many respondents have reported that they are comfortable with the provision. Both Guernsey and the Isle of Man have draft legislation which will implement reporting requirements incorporating an objective test.*

4.15 *In order to allay concerns, provide the additional guidance requested concerning the meaning of “reasonable grounds for suspicion” and provide additional clarification as to the training and reporting expectations for more inexperienced members of staff. Request law enforcement agencies to consider whether guidance could be given concerning the key factors which might lead to investigations into breaches of reporting requirements.*

Issue 3 - Introduction of an absolute requirement for the identification of each new customer

4.16 While some respondents were not comfortable with an explicit requirement to perform customer identi-

Note:

(3) The Third Money Laundering Directive is to be implemented before 15 December 2007.

fication procedures for every customer, many respondents commented that it was useful to provide a clear identification requirement which ensured that the expectations as to such requirements were unambiguous.

4.17 Some respondents noted that the way in which the provision was currently drafted might lead businesses to adopt an inappropriate “tick box” approach to compliance with their business’ own identification procedures, reducing the business’ appetite for applying a more flexible risk based approach.

Issue 3 - Policy response

4.18 *Retain the absolute requirement for satisfactory evidence of identity to be held for every new customer, as this is consistent with the FATF Recommendations, the Third EU Money Laundering Directive and the expectations of the Commission. Review the drafting of Article 27 of the draft Money Laundering Order to ensure that references to identification procedures do not result in loss of flexibility in applying a risk based approach to methods of obtaining satisfactory evidence of identity.*

4.19 *Ensure that it is clear that the objective of Article 27 is clearly communicated, i.e. that satisfactory customer due diligence be obtained for every customer, while permitting businesses flexibility in the way in which customer due diligence procedures are carried out according to a risk based approach.*

4.20 *Ensure that, in communicating the Commission’s approach to supervision and enforcement of anti-money laundering measures, it is clear that the Commission will not have expectations of “zero failure” when supervising compliance, but will take into account whether the business had taken reasonable measures to achieve compliance.*

Issue 4 - Responsibilities of the money laundering compliance officer

4.21 Respondents requested that the draft Money Laundering Order and the draft Handbook more clearly establish that the business (and its board and senior management) is responsible for compliance with statutory and regulatory requirements, and that it is the role and responsibility of the Money Laundering Compliance Officer to assist the business in achieving this objective.

Issue 4 - Policy response

4.22 *Review drafting of the Handbook and Money Laundering Order to better reflect the respective roles of the business and its Money Laundering Compliance Officer – emphasise that compliance is the responsibility of the business, which is to establish a compliance function to achieve that objective.*

Issue 5 - Equivalent jurisdictions

4.23 The list of equivalent jurisdictions (currently set out in Appendix D to the Guidance Notes) is of relevance when considering whether it is possible to place reliance on overseas intermediaries, or to accept introductions from overseas introducers. Respondents expressed mixed views as to whether they preferred to have the flexibility to themselves assess whether jurisdictions, other than those on a list issued by the Commission, have equivalent AML/CFT standards, or whether they preferred for there to be a definitive Commission issued list.

4.24 Those supporting the definitive list suggested the following reasons:

- The provision of certainty;
- Ensuring that the adequacy of the overseas jurisdiction had been determined to a satisfactory level, and so better protect Jersey’s reputation; and
- Ensuring a level playing field between Jersey businesses and also with the other Crown Dependencies.

4.25 It was noted that, if a definitive list were established, there should be an effective mechanism for recommending additional jurisdictions for inclusion on that list.

Issue 5 - Policy response

4.26 *Retain for the short term the current position whereby the Commission issues a non-definitive list of jurisdictions which it considers to have equivalent customer due diligence measures in place, and continues to establish criteria by which financial services businesses may themselves undertake assessments, if they so wish, of other jurisdictions to determine whether these also have equivalent AML/CFT provisions. In the medium term, continue to monitor whether other jurisdictions, such as the UK, are moving from issuing a non-definitive list of jurisdictions to a restrictive list.*

Issue 6 - Business relationships connected with trust company businesses

4.27 Many responses to the consultation paper commented on the proposals for introduced and intermediary relationships connected with trust company businesses. In particular, views were given concerning:

- Whether the Money Laundering Order should separately classify Jersey trust company businesses from other businesses regulated by the Commission [Issue 6.1]; and
- Whether it should be possible for designated relationships and pooled relationships operated by trust company businesses to be operated on an undisclosed basis (i.e. without providing information concerning the underlying customer and any beneficial owners and controllers) [Issue 6.2].

Issue 6.1 - Classification of trust company businesses

Introduced relationships

4.28 The consultation paper proposed that provisions concerning introduced relationships be incorporated into the Money Laundering Order to provide certainty concerning the use of third parties to undertake aspects of the customer due diligence process. The proposals for introducers will permit persons meeting certain criteria to be used as introducers. For example, in relation to Jersey introducers, this would enable financial services businesses to accept introductions from all businesses regulated by the Commission. An introduction certificate containing customer and beneficial owner and controller information will be required.

Intermediary relationships

4.29 However, in order to meet the expectations of the FATF Recommendations, the proposals in respect of intermediary relationships as set out in the draft Money Laundering Order and draft Handbook differed depending on the category of intermediary. The FATF, and wider international opinion, considers that relationships with "financial institutions" (banks, investment businesses, collective investment funds and insurers) are lower risk, but does not accept that relationships with trust company businesses fall into this category, as the sector is perceived to be more vulnerable to abuse by those seeking to launder funds or finance terrorism, due to the reduced transparency available where activities are conducted using companies, trusts and other structures. As a result, while FATF Recommendation 5 permits reduced measures to be established for lower risk sectors, and lists sectors considered to present lower risk, trust company businesses are not included within this list.

4.30 The majority of respondents supported the principle that Jersey trust company businesses should be categorised in the same way as other sectors regulated by the Commission and respondents have noted that the sector has suffered substantial costs in complying with regulatory and anti-money laundering requirements. However, respondents' views were mixed as to appropriate requirements and levels of disclosure of customer information where a trust company business was acting as an intermediary on behalf of its underlying customers, some highlighting concerns that relationships where underlying customer information remained undisclosed presented increased risks, contradicting the consensus view concerning the classification of trust company business noted above.

4.31 In its submission, JFL has asked that, should the Commission not feel able to provide trust company businesses with the same status as that of other regulated businesses due to the approach presently required by the FATF,

the Commission make a clear statement that it is its intention to secure full equivalence of treatment for all regulated businesses in the medium to long term. In taking this position, JFL has acknowledged that it is likely that Jersey's AML/CFT regime may be seen to be non-equivalent if trust company businesses are given the same status as other sectors regulated by the Commission.

Issue 6.1 - Policy response

4.32 *The initial proposals in the draft Money Laundering Order and draft Handbook sought to enable the Island to demonstrate that relationships with trust company businesses were unilaterally lower risk, by proposing additional safeguards be put in place, such as requiring the commission of anti-money laundering compliance reviews to be conducted by independent experts. However, since the issue of the draft Money Laundering Order and draft Handbook, it has become apparent that the FATF expects that jurisdictions will operate within the parameters for lower risk set out in FATF Recommendation 5, and will not extrapolate those parameters further to other sectors.*

4.33 *As a result, it is not possible to more closely align the approach for intermediary business with trust companies to the approach for intermediary business with financial institutions, and a revised approach for intermediary relationships with trust company businesses is presented below (issue 6.2). This revised approach will require both designated and pooled accounts to be operated by trust company businesses on a disclosed basis (i.e. with disclosure to the accepting business of customer due diligence information concerning the underlying customer), unless, in respect of pooled relationships, the underlying customers fall into specific lower risk categories.*

4.34 *While the Commission supports the principle that relationships with trust company businesses should be treated in the same way as relationships with other regulated businesses, in order to do so, there will need to be acceptance internationally that the sector presents only low risk of abuse by money launderers and terrorist financiers. The Commission will maintain under review the position concerning intermediary relationships with trust company businesses in light of international expectations and information concerning the risk posed by Jersey trust company businesses.*

4.35 *The Commission will also review the drafting of the Money Laundering Order provisions concerning intermediary relationships (Articles 17 and 18 of the draft Money Laundering Order, consultation paper No.4 2006) to reduce any external perception, to the extent possible, that Jersey trust company businesses are viewed differently to other Jersey prudentially regulated businesses.*

4.36 *The Commission will continue to lobby international standard setters concerning the status of regulated trust company businesses.*

Issue 6.2 - Requirements for trust company businesses to operate on a disclosed basis

4.37 Respondents did not provide a consensus view in response to this point.

4.38 Respondents from the banking sector expressed support for disclosure requirements for intermediaries, both for trust company businesses and in some cases also for intermediaries from other financial sectors, some suggesting that a basic customer profile (e.g. information concerning the settlor and principal beneficiaries, as is current practice in Guernsey) should be provided with each intermediary relationship, others advocating such profiles for higher risk customers only, with broad access to underlying customer information on demand. There was wider support amongst respondents to have access to customer information for designated relationships and for higher risk relationships. The desire of respondents to understand and be able to manage customer risk (mainly driven by group requirements) was cited as the reason for these views. Some respondents highlighted that group procedures would, whether or not a non-disclosure concession was available under Jersey provisions, require them to obtain underlying customer information upfront.

4.39 JATCo and JFL, with some limited support from respondents from the banking sector, were supportive of a similar non-disclosure concession proposed for other prudentially regulated financial services businesses also being applied to relationships where a Jersey trust company business acts as an intermediary for both pooled and designated relationships. However, JFL has reluctantly accepted that it may not be possible in the short term to provide trust company businesses with the same concession as other prudentially regulated businesses.

4.40 Reasons given to support the view that businesses should be able to operate undisclosed relationships with trust company businesses, whether pooled or designated, were as follows:

- A desire for equality of treatment of Jersey prudentially regulated businesses;
- Concern that holding customer information would lead to increased legal and reputational risk; and
- Unease in sharing customer information with other financial service providers who may use it for unauthorised purposes, such as marketing, notwithstanding that such use would breach data protection legislation.

4.41 JFL has proposed that it should be possible for all trust company business intermediary relationships to be operated on an undisclosed basis, whether pooled or designated, if certain additional controls/due diligence are applied to those relationships. For example, JFL has suggested that where a trust company business has provided a certificate of compliance from an independent expert, the

business should be able to operate both pooled and designated accounts on the same undisclosed basis.

4.42 Some respondents suggested that the requirements could be less prescriptive, and instead require the accepting business to adopt a risk based approach to each of its intermediary relationships, and to itself determine the appropriate measures to be applied to each intermediary relationship, which may or may not involve disclosure of information concerning the underlying customers. JFL, however, has also highlighted the advantages of consistent requirements being applied to all trust company businesses, minimising opportunities for regulatory arbitrage, and has reported that the Jersey Bankers' Association ("JBA") is of the view that the concession for trust company businesses requiring designated accounts to be operated on a disclosed basis, as set out in the draft Handbook, should remain.

Issue 6.2 - Policy response

Provisions for designated trust company business relationships:

4.43 While FATF Recommendation 5 permits, in lower risk scenarios, trust company businesses to operate pooled relationships on an undisclosed basis, FATF Recommendation 5 does not provide a regime where the trust company business is able to operate a designated relationship on the same undisclosed basis. FATF Recommendation 5 also makes reference to the Basel paper, *Customer Due Diligence for Banks* (October 2001), which explicitly states that where a professional intermediary is operating an account on behalf of a single underlying customer, the bank should identify the underlying customer. As a result, a concession enabling trust company businesses to operate designated accounts on an undisclosed basis is likely to adversely impact Jersey's ability to demonstrate compliance with FATF Recommendation 5.

4.44 In order to reduce the likelihood of receiving an unfavourable rating of compliance with FATF Recommendation 5, it is proposed that the provision for trust company business designated relationships, in line with the Guernsey and Isle of Man requirements, and FATF expectations for such relationships, require upfront disclosure of information concerning the relationship and its beneficial owners and controllers. In revising the initial proposals, the Commission intends that the provisions for designated relationships better recognise the reduction in risk achieved by this upfront disclosure of underlying customer information, by aligning the requirements in relation to designated accounts operated by trust company businesses with those where a financial institution or trust company business acts as an introducer (which are less onerous). This revision will result in a simplified regime that merges the provisions for designated relationships with trust company businesses (previously in Article 17 of the draft Money Laundering Order) with Article 19, which sets the requirements for rela-

tionships introduced by financial institutions and trust company businesses.

4.45 The advantages to such a proposal are set out below:

The framework would provide one simpler route, whether business from a TCB was introduced or intermediary business, i.e. the accepting business would not be required to consider designated relationships opened for trusts (always intermediary) differently to those opened for client companies (which may be either introduced or intermediary/nominee).

Guernsey and the Isle of Man consider both designated intermediary relationships and introduced relationships under one "introducer" regime, similar to FATF Recommendation 9.

Applying the provisions of FATF Recommendation 9 to designated trust company business relationships as well as to introduced relationships, rather than the provision of FATF Recommendation 5, will reduce potential impact on the rating for FATF Recommendation 5 (the key FATF Recommendation concerning customer due diligence), as FATF Recommendation 5 does not clearly provide for designated relationships with trust company businesses.

4.46 However, if the provisions for designated relationships with trust company businesses are aligned with those for introduced relationships, the impact will be that the accepting business will retain responsibility for the performance of satisfactory customer due diligence procedures having been conducted by the trust company business, as is the case for introduced relationships. While this distinction is not immaterial, the practical difference will be minimal, as this responsibility will be discharged wherever the accepting business has taken reasonable measures to confirm that the trust company business meets the introducer criteria.

Provisions for pooled trust company business relationships:

4.47 As noted above, due to a developing understanding of the approach being applied to assessments against the FATF Recommendations, and as a result of the drafting of the concessionary regime provided for in FATF Recommendation 5, the initial proposals for pooled accounts have been revised, in consultation with an industry steering group comprising members of the trust company business sector, the banking sector, JATCo and the JBA. Additionally, the Commission conducted a survey in December 2006 to understand use of pooled accounts by the trust company business sector. While the detail of the revised requirements has yet to be finalised and discussed with the industry steering group, the policy underlying the revised approach is set out below.

4.48 Industry members who identify that the policy proposals set out below will present significant practical issues are recommended to feed these issues to the Commission either directly or via a representative body.

4.49 The provisions for pooled relationships with trust company businesses will be consistent with those for designated relationships (as set out above), unless the customer falls into a specified lower risk category, or unless the pooled product itself is lower risk. This means that the default position will

require the upfront disclosure of customer due diligence information in respect of all customers whose assets are being put into a pooled relationship, for example, by providing a customer profile containing information concerning the relationship and its beneficial owners and controllers.

4.50 Low risk customers

Employee benefit schemes established for institutional investors.

4.51 Low risk products

- "COBO only" schemes - schemes administered by a regulated financial services business, but which require consent only under the Control of Borrowing (Jersey) Order 1958.

- Aggregated customer monies ("aggregated deposits") placed by a trust company business where these originate from a Jersey bank and where the bank confirms that the customer monies have originated only from designated accounts held by the bank and controlled by the trust company business in respect of which both the bank and trust company business hold full customer due diligence information (or alternatively constitute monies from a pooled account controlled by the trust company business where both the bank and trust company business hold full customer due diligence information on the underlying customers). Refer to the diagram at Appendix B for further detail.

- "Temporary accounts" operated by a Jersey trust company business that do not hold money for longer than 40 days and are used only for the following purposes:

- o to receive funds on behalf of new structures where designated accounts have yet to be established (customer due diligence information must be disclosed to the bank where funds are held for longer than 40 days);

- o to hold funds pending customer instructions where relationships have been exited;

- o to facilitate ad hoc cheque payments where designated accounts do not otherwise have this facility; or

- o to facilitate the aggregation of statutory fees for onward payment.

4.52 The proposals for "temporary accounts" will also permit such accounts to be used to hold monies for longer periods for customers whose assets are illiquid but require banking services only in respect of low value and low frequency transactions, such as for the payment of administration and statutory fees.

4.53 The approach set out above would prevent trust company businesses from routing all payments to and from customers' designated accounts through a "client account".

4.54 This policy takes into account the situation in Guernsey and the Isle of Man. Additionally, it is understood that after 15 December 2007, where currently possible in the European Union, implementation of the Third EU Money Laundering Directive will require trust company business relationships either to be operated on a designated and disclosed basis, or where funds are pooled, the disclosure of customer due diligence information in relation to each underlying customer.

APPENDIX A

Glossary

Designated relationship/account

A relationship/account established by an intermediary on behalf of a single customer or relationship, including relationships involving sub-accounts for each underlying customer. Where sub-accounts are established, each sub-account is a separate designated relationship/account.

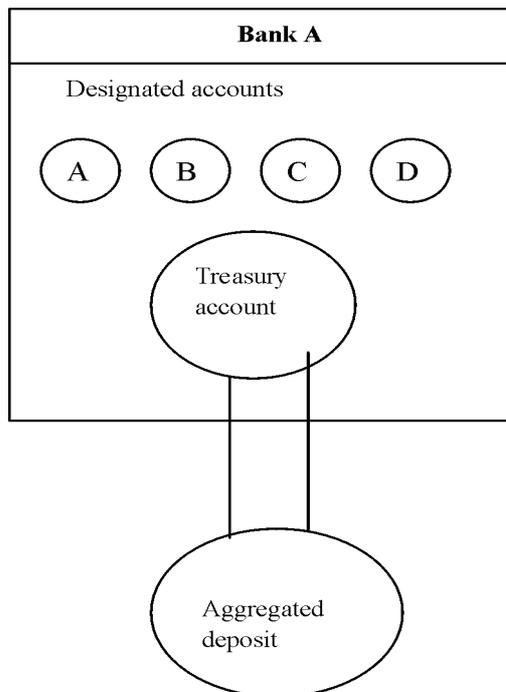
Pooled relationship/account

A relationship/account established by an intermediary on behalf of more than one customer, or which will contain the money of more than one customer. A relationship containing a series of sub-accounts is not a pooled relationship, but is a series of designated relationships.

A pooled account may also be referred to as “client account” or “customer money account”, and will include “designated joint accounts”, as defined in the Financial Services (Trust Company Business (Assets-Customer Money)) (Jersey) Order 2000, which hold customer money pooled for the purposes of joint ventures.

APPENDIX B

Aggregated deposit



Bank B

A trust company business holding designated accounts with a bank (Bank A) may aggregate funds from those accounts into a separate “treasury account”, from which monies may be placed on deposit with other banks (Bank B).

Bank B may accept the aggregated deposit from the “treasury account” on an undisclosed basis if the trust company business and Bank A confirm to it that the “treasury account” has been funded only by the designated accounts controlled by the trust company business with Bank A in respect of which both the bank and trust company business hold full customer due diligence information, and Bank B repays the deposit to the “treasury account”, i.e. does not permit third party funding/payments

Italia

La tassazione degli atti di destinazione patrimoniale

■ Circolare ABI serie Tributaria n. 10 - 12 maggio 2008, Imposta sulle successioni e donazioni (Pos. 447/1), Patto di famiglia – Trust

Circolare Agenzia delle Entrate - Direzione normativa e contenzioso del 22 gennaio 2008, n. 3/E

Circolare Agenzia delle Entrate - Settore Fiscalità Generale Indiretta del 27 marzo 2008, n. 28/E

1. PREMESSA

Si fa seguito alle circolari, pari Serie, n. 17 del 1° ottobre 2007 e n. 19 del 17 ottobre 2007, con le quali si sono illustrati i profili fiscali, rispettivamente, del “patto di famiglia” e del “trust”, per segnalare l’avvenuta emanazione delle circolari dell’Agenzia delle Entrate 22 gennaio 2008, n. 3/E e 27 marzo 2008, n. 28/E(1).

Entrambe le menzionate circolari, che si allegano in copia per comodità di consultazione, affrontano la complessa materia della tassazione degli atti di destinazione patrimoniale.

In particolare, la circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, analizza la disciplina generale della “reintrodotta” imposta di successione e donazione, dedicando particolare attenzione ai punti di criticità inerenti la tassazione degli atti di costituzione di vincoli di destinazione (costituzione di un trust, stipula di un negozio fiduciario, costituzione di un fondo patrimoniale, ecc.) ed il regime di esenzione previsto per alcuni dei trasferimenti di beni effettuati mediante i patti di famiglia (2); mentre la circolare n. 28/E del 27 marzo 2008 si sofferma, fornendo ulteriori chiarimenti sulle modalità applicative dell’imposta di successione e donazione, sui vincoli di destinazione costituiti mediante negozi fiduciari.

Di seguito verranno esaminati alcuni dei passaggi più interessanti delle menzionate circolari, confrontandoli, ove difforni, con quanto già illustrato con le citate circolari, pari Serie, nn. 17 e 19 del 2007, alle quali si fa rinvio per una trattazione più sistematica dei modelli impositivi applicabili al “patto di famiglia” ed al “trust”.

2. IL PATTO DI FAMIGLIA - REGIME DI ESENZIONE DI CUI ALL’ART. 3, COMMA 4-TER, DEL D.LGS. N. 346 DEL 1990

L’Agenzia delle Entrate, con la prima di dette circolari

(n. 3/E del 2008), fornisce chiarimenti in ordine alle diverse fattispecie rilevanti ai fini dell’applicazione dell’imposta sulle successioni e donazioni in base al combinato disposto degli artt. 1 del D.Lgs. n. 346 del 1990 e 2, comma 47, del D.L. n. 262 del 2006(3), soffermandosi, per quanto più da vicino interessa i “patti di famiglia”, sul regime di esenzione previsto dall’art. 3, comma 4-ter, del D.Lgs. 346 del 1990.

Al riguardo va, tuttavia, osservato che, allo stato attuale, manca da parte dell’Amministrazione finanziaria, una analisi completa della complessa materia recante, in buona sostanza, precise indicazioni in merito al regime ordinario di tassazione applicabile al patto di famiglia ovvero prenda in considerazione in maniera puntuale anche le ipotesi in cui non vi siano sin dall’origine o vengano meno successivamente alla redazione del contratto i presupposti per l’applicazione del previsto regime di esenzione, e ciò fa sì che non tutti i dubbi interpretativi sino ad oggi sollevati (e sinteticamente riportati nella circolare, pari Serie, n. 17 del 1° ottobre 2007) si possano ritenere definitivamente superati. È auspicabile, quindi, che l’Amministrazione finanziaria torni nuovamente sull’argomento per una trattazione in via sistematica della complessa materia.

2.1. L’ambito di applicazione dell’esenzione di cui all’art. 3, comma 4-ter, del D.Lgs. n. 346 del 1990, è stato recentemente ampliato dall’art. 1, comma 31, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008),

Note:

(1) In questa Rivista, 2008, rispettivamente, 211 e 340 [n.d.r.].

(2) Cfr. Per un più generale esame dei contenuti della circolare n. 3/E del 2008: MAURO A., Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008: i chiarimenti dell’Agenzia delle Entrate sulle imposte di successione e donazione, in *Il Fisco*, 2008, 2, 859; MIGNARRI E., Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008: trattamento delle attività finanziarie nell’imposta sulle donazioni e successioni, in *Il Fisco*, 2008, 1, 1178; MANCA M., Intestazione fiduciaria e imposta sui vincoli di destinazione, in *Il Fisco*, 2008, 9.

(3) Cfr. Legge di conversione, con modificazioni, del 24 novembre 2006, n. 286.

essendo stata estesa l'esenzione dall'imposta sulle successioni e donazioni, già prevista per i trasferimenti di aziende o rami di aziende (o delle partecipazioni sociali) a favore dei discendenti, anche ai medesimi trasferimenti effettuati a favore del coniuge dell'imprenditore (o possessore delle partecipazioni)(4).

Resta, comunque, fermo che in base alla disciplina codicistica (art. 768 bis, del cod. civ.) il patto di famiglia non può avere come beneficiario il coniuge dell'imprenditore (o del titolare delle partecipazioni sociali).

Con tale modifica - che ha effetto dal 1° gennaio 2008, data di entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 - si prestano, quindi, ad essere considerati esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni i trasferimenti di aziende o rami di esse, di azioni e quote sociali, attuati in favore dei discendenti e del coniuge mediante disposizioni mortis causa, donazioni, atti a titolo gratuito o costituzione di vincoli di destinazione, nonché mediante patti di famiglia di cui agli artt. 768-bis e ss. del cod. civile.

A tale ultimo riguardo giova richiamare l'attenzione sulle considerazioni in base alle quali l'Agenzia delle Entrate riconduce il patto di famiglia nell'ambito degli atti a titolo gratuito, vale a dire:

a) "è caratterizzato dall'intento - non prettamente donativo - di prevenire liti ereditarie e lo smembramento di aziende o partecipazioni societarie ovvero l'assegnazione di tali beni a soggetti inidonei ad assicurare la continuità gestionale degli stessi";

b) "non comporta il pagamento di un corrispettivo da parte dell'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali, ma solo l'onere in capo a quest'ultimo di liquidare gli altri partecipanti al contratto, in denaro o natura".

L'esenzione di cui al comma 4-ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 346 del 1990, come chiarito dalla circolare n. 3/E del 2008, è volta a favorire il passaggio generazionale delle aziende di famiglia, conseguentemente non è applicabile né al trasferimento di quei titoli che, per natura, non consentono di attuare detto passaggio (quali, per esempio, i titoli obbligazionari), né al trasferimento effettuato a favore di un soggetto che non sia discendente o coniuge del dan- te causa, ovvero di una persona giuridica.

2.2. Il comma 4-ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 346 del 1990, dispone che i trasferimenti di aziende o partecipazioni, effettuati "anche tramite i patti di famiglia", a favore dei discendenti o del coniuge, non sono soggetti all'imposta in oggetto, a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento e che sia resa un'apposita dichiarazione in tal senso contestualmente all'atto con il quale è disposto il trasferimento (patto di famiglia).

Nel caso in cui oggetto del trasferimento siano quote sociali o azioni emesse dai soggetti di cui all'art. 73, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 917 del 1986 (società per azioni e

in accomandita per azioni, società a responsabilità limitata, società cooperative e società di mutua assicurazione residenti nel territorio dello Stato), la circolare in rassegna chiarisce che per usufruire del regime di esenzione è necessario che il disponente trasferisca una quota partecipativa mediante la quale è acquisito o integrato il controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del cod. civ., e che l'esenzione spetta solo per il trasferimento di tale quota. A tal ultimo riguardo, viene, inoltre, chiarito che il tenore letterale della disposizione porta a ritenere che il requisito del controllo non deve essere rispettato nel caso in cui il trasferimento riguardi partecipazioni in società di persone.

Per quanto concerne il requisito relativo alla condizione di continuità quinquennale, l'Agenzia delle Entrate ha esaminato alcune fattispecie in cui potrebbe verificarsi (anche solo parzialmente) la decadenza dal beneficio dell'esenzione d'imposta.

Una prima ipotesi è quella in cui il legittimario assegnatario, prima che siano decorsi cinque anni dal trasferimento dell'azienda, decide di cederne un ramo: in questo caso, la decadenza dal beneficio si verifica limitatamente al ramo d'azienda ceduto, semprecché, relativamente alla parte d'azienda non trasferita, venga proseguito l'esercizio dell'attività d'impresa. In conseguenza di questa parziale perdita dei benefici dell'esenzione, l'applicazione delle sanzioni e dell'ordinaria imposta di successione e donazione avverrà non sull'intero cespite ricevuto mediante il patto di famiglia, ma solo relativamente al ramo di azienda ceduto.

Un ulteriore chiarimento è operato in relazione all'ipotesi di conferimento d'azienda antecedente il decorso del termine quinquennale. A tal proposito, l'Agenzia delle Entrate, riprendendo le considerazioni già svolte nella risoluzione del 23 novembre 2007, n. 341(5), ribadisce

Note:

(4) L'art. 3, comma 4-ter, del D.Lgs. n. 346 del 1990 stabilisce che "I trasferimenti, effettuati anche tramite i patti di famiglia di cui agli articoli 768-bis e seguenti del codice civile a favore dei discendenti e del coniuge, di aziende o rami di esse, di quote sociali e di azioni non sono soggetti all'imposta. In caso di quote sociali e azioni di soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera a), del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, il beneficio spetta limitatamente alle partecipazioni mediante le quali è acquisito o integrato il controllo ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, numero 1), del codice civile. Il beneficio si applica a condizione che gli aventi causa proseguano l'esercizio dell'attività d'impresa o detengano il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento, rendendo, contestualmente alla presentazione della dichiarazione di successione o all'atto di donazione, apposita dichiarazione in tal senso. Il mancato rispetto della condizione di cui al periodo precedente comporta la decadenza dal beneficio, il pagamento dell'imposta in misura ordinaria, della sanzione amministrativa prevista dall'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, e degli interessi di mora decorrenti dalla data in cui l'imposta medesima avrebbe dovuto essere pagata".

(5) Per un approfondimento della fattispecie esaminata dalla risoluzione 23 novembre 2007, n. 341, si rinvia a: ZANETTI E., L'esclusione dall'imposta sulle donazioni per i trasferimenti di aziende e partecipazioni, in *Il Fisco*, 2007, 1, 6915.

che il conferimento dell'azienda ricevuta mediante il patto di famiglia non comporta automaticamente la decadenza dal beneficio dell'esenzione, dal momento che, a determinate condizioni, detto conferimento può essere assimilato alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

La prosecuzione dell'attività d'impresa, per esempio, è sicuramente ravvisabile tutte le volte che l'azienda viene conferita in una società di persone, a prescindere dal valore della partecipazione ricevuta in cambio dal conferente. Del resto, ai sensi del comma 4-ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 346 del 1990, il requisito del controllo si applica esclusivamente ai trasferimenti aventi ad oggetto quote di partecipazione in società di capitali, pertanto non si ritiene necessario verificarne la sussistenza in capo al conferente, nel caso in cui la conferitaria sia una società di persone.

Viceversa, nel caso in cui il conferimento sia effettuato nei confronti di una società di capitali, prima che siano decorsi cinque anni dalla stipula del patto di famiglia, la decadenza dal beneficio dell'esenzione si verifica ogni qual volta le azioni o quote assegnate al conferente non gli consentano di conseguire o integrare il controllo della società conferitaria, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), del cod. civile.

Se, infatti, le quote ricevute a fronte del conferimento non consentono di integrare il controllo della conferitaria, non può ritenersi che il legittimario assegnatario prosegua l'esercizio dell'attività d'impresa anche successivamente al conferimento e, l'interruzione dell'esercizio dell'attività d'impresa prima che siano decorsi cinque anni dal trasferimento dell'azienda, comporta la decadenza dal beneficio dell'esenzione di cui al più volte ricordato comma 4-ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 346 del 1990.

La medesima circolare n. 3/E del 2008, evidenzia, inoltre, come analoghe considerazioni possano essere svolte anche con riferimento alle ipotesi di trasformazione, fusione o scissione della medesima azienda, realizzate prima che si sia maturato il requisito della prosecuzione quinquennale dell'attività d'impresa. Il requisito della prosecuzione quinquennale dell'attività d'impresa può, tuttavia, intendersi assolto solo nelle ipotesi in cui gli atti di trasformazione, fusione o scissione: a) diano origine a società di persone ovvero incidano sulle stesse, a prescindere dal valore della quota di partecipazione assegnata al socio; b) diano origine o incidano su società di capitali, purché il socio mantenga o integri nella società di capitali, una partecipazione di controllo ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), del cod. civile.

2.3. Da una prima analisi di quanto riportato dalla circolare n. 3/E del 2008 con riferimento all'ambito di applicazione dell'esenzione di cui al comma 4-ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 346 del 1990 e, più in particolare, di quanto affermato dall'Agenzia delle Entrate a proposito del "patto di famiglia", si può osservare che le indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria, da un lato, confermano la correttezza della qualificazione del patto di famiglia come

una liberalità piuttosto che come una donazione modale (l'intento del disponente non appare prettamente donativo) e, dall'altro, escludono la natura corrispettiva della liquidazione effettuata dal legittimario assegnatario (dell'azienda o della partecipazione) nei confronti degli altri partecipanti al contratto (legittimari)(6).

Per quanto concerne l'applicazione delle imposte d'atto alla "liquidazione" effettuata dal legittimario assegnatario a favore degli altri legittimari, la circolare n. 3/E del 2008 afferma che l'esenzione di cui al comma 4 ter dell'art. 3 del D.Lgs. n. 4346 del 1990 "si applica esclusivamente con riferimento al trasferimento effettuato tramite il patto di famiglia, e non riguarda anche l'attribuzione di somme di denaro o di beni eventualmente posta in essere dall'assegnatario dell'azienda o delle partecipazioni sociali in favore degli altri partecipanti al contratto".

Siffatta affermazione, tuttavia, non dovrebbe essere intesa nel senso di escludere a priori la possibilità di effettuare in regime di esenzione anche la liquidazione dei legittimari non assegnatari. Questo secondo trasferimento, infatti, rientra anch'esso nell'ambito di applicazione dell'imposta di donazione e successione (come evidenziato dalla stessa circolare n. 3/E del 2008) e di conseguenza, qualora venga effettuato mediante trasferimento di beni anziché di denaro (o in natura), e nel rispetto di tutti i requisiti posti dall'art. 3, comma 4 ter, del D.Lgs. n. 346 del 1990, dovrebbe poter autonomamente fruire del regime di esenzione in parola, in quanto la disposizione del ripetuto art. 3, comma 4 ter, del D.Lgs. n. 346 del 1990, si presta ad essere considerata norma di portata generale.

Sempre con riferimento alla trattazione dei modelli impositivi applicabili al patto di famiglia, la circolare n. 3/E del 2008 analizza l'ipotesi in cui i legittimari non assegnatari rinunciano alla liquidazione della quota loro spettante (art. 768-quater, comma 2, del cod. civ.).

Tale rinuncia, secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate, "non ha effetti traslativi ed è, quindi, soggetta alla sola imposta di registro in misura fissa, dovuta per gli atti privi di contenuto patrimoniale" (art. 11 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 131 del 1986).

L'escludere che la rinuncia in questione abbia effetti traslativi potrebbe mettere potenzialmente in discussione la qualificazione giuridica del patto di famiglia, fino ad oggi effettuata dagli interpreti e dagli operatori del settore.

Come esaminato nella circolare, pari Serie, n. 17 del 2007, infatti, le attribuzioni effettuate mediante il patto di famiglia vengono comunemente qualificate o come due liberalità del disponente (una diretta a favore dell'assegnata-

Nota:

(6) Per un approfondimento di tali orientamenti interpretativi, in contrapposizione alle opposte tesi dottrinali, si rinvia alle considerazioni svolte nella circolare, pari Serie, n. 17 del 1° ottobre 2007.

rio ed una indiretta a favore degli altri legittimari) o come una donazione modale (il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni integrerebbe la donazione principale, mentre la liquidazione degli altri legittimari ne rappresenterebbe il *modus*) del disponente nei confronti dell'assegnatario.

In entrambe le ipotesi la rinuncia dei legittimari alla liquidazione non è priva di effetti traslativi, comportando un accrescimento della liberalità (o donazione) effettuata dal disponente nei confronti dell'assegnatario.

La rinuncia alla liquidazione dei legittimari non assegnatari sarebbe priva di effetti traslativi solo nell'ipotesi in cui detta liquidazione fosse qualificabile come una liberalità (o donazione) spontaneamente effettuata dal legittimario assegnatario nei confronti dei non assegnatari(7). Solo in questa ipotesi, infatti, la rinuncia non determinerebbe un accrescimento della base imponibile della prima attribuzione (il trasferimento dell'azienda o delle partecipazioni dal disponente al legittimario assegnatario). Nella denegata ipotesi in cui queste siano state le considerazioni che hanno indotto l'Agenzia delle Entrate ad escludere la presenza di effetti traslativi in detta rinuncia, si dovrebbero allora ritenere superate le qualificazioni sino ad oggi attribuite al patto di famiglia, con rilevanti effetti sia ai fini della determinazione delle aliquote che delle basi imponibili.

Per quanto concerne le prime, se la liquidazione dei legittimari non assegnatari è una autonoma liberalità (o donazione) dell'assegnatario nei confronti dei non assegnatari ciò che rileva è il legame eventualmente esistente fra questi due soggetti; se, invece, detta liquidazione rappresenta una liberalità indiretta da parte del disponente nei confronti dei legittimari non assegnatari, ciò che rileva è il legame eventualmente esistente tra il disponente ed i legittimari liquidati.

Similmente, se l'assegnazione dell'azienda (o delle partecipazioni) e la liquidazione dei legittimari non assegnatari rappresentano due negozi completamente autonomi e distinti, la base imponibile del trasferimento dell'azienda (o delle partecipazioni) dovrebbe essere calcolata sempre al lordo e non al netto del valore delle liquidazioni effettuate a favore dei legittimari non assegnatari.

Proprio per la rilevante portata delle incertezze interpretative suscitate da alcune delle affermazioni contenute nella circolare n. 3/E del 2008, è auspicabile che l'Amministrazione finanziaria intervenga nuovamente sulla materia, chiarendo in modo esplicito quale sia la qualificazione giuridica delle attribuzioni effettuate mediante il patto di famiglia e il conseguente trattamento impositivo agli effetti (anche, ma non solo) dell'imposta di successione e donazione.

3. LA COSTITUZIONE DI VINCOLI DI DESTINAZIONE

La circolare n. 3/E del 2008, analizza le modalità ap-

plicative dell'imposta di donazione e successione agli atti di costituzione di vincoli di destinazione, cui sono riconducibili: seppure con effetti diversi, la costituzione di un trust, la stipula di un negozio fiduciario, la costituzione di un fondo patrimoniale (art. 167 del cod. civ.) e la costituzione, da parte di una società, di un patrimonio destinato ad uno specifico affare (art. 2447-bis del cod. civ.).

La costituzione di un vincolo di destinazione produce un effetto segregativo che consiste nel far confluire i beni "destinati" in un patrimonio separato da quello del disponente, che ne perde la libera disponibilità.

La destinazione dei beni ad un patrimonio separato, tuttavia, non sempre è funzionale al trasferimento della proprietà dei beni medesimi a favore di un soggetto diverso dal disponente. Ne consegue che l'atto di costituzione di un vincolo di destinazione non sempre comporta degli effetti traslativi del patrimonio destinato.

A tal proposito, la circolare in argomento ha correttamente evidenziato che, ai fini dell'applicazione dell'imposta, il fatto che si verifichino, o meno, degli effetti traslativi nell'ambito della costituzione di un vincolo di destinazione assume una rilevanza specifica: detta imposta, infatti, risulta applicabile solo in relazione a vincoli di destinazione costituiti mediante il trasferimento di beni, mentre "il vincolo realizzato su beni che, seppur separati rispetto al patrimonio del disponente, rimangono a quest'ultimo intestati, non può considerarsi un atto dispositivo rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta".

Sulla base di tali considerazioni, la predetta circolare, pertanto, precisa che ai fini dell'imposta si rende necessario distinguere le "costituzioni di vincoli di destinazione produttivi di effetti traslativi, da quelle che, invece, lo stesso effetto non evidenziano".

3.1. Il negozio fiduciario

Con riferimento al negozio fiduciario, la circolare n. 3/E del 2008 ha affermato, come già accennato, che tra gli atti costitutivi di vincoli aventi effetti anche traslativi rientra anche "il negozio fiduciario, di cui prevalentemente si avvalgono le società fiduciarie disciplinate dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966 (recante la disciplina in materia di società fiduciarie e di revisione), che si propongono di assumere l'amministrazione dei beni per conto dei terzi", con conseguente applicazione dell'imposta in misura proporzionale.

Nota:

(7) Peraltro, è opportuno sottolineare come un'interpretazione di questo tipo contrasterebbe con la normativa civilistica di riferimento: il legittimario assegnatario dell'azienda, infatti, provvede alla liquidazione delle quote spettanti agli altri legittimari non assegnatari, non perché spinto da animo liberale, ma in quanto costretto dal doveroso adempimento di un obbligo che nasce ex lege al momento della stipula del patto di famiglia.

Dalle prime indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 3 del 2008, non è apparso del tutto chiaro quale fosse la nozione di negozio fiduciario fatta propria dall'Amministrazione finanziaria, in quanto sono stati richiamati principi relativi al concetto della c.d. "fiducia romanistica" (il negozio fiduciario) che a tratti sono sembrati sovrapporsi con quello della fiducia germanistica (il c.d. mandato fiduciario).

Nel nostro sistema, infatti, sono comunemente individuati due modelli di fiducia: quella germanistica e quella romanistica. Nella prima si verifica una scissione fra titolarità formale del diritto (che resta in capo al fiduciante) e legittimazione al relativo esercizio (che fa capo al fiduciario); nella fiducia romanistica, invece, si verifica un trasferimento del diritto dal fiduciante al fiduciario, realizzando un effetto traslativo voluto dalle parti, anche se limitato, nei rapporti interni, dal contenuto del c.d. "patto fiduciario".

Data l'importanza che il negozio fiduciario riveste nel settore di riferimento, la scrivente Associazione si è attivata affinché l'Amministrazione finanziaria tornasse sull'argomento, fornendo più dettagliati chiarimenti in merito alle modalità applicative dell'imposta sulle successioni e donazioni alle diverse tipologie di negozio fiduciario.

Il recepimento di tali istanze ha trovato riscontro nella successiva circolare n. 28/E del 27 marzo 2008, con la quale l'Agenzia delle Entrate ha fornito ulteriori precisazioni al riguardo. In detta sede, l'Agenzia delle Entrate, dopo aver ricordato le differenze esistenti fra la fiducia romanistica e quella germanistica, ha più correttamente esplicitato come tale distinzione non sia priva di effetti dal punto di vista fiscale, soprattutto ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni.

Infatti, nel modello di fiducia germanistica, che trova applicazione nei casi di intestazione fiduciaria di titoli azionari e quote di partecipazione societaria (e al cui modello si è ispirato il legislatore nazionale nel dettare la disciplina delle "società fiduciarie" - legge 23 novembre 1939, n. 1966), ha luogo una separazione della titolarità del diritto di proprietà rispetto alla legittimazione al relativo esercizio e, di conseguenza, i fiduciari rimangono gli effettivi proprietari dei beni da loro affidati alle società fiduciarie e a queste strumentalmente intestati(8).

Viceversa, nella fiducia romanistica, utilizzata nei negozi fiduciari aventi ad oggetto beni immobili (data la natura peculiare di tali beni e le relative regole di circolazione), si verifica un vero e proprio trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, seppur limitato, tra le parti, dal patto fiduciario(9).

Sulla base di queste premesse, la circolare n. 28/E del 2008 ha evidenziato come il negozio fiduciario avente ad oggetto beni immobili, possa rilevare ai fini dell'imposta sulle donazioni e successioni, sotto un duplice profilo: o in funzione della gratuità del trasferimento, ovvero (e in al-

ternativa) in funzione della eventuale idoneità del negozio stesso a costituire un vincolo di destinazione.

Secondo l'Agenzia delle Entrate, cioè, a prescindere "dalla possibilità di individuare nel negozio fiduciario, così strutturato, un atto idoneo a costituire un vincolo di destinazione (questione tuttora allo studio della stessa dottrina di diritto civile), in ogni caso si realizza un vero e proprio trasferimento a titolo gratuito del bene dalla sfera giuridica del fiduciante a quella del fiduciario, con ciò restando indubbio l'inquadramento dell'atto nell'ambito applicativo della nuova imposta sulle successioni e donazioni".

Va, infine, segnalato che, con la circolare n. 28/E, risulta ribadito quanto già evidenziato nella circolare n. 3/E del 2008 in ordine al successivo trasferimento del bene precedentemente oggetto di destinazione patrimoniale.

In sostanza, la successiva attribuzione del bene immobile dalla società fiduciaria al fiduciante, ovvero ad un soggetto terzo (in base al contenuto del patto fiduciario), è soggetta ad autonoma imposizione, a seconda degli effetti giuridici prodotti, indipendentemente da ogni precedente imposizione.

3.2. Il trust

Secondo l'Agenzia delle Entrate (circolare n. 3/E del 2008) il trust si differenzia dagli altri vincoli di destinazione, in quanto comporta la segregazione dei beni sia rispetto al patrimonio personale del disponente, sia rispetto a quello del trustee.

I beni destinati al trust costituiscono un patrimonio con una specifica autonomia giuridica rispetto a quello del disponente e del trustee. Questa caratteristica peculiare fa sì che al medesimo non possano essere estese le considerazioni svolte con riferimento agli altri atti di destinazione patrimoniale, la cui rilevanza ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione e donazione dipende esclusivamente dalla natura traslativa o meno dell'atto medesimo.

In sostanza, la costituzione di beni in trust rileva sempre ai fini dell'applicazione dell'imposta di successione e donazione, "pur in assenza di formali effetti traslativi"(10).

Note:

(8) Così si è espressa la Suprema Corte di Cassazione, riunita a Sezioni Unite, nella sentenza 21 maggio 1999, n. 4943, richiamata dalla circolare n. 28/E del 27 marzo 2008.

(9) Come evidenziato dalla circolare n. 28/E del 2008, tale negozio si caratterizza per la combinazione di due distinti effetti: l'effetto reale, valevole nei confronti dei terzi (che consiste in un vero e proprio trasferimento del diritto su di un bene dal fiduciante al fiduciario) e l'effetto obbligatorio, interno al rapporto tra fiduciante e fiduciario.

(10) Si fa qui riferimento alle ipotesi di trust di scopo o di garanzia, costituiti appunto per il raggiungimento di un determinato scopo ovvero come garanzia, senza che sussista alcun beneficiario finale dell'atto di destinazione patrimoniale.

La conseguente necessaria applicazione dell'imposta di successione e donazione a tutte le fattispecie di trust esistenti (incluso il trust di scopo), deve avvenire secondo le modalità illustrate nella circolare 6 agosto 2007, n. 48/E(11), dalle cui soluzioni interpretative la circolare n. 3/E del 2008 non si discosta, salvo integrarle con ulteriori precisazioni.

Con la circolare n. 3/E del 2008, l'Agenzia delle Entrate si sofferma sulle modalità di individuazione del soggetto passivo d'imposta e sull'applicazione delle franchigie. In particolare, viene specificato che ai fini della individuazione dei soggetti passivi tenuti al pagamento dell'imposta occorre fare riferimento al disposto dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 346 del 1990, in base al quale l'imposta è dovuta dagli eredi e dai legatari per le successioni, dai donatari per le donazioni e dai beneficiari per le altre liberalità tra vivi.

La circolare in rassegna, tuttavia, conclude affermando che "il soggetto passivo dell'imposta sulle successioni e donazioni è il trust, in quanto immediato destinatario dei beni oggetto della disposizione segregativa".

A tale ultimo riguardo non può non osservarsi come detta affermazione risulti invero in contraddizione con la qualificazione del trust fornita dall'Agenzia delle Entrate nell'ambito della precedente circolare, n. 48/E del 2007. In tale sede, l'Amministrazione finanziaria ha evidenziato che nel trust "il vincolo di destinazione avviene sin dall'origine a favore dei beneficiari finali" del medesimo e, proprio per questo motivo, l'imposta applicata al momento della dotazione patrimoniale del trust "copre" anche la successiva devoluzione del bene ai beneficiari (la tassazione "ha come presupposto il trasferimento di ricchezza ai beneficiari finali").

In tale stato di cose, una interpretazione coerente con le disposizioni contenute nel richiamato art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 346 del 1990 sarebbe stata quella di individuare i beneficiari finali del trust quali unici soggetti passivi dell'imposizione in esame. Del resto, è proprio con riferimento al tipo di legame eventualmente esistente tra il disponente (settlor) e i beneficiari finali che vengono individuate le aliquote d'imposta e le franchigie operanti nella determinazione del tributo dovuto.

Si deve ritenere che la diversa scelta effettuata dall'Agenzia delle Entrate risponde all'esigenza di individuare un soggetto passivo d'imposta che rimanga tale anche nelle ipotesi in cui il trust non preveda dei beneficiari finali del complesso negozio di destinazione patrimoniale (come avviene, per esempio, nel trust di scopo). Pertanto, l'aver voluto assoggettare ad imposta anche quelle fattispecie di trust in cui non si realizza alcun effetto traslativo dei beni segregati (e, quindi, non viene integrato il presupposto impositivo dell'imposta di donazione e successione⁽¹²⁾) ha determinato la necessaria individuazione di un soggetto passivo d'imposta diverso dal beneficiario della disposizio-

ne, con conseguente "forzatura" del chiaro dettato normativo dell'art. 5, comma 1, del D.Lgs. n. 346 del 1990.

Si evidenzia, infine, che, nell'affrontare la tematica delle franchigie d'imposta eventualmente spettanti all'atto di dotazione patrimoniale del trust, la circolare n. 3/E del 2008 ha chiarito alcuni dei dubbi precedentemente sorti con riferimento alle ipotesi in cui i beneficiari finali sono identificabili nel rapporto di parentela con il disponente ma non nella persona (per es. "il primo dei miei nipoti che raggiunga la maggiore età"). Secondo l'Agenzia delle Entrate, in siffatte ipotesi non è consentito usufruire delle franchigie, posto che queste rilevano con riferimento a ciascun beneficiario "tenendo conto delle disposizioni precedentemente poste in essere in suo favore dallo stesso disponente".

In considerazione dell'ampiezza della tassazione degli atti di destinazione patrimoniale si fa riserva di tornare sull'argomento, anche alla luce degli ulteriori chiarimenti che l'Amministrazione finanziaria vorrà fornire al riguardo.

(omissis)

Note:

(11) Il testo della Circolare può leggersi in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità del trust, *ivi*, 497 [n.d.r.].

(12) Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nella circolare, pari Serie, n. 19 del 17 ottobre 2007.

Italia

Osservazioni sulla disciplina fiscale del trust nell'imposizione diretta (alla luce della Finanziaria 2007)

■ Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 22-2007/T, approvato dalla Commissione studi tributari il 12 ottobre 2007

Sommario: 1. Il trust quale soggetto passivo Ires; 2. La commercialità e la non commercialità del trust; 3. Le presunzioni di residenza del trust; 4. Segue: La prova contraria del contribuente; 5. Imputazione del reddito al trust ed imputazione del reddito ai beneficiari; 5.1. Le ipotesi applicative: il trust "nudo"; 5.2. Le ipotesi applicative: le erogazioni meramente patrimoniali del trust; 5.3. Le ipotesi applicative: l'individuazione del beneficiario e della quota; 5.4. Le ipotesi applicative: trust con beneficiari e trust di scopo.

1. IL TRUST QUALE SOGGETTO PASSIVO IRES

Per molti anni il dibattito intorno alla imputabilità dei redditi derivanti dal patrimonio del *trust* e dall'attività esercitata dal *trustee* ha impegnato gli interpreti. Le diverse soluzioni avanzate, che si dividevano, fondamentalmente, nell'attribuire il reddito al *trustee* oppure al *trust* stesso quale soggetto passivo, riflettevano le difficoltà di un inquadramento nel sistema normativo degli "atipici" effetti giuridici del negozio di *trust*(1).

Se, in termini generali, la titolarità della fonte giuridica, su cui si fonda il concetto fiscale di reddito, sembra dover essere riconosciuta in capo al *trustee*, al tempo stesso quest'ultimo non può dirsi avere la disponibilità giuridica del reddito, proprio per effetto del vincolo reale, e non meramente obbligatorio, impresso sul patrimonio segregato(2).

D'altra parte, se la soluzione della soggettività passiva del *trust* poteva garantire la unificazione in capo al medesimo soggetto dei due profili della titolarità e della disponibilità del reddito, la stessa poteva affermarsi solo individuando nel *trust* una "altra organizzazione", non appartenente a diversi soggetti passivi, nei confronti della quale il presupposto dell'imposta "si verifica in modo unitario e autonomo" (in base alla definizione contenuta nell'art. 73, secondo comma, Tuir). Sorgevano, in questa prospettiva, ulteriori difficoltà, se si considera che secondo l'interpre-

tazione prevalente la stessa disposizione dell'art. 73, secondo comma, Tuir, presuppone, almeno a livello tendenziale, la soggettività di diritto civile che, indubbiamente, il *trust* non presenta(3).

Nonostante la soluzione della soggettività passiva del *trust* avesse infine trovato accoglimento anche a livello di prassi amministrativa(4), è da rilevare come la incertezza

Note:

(1) Sul tema, MICCINESI, Il reddito del trust nelle varie tipologie, in *Trust ed attività fiduciarie*, n. 3/2000, 309 ss.; NUZZO, E luce fu sul regime fiscale del trust, in *Banca e borsa*, 2002, 244 ss.; SALVATI, Profili fiscali del trust, Milano, 2004, 223 ss.; PAPARELLA, Brevi riflessioni aggiornate in tema di trusts, elusione ed interposizione di persona, in *Boll. trib.*, 2002, 485 ss.; 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, in *Boll. trib.*, 2003, 1683 ss.; FICARI, Il Trust nelle imposte dirette (Irap ed Irpef): un articolato modulo contrattuale oppure un autonomo soggetto passivo?, in *Boll. trib.*, 2000, 1529 ss.; LUPI-CONTRINO, Riforma IRES e trust; la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del trust, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 4 del 2004, pp. 579 ss. ZIZZO, Note minime in tema di trust e soggettività tributaria, in "Il fisco" n. 30/2003, 4658 ss.; TUNDO, Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del trust, in *Dir. e prat. trib.*, 1999, 1285 ss.

(2) In particolare, si veda FEDELE, Visione di insieme della problematica interna, in *I Trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, 273 ss.

(3) GALLO, La soggettività ai fini I.r.p.e.g., in AA.VV., *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, Roma-Milano, 1990, 662 ss.; FEDELE, Il regime fiscale delle associazioni, cit., 328; ID., Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario, in AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo*, Milano, 2003, 293 ss.; ANTONINI, La soggettività tributaria, Napoli, 1965, 106; CASTALDI, Gli enti non commerciali, cit., 62; FICARI, Soggettività tributaria e possesso del reddito nella disciplina della cartolarizzazione dei crediti e dei patrimoni destinati, in *Giur. imp.*, 2003, 1358 ss.; NUZZO, Questioni in tema di tassazione di enti non economici, in *Rass. trib.*, 1985, I, 136 ss.

(4) AGENZIA ENTRATE, Nota n. 30900 del 4/3/2003; Nota del 28/9/2004; Ris. N. 8/E del 17/1/2003, in *Fisconline*; Delibera SECIT n. 37/98 del 11/5/1998; CIRC. n. 55 del 17/1/2003. Sul punto anche CANTILLO, *Il regime fiscale del trust dopo la Finanziaria 2007*, in *Rass. trib.* 2007, 1047 ss.

della identificazione dei concetti, così ampiamente dibattuti, su cui si basa la categoria "residuale" dell'art. 73, secondo comma, Tuir, non poteva dare piena sicurezza alla soluzione giuridica(5).

È dunque in questo quadro che va valutata la modifica apportata dalla legge 296/2006 all'art. 73, primo comma, Tuir che, nella formulazione in vigore dal 1/1/2007, riconosce espressamente i *trust* come soggetti passivi Ires, accanto agli enti pubblici e privati commerciali (lett.b), agli enti pubblici e privati non commerciali (lett.c), agli enti pubblici e privati non residenti (lett. d). Al tempo stesso, però, l'art. 73, secondo comma (come modificato dalla legge finanziaria) prevede che in taluni casi i redditi conseguiti dal *trust* siano imputati direttamente in capo ai beneficiari. Sul problematico rapporto tra la soggettività del *trust* e l'imputazione dei redditi ai beneficiari ci si soffermerà in seguito.

2. LA COMMERCIALITÀ E LA NON COMMERCIALITÀ DEL TRUST

La collocazione del *trust*, già a livello di diritto positivo, nelle diverse categorie di soggetti passivi, evidenzia l'impossibilità di considerare il *trust* quale fenomeno negoziale unitario. In questo senso, ed una volta appurata la soggettività passiva Ires, risulta necessario, per delineare in termini più precisi il trattamento tributario, individuare la natura commerciale o non commerciale del *trust*, così come la residenza(6).

Il *trust* commerciale risulta quello che, ai sensi dell'art. 73, primo comma, lett. b), ha "per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali".

Occorre considerare che, per quanto riguarda gli enti residenti, l'art. 73, ai commi quarto e quinto, Tuir, prevede specifiche regole per la individuazione della commercialità, facendo riferimento alla legge, all'atto costitutivo ed allo statuto (se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata) e, secondariamente, all'attività effettivamente esercitata.

Si pone il problema di determinare se le disposizioni citate siano o meno applicabili anche al *trust*. Problema che nasce non solo per il fatto che le stesse si riferiscono espressamente agli "enti residenti", mentre i *trust* letteralmente sono considerati, dal comma primo (lettere b, c e d), soggetti passivi *insieme* agli altri enti (le norme usano le disposizioni "nonché i *trust*", "compresi i *trust*") e non sono invece chiaramente definiti *quali* enti, commerciali o non commerciali, residenti o non residenti(7).

Tale ostacolo è però superabile considerando che, in termini sistematici, l'inserimento dei *trust* nel primo comma dell'art. 73 vale la equiparazione degli stessi, ai fini dell'applicazione delle diverse discipline per la determinazione della base imponibile, agli enti commerciali residenti (artt. 81 ss.), agli enti non commerciali residenti (artt. 143

ss.), agli enti commerciali non residenti (artt. 151, 152), agli enti non commerciali non residenti (art. 153 ss.).

Più difficile può invece essere l'applicazione dei commi quarto e quinto dell'art. 73, Tuir, se solo si osserva che tali disposizioni fanno riferimento alla legge, all'atto costitutivo ed allo statuto quali fonti negoziali della disciplina dell'ente e che nessuna di queste fonti risulta presente nella configurazione giuridica del *trust*.

Si dovrebbe dunque accogliere una nozione ampia di "atto costitutivo" e di "statuto" quale disciplina negoziale dei beni, degli atti e dei rapporti che fanno capo al soggetto. In questo modo potrebbe ricomprendersi anche l'atto istitutivo del *trust*, nonostante non si possa parlare, in senso stretto, di atto costitutivo oppure di statuto(8).

Se, allora, l'atto istitutivo del *trust* deve essere valutato al fine di determinare la commercialità, risulta necessario che dallo stesso emerga sia lo scopo del *trust*, sia l'attività che appare funzionale al raggiungimento dello scopo principale od esclusivo(9).

Così, in ipotesi, un *trust* liberale che preveda l'esercizio dell'attività di impresa da parte del *trustee* per il conseguimento degli scopi altruistici indicati nell'atto istitutivo, dovrà qualificarsi in termini di ente commerciale. Mentre, al contrario, un *trust* istituito per finalità egoistiche (per esempio, la gestione di un patto di sindacato), ma senza la previsione dell'esercizio di atti di impresa dovrà essere definito quale ente non commerciale.

Note:

(5) SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, Giur.sist.dir.trib., diretta da Tesaurò, Torino, 1996, 35 ss.; ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2005, 216 ss.

(6) Occorre notare come la recente CIRC. n. 48/E del 6/8/2007 avente ad oggetto la disciplina fiscale del *trust* non si soffermi sul problema della commercialità o non commercialità del *trust*, mentre diverse sono le considerazioni relative al tema della residenza, come si vedrà in seguito. [In questa Rivista, 2007, 630, n.d.r.].

(7) FRANSONI, La disciplina del *trust* nelle imposte dirette, in Riv.dir.trib., 2007, 231.

(8) Soluzione condivisa anche da FRANSONI, La disciplina del *trust*, cit., 245, il quale tende ad attribuire rilievo, a determinate condizioni, anche ai successivi atti di disposizione, posti in essere dal *trustee*, ed alla cosiddetta *letter of wishes*.

(9) Si noti infatti che, ai sensi dell'art. 73, quarto comma, per "oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari" dell'ente, risultando dunque necessaria una relazione in termini qualitativi tra natura commerciale dell'attività esercitata e scopo principale dell'ente. Su questi temi, ampiamente, MICCINESI, I tributi diretti erariali, in RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, 1999, 664; FRANSONI, La rilevanza degli oggetti e degli scopi degli enti diversi dalle società ai fini dell'individuazione del regime fiscale, in Riv.giur.trib., 1997, 485; PERRONE, Associazioni temporanee di imprese e consorzi con attività esterna: problemi di diritto tributario, in Riv.dir.fin. sc.fin., 1984, I, 130; FICARI, Strumentalità dell'attività commerciale e fine non lucrativa nella tassazione delle associazioni, in, Il regime fiscale delle associazioni, a cura di Fedele, Padova, 1998, 3 ss.

In questa prospettiva, l'eventuale natura discrezionale del *trust* appare in grado di spostare sull'attività di fatto svolta dal *trustee* il giudizio in base al quale definire la commercialità o meno del *trust*. Si immagini un atto istitutivo di *trust* che individui i beni ed i beneficiari ma lasci al *trustee* la possibilità di scegliere le forme attraverso cui produrre reddito con i beni segregati. In questo caso, solo l'attività effettivamente esercitata dal *trustee* potrà definire la commercialità del *trust* medesimo(10). L'individuazione della qualifica commerciale per il *trust* comporta poi la unitaria determinazione del reddito in base alla disciplina del reddito di impresa, così come la tenuta delle scritture contabili ai sensi dell'art. 13, primo comma, lett. b), Dpr 600/73; articolo che opportunamente la legge 296/2006 ha modificato inserendo i *trust* tra i soggetti obbligati.

Il *trust* non commerciale potrà invece produrre diverse categorie reddituali, tra cui quella (non prevalente) d'impresa con, per quanto attiene quest'ultima attività, l'obbligo di tenuta delle scritture contabili ex art. 13, secondo comma, lett. g), Dpr 600/73.

Rispetto agli obblighi formali e strumentali, l'Agenzia delle Entrate (circ. n. 48/E/2007) ha avuto modo di chiarire come, indipendentemente dalla imputazione del reddito al *trust* oppure ai beneficiari, il *trust* è tenuto ad adempiere gli obblighi specificamente previsti per i soggetti IRES, tra cui quello della dichiarazione annuale(11).

A parere dell'Agenzia delle Entrate, inoltre, il *trust* sarebbe tenuto ad adempiere gli obblighi formali e sostanziali relativi all'IRAP in quanto "soggetto passivo rientrante, a seconda dell'attività svolta, nelle fattispecie di cui all'art. 3, comma 1, lettere a) ed e) del medesimo decreto"(12).

Soluzione, quest'ultima, che è stata messa in discussione a livello dottrinale(13), in quanto l'art. 73 Tuir non ha "incluso i *trust* fra gli enti pubblici e privati diversi dalle società, di cui alle lettere b) e c) dell'art. 73, comma primo, Tuir, ma ha introdotto questa nuova figura soggettiva affiancandola a quella degli enti pubblici e privati". Conseguentemente, se si accoglie simile impostazione, al *trust* non sarebbe applicabile la disposizione di cui all'art. 2, primo comma, Dlgs 446/1997, che considera l'attività esercitata dalle "società ed enti"(14).

Problema analogo si pone con riferimento alla possibile equiparazione del *trust* agli enti non commerciali, in caso di *trust* c.d. caritatevoli o benefici, per l'applicazione di discipline di ordine agevolativo previste per gli enti non commerciali(15), soprattutto con riferimento al regime ONLUS(16).

3. LE PRESUNZIONI DI RESIDENZA DEL TRUST

L'art. 1, comma 74, legge 296/2006, ha introdotto due

disposizioni relative alla individuazione della residenza del *trust*, dalla finalità chiaramente antielusiva.

Il riformato terzo comma dell'art. 73, Tuir, contiene ora due periodi finali che presumono la residenza in Italia dei *trust* (e di "istituti di analogo contenuto") istituiti in Paesi con cui non è previsto lo scambio di informazioni (e che, quindi non rientrano del DM 4/9/1996) nei quali:

1. almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari siano fiscalmente residenti in Italia; oppure quando:
2. successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente in Italia effettui in favore del *trust* una attribu-

Note:

(10) Occorre peraltro sottolineare che, anche qualora la natura non commerciale fosse individuata sulla base delle risultanze dell'atto istitutivo di *trust*, l'attività di impresa effettivamente esercitata sarebbe in grado di determinare la perdita della qualifica di ente non commerciale nei limiti ed agli effetti dell'art. 149, Tuir. Come è noto, l'articolo in esame considera rilevante la prevalenza dell'attività commerciale per un intero periodo d'imposta, attribuendo rilievo ad una serie, non tassativa, di parametri quali le immobilizzazioni, i ricavi, i componenti negativi, i redditi conseguiti.

(11) Come ha rilevato l'Agenzia delle Entrate (circ. n. 48/E), "nei casi in cui il periodo di imposta di un *trust* trasparente non coincida con l'anno solare, il reddito da questi conseguito è imputato ai beneficiari individuati alla data di chiusura del periodo di gestione del *trust* stesso". La stessa Agenzia ha precisato che "tutti gli adempimenti tributari del *trust* sono assolti dal *trustee*".

(12) CIRC. n. 48/E, cit.

(13) FRANSONI, *La disciplina del trust*, cit., 231 ss.

(14) Secondo l'Autore, non sarebbero inoltre applicabili gli obblighi propri dei sostituti di imposta ex artt. 23 ss. Dpr 600/73, anche se non è esclusa una interpretazione estensiva della soggettività ai fini degli obblighi di sostituzione.

(15) Sul tema SORGONA, *Trust senza fini di lucro: profili giuridici e fiscali*, in *Il fisco*, allegato, n. 38/2001.

(16) Si noti come la Circolare N.48/E sia intervenuta anche relativamente ad aspetti del trattamento fiscale del *trust* non strettamente inerenti alle novità legislative recate dalla finanziaria 2007. L'occasione è infatti stata utile, per l'Agenzia, per chiarire, con una ricognizione dei principi e delle norme già esistenti, il regime tributario dei trasferimenti dei beni "nel" *trust* e "in" *trust*. Per quanto attiene i beni che vengono trasferiti in un *trust*, il trattamento è differenziato a seconda che si tratti o meno di soggetto imprenditore, visto che, in caso positivo, si realizzerà la fattispecie di destinazione a finalità estranee di impresa. Fattispecie in grado di generare operazioni imponibili Iva (art. 2, comma 2 n. 5, Dpr 633/72, così come, in quanto pienamente "realizzativi", ricavi oppure plus/minusvalenze di impresa, in base al valore normale dei beni trasferiti. Se il trasferimento ha invece ad oggetto una azienda, l'art. 58, primo comma, Tuir, garantisce la neutralità del passaggio, nella continuità dei valori fiscali. Importante è poi il chiarimento (pure se desumibile dai principi) da parte dell'Agenzia, che anche se il *trustee* è soggetto imprenditore, il trasferimento dei beni in *trust* non realizza una sopravvenienza attiva ex art. 88, terzo comma, lett. b., Tuir. Per quanto riguarda, invece, la cessione dei beni in *trust*, si chiarisce che le stesse possono assumere rilevanza, nelle imposte sui redditi, se effettuate nell'esercizio dell'impresa (del *trust*), con una disciplina che "varia in funzione della categoria di appartenenza del bene ceduto" oppure al di fuori dell'impresa, con possibile applicazione dell'art. 67, Tuir.

zione che importi il trasferimento di proprietà dei beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione.

Solo per la prima presunzione, l'art. 73, terzo comma, prevede espressamente la possibilità della prova contraria.

In termini generali, è da ritenere che la fissazione della residenza in Italia dei *trust* debba avvenire secondo le regole generali, individuate per le società e gli enti dal terzo comma, primo periodo, dell'art. 73, Tuir, come ha recentemente chiarito anche la Circolare n. 48/E/2007 dell'Agenzia delle Entrate.

Il criterio della sede dell'amministrazione assume, soprattutto con riferimento ai *trust*, una notevole importanza dal punto di vista applicativo, per la impossibilità di adottare il criterio della sede legale⁽¹⁷⁾ e la notevole difficoltà accertativa connessa alla individuazione dell'oggetto principale dell'attività⁽¹⁸⁾.

È noto come la non residenza in Italia possa comportare vantaggi di tipo tributario, e quindi essere cercata anche in una logica di "ottimizzazione fiscale", come nel caso di godimento di regimi esteri più favorevoli (per esempio per la tassazione dei dividendi o dei *capital gains*) o di regimi interni sostitutivi previsti per soggetti non residenti⁽¹⁹⁾.

Al di fuori delle ipotesi in cui lo stesso *trust* oppure soggetti controllati o collegati al *trust* siano collocati in Paesi a fiscalità privilegiata, situazioni per le quali si pone il problema dell'applicazione della disciplina delle *Controlled foreign companies*⁽²⁰⁾, le disposizioni qui in esame sembrano perseguire finalità di contrasto alla fittizia collocazione all'estero della residenza dei *trust*, in quei casi in cui esistano collegamenti di ordine personale e/o immobiliare con il territorio italiano.

L'Agenzia delle Entrate è recentemente intervenuta sul tema (Circ. n. 48/E/2007), fornendo alcuni chiarimenti.

In primo luogo è stato sottolineato come il riferimento, che la norma fa, ai *trust* "istituiti" all'estero è da intendere nell'ampio significato di *trust* che abbiano "formalmente la residenza in un paese non incluso" nella c.d. *white list*. Non sembra dunque poter limitare l'applicazione della norma ai casi di *trust* i cui atti istitutivi siano formati all'estero, come era stato inizialmente avanzato in dottrina⁽²¹⁾.

L'Agenzia ha inoltre affermato che il riferimento, oltre ai *trust*, ad "istituti di analogo contenuto" non intende estendere l'area applicativa della presunzione, bensì consentirne l'applicazione anche in quelle ipotesi di ordinamenti stranieri che disciplinino istituti del tutto analoghi al *trust* ma con *nomen* differente.

Sulla operatività della presunzione, una importante precisazione riguarda la natura della stessa che, secondo l'Agenzia, è da intendersi come relativa (quindi con possibilità di fornire prova contraria) in entrambe le ipotesi considerate dall'art. 73, terzo comma. Occorre sottolineare

come la lettera dell'art. 73, terzo comma, avrebbe potuto far propendere (come in effetti buona parte della dottrina aveva sostenuto) per la natura assoluta della presunzione n. 2. La lettura dell'Agenzia, sicuramente più favorevole al contribuente, deve però essere condivisa, in quanto fondata sulla *ratio* della norma e su criteri, anche dal rilievo costituzionale, di ragionevolezza e proporzionalità.

La prima delle due presunzioni si basa, come visto, sulla residenza in Italia di almeno un beneficiario ed almeno uno dei disponenti i quali, però, non dovranno necessariamente, secondo quanto affermato dalla Circ. n. 48/E, essere residenti in Italia nel medesimo periodo di imposta. Per il disponente, conta infatti la residenza nel momento in cui è effettuato l'atto di disposizione a favore del *trust*, con l'irrelevanza a questi fini di successivi cambiamenti di residenza. Per quanto attiene il beneficiario, l'Agenzia ha chiarito che la presunzione è applicabile solo nelle ipotesi di *trust* con beneficiari individuati e che la residenza fiscale del beneficiario attrae in Italia la residenza fiscale del *trust* anche se "si verifica in un periodo d'imposta successivo a quello in cui il disponente ha posto in essere il suo atto di disposizione" ed anche indipendentemente dall'"avvenuta erogazione del reddito a favore del beneficiario nel periodo di imposta".

Nella seconda delle due presunzioni introdotte, invece, non si pongono analoghe problematiche, visto che è l'ubicazione degli immobili a creare il collegamento territoriale con il nostro Paese, che sorregge l'inversione dell'onere della prova.

4. SEGUE: LA PROVA CONTRARIA DEL CONTRIBUENTE

Un profilo di notevole interesse riguarda la prova con-

Note:

(17) Così anche la CIRC. 48/E, cit.

(18) Sul tema, PERRONE, *La residenza del trust*, in *Rass. trib.*, 1999, 1601 ss.; GREGO, *Note sulla determinazione della residenza fiscale del trust*, in *Il fisco*, 1998, 11535 ss.; MARINO, *Profili di diritto internazionale tributario del trust: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. trib.*, III, 3 ss.; GARBARINO, *Trust "trasparenti" ed "opachi" nell'ambito dei Tax treaties*, in *Trusts e att. fid.*, 2001, 515 ss.

(19) BERTOLASO-BRESSAN, *Le "esterovestizioni" alla prova della presunzione di residenza. Alcune considerazioni con particolare riguardo alle holding "statiche"*, in *Il fisco*, 2006, 5617 ss.; GAETA, *Trust e regimi d'esoneo dalle imposte sui redditi finanziari per i soggetti non residenti*, in *Trusts e att. fid.*, 2004, 42 ss.

(20) LUPOI A., *Spunti su trust e art. 127bis del Testo unico delle imposte sui redditi*, in *Trusts e att. fid.*, 2002, 221 ss. In generale, sui profili di elusività, si rinvia a GALLO, *Trust, interposizione ed elusione fiscale*, in *Rass. trib.*, 1996, 1043 ss.

(21) LUPOI, *Imposte dirette e trust*, cit., 267.

traria che può essere data per vincere la presunzione. Sarà infatti necessario provare l'assenza degli elementi caratterizzanti la residenza in Italia, ai sensi dell'art. 73, Tuir, e, quindi, che né l'amministrazione né l'oggetto principale siano collocati nel territorio italiano.

È peraltro da notare come la difficoltà a ricondurre i trust nella categoria degli enti e delle società disciplinati dall'art. 73, Tuir, si riflette anche in una difficile riconducibilità agli stessi dei criteri normativamente fissati dallo stesso art. 73 per determinare la residenza.

Se, come già accennato, la sede legale risulta del tutto inutilizzabile nelle fattispecie in esame, i criteri dell'oggetto principale e della sede dell'amministrazione non risultano indici certi in una simile prospettiva.

Sul punto, le indicazioni fornite dalla Circ. n. 48/E non appaiono del tutto condivisibili. L'Agenzia ha infatti affermato che si potrà individuare la sede dell'amministrazione nei casi di trust che si avvalgono, "nel perseguire il loro scopo, di un'apposita struttura organizzativa (dipendenti, locali, ecc.)" (22).

Tale lettura giunge, a ben vedere, a far coincidere il luogo di gestione dell'attività del trust con la sede dell'amministrazione. In modo non solo incompatibile con la lettura prevalente del criterio della sede dell'amministrazione ma che, soprattutto, non coincide con la definizione fornita a livello di diritto internazionale tributario, nella interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni (23).

La sede amministrativa si identifica, come noto, nel luogo in cui l'ente svolge la "preminente attività direttiva ed amministrativa", da cui provengono "gli impulsi volitivi inerenti all'attività amministrativa". Non coincide, dunque, con il luogo in cui l'attività è esercitata o le decisioni operative sono prese, ma con quello in cui si determinano le scelte di "gestione sociale" dell'ente.

È però da sottolineare come, in buona parte dei casi, simili scelte vengano prese a livello di "atto istitutivo", soprattutto nelle ipotesi di trust non discrezionali, con, sembrerebbe, una impossibilità ad utilizzare il criterio della sede dell'amministrazione e, conseguentemente, una ulteriore limitazione alla prova contraria esperibile dal contribuente.

L'oggetto principale è poi, di per sé, un criterio estremamente incerto e di difficile applicabilità, già con riferimento alle società commerciali. Almeno se si ritiene, come fa l'interpretazione prevalente, che l'oggetto principale debba individuarsi nel luogo in cui l'attività dell'ente viene esercitata in modo *quantitativamente* prevalente rispetto ad altri Paesi.

Come giudicare simile "prevalenza quantitativa" nei casi in cui il trust si limiti alla gestione di immobili, magari localizzati in diversi Paesi; oppure alla gestione di partecipazioni in diverse società europee? In termini generali, e soprattutto quando il trust non eserciti una attività im-

prenditoriale (24), risulta estremamente difficile, in concreto, individuare elementi certi su cui il contribuente possa basarsi per fornire la prova contraria della residenza, con riferimento all'oggetto principale (25).

Queste osservazioni non solo possono condurre a rilevare la scarsa attenzione del legislatore che, nel momento stesso in cui ha riconosciuto la soggettività passiva del trust, non ha contestualmente "adattato" le specifiche regole per determinare la residenza, così come la commercialità, proprio alla particolare configurazione negoziale del trust.

Infatti, la difficoltà interpretativa, la difficile sussunzione del caso concreto nelle fattispecie legali, è in grado di tradursi, per l'operare della prova contraria, in una limitazione al diritto della prova contraria da parte del contribuente, fino al punto da poter qualificare quest'ultima quale *probatio diabolica*.

Per questo motivo, dovrebbe quantomeno essere accolta una nozione di sede dell'amministrazione che, adattata a livello interpretativo alla particolare configurazione del trust, si identifichi con il luogo in cui il trustee prende le decisioni relative al patrimonio ed all'attività del trust e, quindi, il luogo in cui lo stesso trustee opera. È infatti quest'ultimo, indubitabilmente, il soggetto "gestore" del patrimonio segregato, con una posizione analoga a quella rivestita dall'organo amministrativo nei soggetti societari (26).

5. IMPUTAZIONE DEL REDDITO AL TRUST ED IMPUTAZIONE DEL REDDITO AI BENEFICIARI

La legge 296/2006 ha inserito un periodo al secondo

Note:

(22) In mancanza, sottolinea l'Agenzia, "la sede dell'amministrazione tenderà a coincidere con il domicilio fiscale del trustee".

(23) Per tutti, MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 118.

(24) E, peraltro, anche nel caso di esercizio dell'impresa in diversi Paesi non appare facile individuare quali criteri di ordine quantitativo debbano essere presi in considerazione per fissare l'oggetto principale: fatturato, ricavi, valore delle immobilizzazioni, ecc.?

(25) L'Agenzia delle Entrate conferma le perplessità avanzate quando (nella circolare n. 48/E), afferma che il criterio dell'oggetto principale è "strettamente legato alla tipologia di trust. Se l'oggetto del trust (...) è dato da un patrimonio immobiliare situato interamente in Italia, l'individuazione della residenza è agevola; se invece i beni immobili sono situati in Stati diversi occorre fare riferimento al criterio della prevalenza. Nel caso di patrimoni mobiliari o misti l'oggetto dovrà essere identificato con l'effettiva e concreta attività esercitata". Si noti l'estrema difficoltà ed incertezza per il contribuente nel fornire una prova di questo tipo, che si traduce inevitabilmente in una restrizione della possibilità concreta della prova contraria alla presunzione legale.

(26) In questo senso potrebbe leggersi anche l'affermazione, già riportata, dell'Agenzia delle entrate contenuta nella circolare n. 48/E rispetto alla normale coincidenza tra sede dell'amministrazione del trust e "domicilio fiscale del trustee".

comma dell'art. 73, Tuir, che così recita: "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".

La previsione normativa disciplina la particolare ipotesi in cui l'atto istitutivo di *trust* contenga la individuazione dei soggetti beneficiari per fare discendere, da tale configurazione negoziale del *trust*, la conseguenza della imputabilità dei redditi creati con il patrimonio segregato direttamente in capo ai beneficiari stessi.

Occorre, inoltre, osservare che l'art. 1, comma 75, della legge 296/2006, ha inserito all'art. 44, primo comma, Tuir, la nuova lettera *g-sexies*, secondo cui si qualificano quali redditi di capitale "i redditi imputati al beneficiario di *trust* ai sensi dell'art. 73, comma 2, anche se non residenti".

Nelle ipotesi di imputazione dei redditi direttamente ai beneficiari, dunque, il legislatore sembrerebbe richiedere una specifica qualificazione dei redditi creati con il patrimonio segregato che potrà anche apprezzarsi quale *ri-qualificazione*, qualora il reddito sia prodotto con modalità tipiche di una categoria reddituale diversa dai redditi di capitale (esempio: reddito fondiario) ed imputato direttamente al beneficiario (in quanto, appunto, reddito di capitale)(27).

Le problematiche, in termini applicativi, che possono nascere dalla "doppia natura" che assumerebbe in questo caso il reddito creato (rispetto ai criteri di determinazione dell'imponibile, ai criteri di imputazione temporale, ai criteri di territorialità) possono risolversi accogliendo la "ragionevole" soluzione indicata a livello dottrinale secondo cui il legislatore avrebbe introdotto "una deroga agli ordinari sistemi di qualificazione del reddito imputato, prevedendo un percorso in due fasi: nella prima il reddito viene quantificato come se esso dovesse essere tassato in capo al *trust*, anche, anzi essenzialmente, con riguardo alle regole di determinazione connesse alle e dipendenti dalle qualificazioni soggettive del *trust* medesimo; nella seconda fase, il reddito così quantificato viene quindi imputato al soggetto passivo vero e proprio, come reddito di capitale (ossia senza ulteriori deduzioni)"(28).

Sembrerebbero avvalorare una simile soluzione anche le affermazioni della citata Circolare n. 48/E/2007 secondo cui il *trust* sarebbe sempre soggetto passivo, per gli obblighi di tipo formale e strumentale, anche nelle ipotesi in cui i redditi debbono imputarsi direttamente ai beneficiari. Tale soggettività di ordine formale si giustifica, infatti, alla luce della distinzione, che la scelta normativa imporrebbe, tra momento della *produzione* e momento della *imputazione* del reddito. Nel senso che la produzione deve comunque sempre riferirsi al *trust*, e quindi in questa logica debbono essere mantenuti gli obblighi di ordine formale (si pensi alla contabilità, in caso di esercizio di attività

commerciale), anche se la imputazione del reddito riguarda un diverso soggetto (il beneficiario) ed, eventualmente, una diversa tipologia reddituale.

Ciò chiarito, non si pone nessun problema interpretativo nelle ipotesi di assoggettamento dei redditi creati dal *trust* ad imposizione sostitutiva o a ritenuta di imposta. In questi casi, come ha chiarito l'Agenzia delle Entrate(29), non si dà luogo a tassazione né in capo al *trust* né in capo ai beneficiari(30).

5.1. Le ipotesi applicative: il *trust* "nudo"

Se la scelta legislativa della diretta imputazione ai beneficiari, quando individuati nell'atto istitutivo o in atti successivi, sembra apprezzare la poliedricità del fenomeno *trust* e muoversi nel solco di soluzioni interpretative raggiunte nel sistema previgente(31), occorre anche sottolineare le difficoltà applicative connesse ad una certa imprecisione della formulazione normativa(32).

La disposizione, infatti, fa riferimento ai *trust* in cui i beneficiari "siano individuati", non considerando rilevanti altri aspetti, quali la discrezionalità o meno del *trust*, oppure la specifica configurazione negoziale del diritto dei beneficiari.

La norma sembra potersi sicuramente applicare con ri-

Note:

(27) Non sembra invece che il reddito imputato a società ed enti commerciali possa essere "riqualificato" quale reddito di capitale, in applicazione dei principi dell'ordinamento (espressi, in particolare, dagli articoli 6, terzo comma e 81, Tuir) in base ai quali i redditi di tali soggetti sono sempre considerati d'impresa. Così anche FRANSONI, *op.ult.cit.*, 261; ARQUILLA, *Natura finanziaria dei redditi imputati al beneficiario del trust*, in *Corr.trib.*, 2007, 535 ss. Sul punto non si è invece espressa la Circolare n. 48/E, cit.

(28) FRANSONI, *op.ult.cit.*, 265.

(29) Circ. n. 48/E, cit.

(30) L'Agenzia fa riferimento alle seguenti ipotesi: interessi, premi e frutti dei titoli di cui al Dlgs 239 del 1/4/1996 in caso di *trust* che non esercita attività commerciale; redditi di obbligazioni e titoli similari di cui all'art. 26, primo comma, Dpr 600/73 in caso di *trust* che non esercita attività commerciale; redditi diversi di natura finanziaria ex art. 67, primo comma, lett. da c -bis) a c -quinqies), Tuir, se percepiti da *trust* non commerciali residenti.

(31) Si vedano LUPI-CONTRINO, Riforma IRES e *trust*; la maggiore realtà e la patrimonializzazione come ulteriori argomenti per la soggettività definitiva del *trust*, in cit., 579 ss.; LUSCHI- STEVANATO, Il *trust* tra imposte indirette e sistemi di imputazione dei redditi, in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 5 del 2004, 751 ss.; STEVANATO- LUPI, Il regime di trasparenza per i *trust* interni "non discrezionali", in *Dialoghi di diritto tributario*, n. 10 del 2004, 1391 ss.; SEMINA, *Trust "nudo" e trasparenza fiscale*, in *Il fisco*, 2005, 1924 ss.; LUPOLI, Osservazioni sui primi interpellanti riguardanti *trust*, in *Il fisco*, 2003, 4342 ss.

(32) Come nota anche SEPIO, in SEPIO-COVINO, La regolamentazione del *trust* ai fini delle imposte sui redditi: luci e ombre, in *Dialoghi dir.trib.*, 2007, 79.

ferimento al *trust* cosiddetto “nudo”, in cui la regolamentazione negoziale del *trust* prevede, in capo al beneficiario, la diretta attribuzione del reddito nel momento stesso in cui è creato.

Si pensi al *trust* che abbia come oggetto la gestione di partecipazioni societarie che costituiscono il patrimonio segregato e che preveda la diretta attribuzione ai beneficiari dei dividendi relativi alle partecipazioni societarie man mano che matura il diritto alla relativa percezione.

In queste ipotesi sia la titolarità sia la disponibilità giuridica dei redditi creati sono ricostruibili in capo ai soggetti beneficiari ed appare dunque coerente con i principi la tassazione dei redditi in capo a questi ultimi. Conclusione cui già, lo si noti, la prassi amministrativa era giunta nel sistema previgente⁽³³⁾.

5.2. Le ipotesi applicative: le erogazioni meramente patrimoniali del trust

Alla sicura applicazione della regola della “trasparenza” alle ipotesi di trust nudi si accompagna la sicura esclusione della stessa a quelle ipotesi in cui ai beneficiari sia riconosciuto il diritto ad ottenere una quota del patrimonio del trust; quando il trust sia semplicemente il “gestore statistico di un patrimonio non fruttifero” ed il diritto del beneficiario si configuri in termini di mera distribuzione patrimoniale. In questa circostanza, infatti, neppure si potrebbe ritenere di essere in presenza di un “reddito”⁽³⁴⁾.

5.3. Le ipotesi applicative: l'individuazione del beneficiario e della quota

In tutti gli altri casi, in base al tenore letterale della norma, risulterebbe solo necessario, per realizzare l'imputazione diretta ai beneficiari, che questi ultimi siano “individuati” e che si possa configurare una “quota di partecipazione” che, qualora non sia individuata nell'atto o in documenti successivi, è presunta in parti uguali tra i diversi beneficiari.

Parte della dottrina ha rilevato che, in questo modo, la regola generale che il sistema afferma è “proprio quella dell'imputazione ai beneficiari del vincolo dei redditi derivanti dal patrimonio vincolato (...), mentre la soggettivazione costituisce una regola residuale, applicabile solo nelle ipotesi in cui non sia in alcun modo identificabile un beneficiario”⁽³⁵⁾.

Occorre però notare come tale scelta impositiva possa evidenziare non trascurabili problemi in tutti quei casi in cui all'imputazione del reddito (che risulta dissociata dalla titolarità della fonte produttiva, come in diversi casi già conosciuti dalla legislazione fiscale) non corrisponde la disponibilità giuridica e, quindi, una effettiva capacità economica sottostante.

In questa prospettiva, l'Agenzia delle Entrate (con la

più volte citata Circ. n. 48/E) è intervenuta fornendo una soluzione interpretativa sicuramente condivisibile.

L'Agenzia sembra partire dal presupposto che la soggettività passiva del *trust* rivesta una portata generale, in grado di essere derogata nei soli casi in cui i beneficiari (o il beneficiario), oltre ad essere individuati, siano anche titolari di un diritto certo alla percezione del reddito⁽³⁶⁾.

Per l'Agenzia, infatti, il possesso del reddito che giustifica l'imputazione ai beneficiari è da intendersi quale “*capacità contributiva attuale*”, essendo necessario che il beneficiario “*risulti titolare del diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata per trasparenza*”⁽³⁷⁾.

Simile affermazione risulta estremamente importante, in quanto evita una generalizzata imposizione in capo ai beneficiari, che avrebbe anche potuto desumersi dal dato normativo, il quale richiede solamente, ai fini della tassazione per trasparenza, che i beneficiari siano “individuati”.

Se l'Agenzia riesce in questo modo a conciliare il dato positivo con il rispetto del principio di capacità contributiva⁽³⁸⁾, non appaiono però del tutto risolti i problemi interpretativi, come si vedrà tra breve.

Note:

(33) Circolari dell'Agenzia delle Entrate della Liguria del 24/7/2003 e del 13/9/2004, in Fisconline [e in questa Rivista, 2005, rispettivamente, 298 e 480, n.d.r.].

(34) Tele conclusione è accolta da SEPIO, *op.ult.cit.*, 88; FRANSONI, *op.ult.cit.*, 258. L'ipotesi è assimilata, da CANTILLO, *Il regime fiscale del trust*, cit., a quella del *trust* di accumulazione, “per cui il trustee è tenuto ad accantonare il reddito per la durata del *trust* o per determinati periodi, sicché i soggetti non beneficiano del reddito, ma del capitale risultante alla scadenza stabilita.”

(35) FRANSONI, *op.ult.cit.*, 236.

(36) L'Agenzia distingue tra *trust* “opachi” e “trasparenti”, precisando peraltro che possono esserci ipotesi di *trust* ibridi, in parte opachi ed in parte trasparenti. “Ciò avviene, ad esempio, quando l'atto istitutivo preveda che parte del reddito di un *trust* sia accantonata a capitale e parte sia invece attribuita ai beneficiari. In questo caso, il reddito accantonato sarà tassato in capo al *trust* mentre il reddito attribuito ai beneficiari, qualora ne ricorrano i presupposti, vale a dire quando i beneficiari abbiano diritto di percepire il reddito, sarà imputato a questi ultimi”.

(37) In questo senso anche le considerazioni di CANTILLO, *Il regime fiscale del trust*, cit., secondo cui la regola della trasparenza non è applicabile nelle “numerose fattispecie nelle quali i beneficiari, ancorché individuati, non vantano un diritto certo ed attuale ad una quota di reddito, che perciò non è ad essi direttamente imputabile”.

(38) Correttamente, sottolinea l'Agenzia, la posizione dei beneficiari di un *trust* è notevolmente differente dai soci delle società trasparenti, altri soggetti cui l'ordinamento imputa redditi che sono stati creati da un differente soggetto (la società, appunto). I soci, infatti, “possono autonomamente stabilire i criteri di distribuzione degli utili societari”, mentre “i beneficiari di un *trust* non hanno alcun potere in ordine all'imputazione del reddito del *trust*, cui provvede unicamente il trustee sulla base dei criteri stabiliti dal disponente”. Si noti che nelle società di persone la scelta normativa si poggia sul diritto soggettivo pieno del socio alla percezione dell'utile, una volta che quest'ultimo sia stato accertato; nelle società di ca-

(segue)

Nessuna difficoltà pare riscontrarsi in quelle ipotesi in cui il reddito creato dal *trust* viene attribuito ai beneficiari integralmente, nello stesso periodo di imposta, in base alle previsioni contenute nell'atto di *trust* (in grado di configurare la posizione del beneficiario come un diritto alla percezione). In queste fattispecie, infatti, il reddito sarà tassato, in base alle quote previste o in parti uguali, in capo ai singoli beneficiari, quale reddito di capitale⁽³⁹⁾. In questo senso, risulta irrilevante l'eventuale *iato* tra momento della produzione/imputazione del reddito e quello della effettiva percezione.

Si pensi al caso del *trust* che preveda il diritto dei beneficiari a ricevere, a scadenze periodiche (per esempio, ogni cinque anni), la metà dei redditi in quell'arco di tempo creati. Nel periodo di imposta in cui il reddito è prodotto questo dovrà imputarsi in capo ai beneficiari per la metà (mentre per la metà accantonata vi sarà la tassazione in capo al *trust* quale soggetto passivo). Il momento successivo della percezione da parte dei beneficiari non assume invece rilevanza ai fini fiscali, risolvendosi, utilizzando le parole della Circolare, in una "mera movimentazione finanziaria, ininfluente ai fini della determinazione del reddito".

Secondo l'Agenzia, infatti, rileva il momento della competenza e non quello di cassa, nonostante i redditi dei beneficiari siano considerati quali redditi di capitale, come si desume dall'art. 73, Tuir, secondo cui i redditi sono imputati "in ogni caso" ai beneficiari, cioè, secondo la lettura dell'Agenzia, "indipendentemente dall'effettiva percezione"⁽⁴⁰⁾.

I problemi maggiori, sul piano applicativo, si pongono invece quando, nel momento in cui il reddito è creato non sia ancora configurabile il diritto certo alla percezione da parte dei beneficiari. Il che accade sicuramente in quei casi in cui il *trust* rimetta al *trustee* la determinazione dell'*an* della erogazione ai beneficiari.

In queste ipotesi, infatti, il diritto dei beneficiari alla percezione sorge nel momento in cui il *trustee* individua la quota di spettanza del singolo beneficiario, attraverso atti, quali le singole *letter of wishes*, che possono integrare, come osservato in dottrina⁽⁴¹⁾, quegli "altri documenti" che il legislatore considera nel determinare le quote di partecipazione dei singoli.

Sul punto la circolare n. 48/E/2007 riserva poche considerazioni, affermando che "i redditi conseguiti e correttamente tassati in capo al *trust* prima della individuazione dei beneficiari (quando il *trust* era "opaco") non possono scontare una nuova imposizione in capo a questi ultimi a seguito della loro distribuzione".

Anche sulla base delle osservazioni dell'Agenzia, pare però possibile distinguere due ipotesi:

- quella in cui il reddito è creato nel periodo di imposta e nello stesso periodo il *trustee* individua il diritto del beneficiario alla percezione (percezione che può avvenire anche in un diverso periodo di imposta);

- quella in cui il reddito è creato nel periodo di imposta ma l'individuazione da parte del *trustee* avviene in un periodo di imposta successivo.

Nel secondo caso non pare potersi realizzare la tassazione del reddito direttamente in capo al beneficiario perché sullo stesso reddito, nel momento in cui è creato e tenendo in considerazione l'elemento temporale fissato dal periodo di imposta, non vi è un diritto del beneficiario alla percezione. Vi sarà, allora, tassazione in capo al *trust*.

Nel primo caso, invece, il reddito pare poter essere imputato direttamente in capo al beneficiario visto che, nel periodo di imposta, vi è stata la individuazione e determinazione del diritto alla percezione.

Sembra quindi potersi configurare, pur con la necessaria cautela che deve accompagnare l'interprete, una soluzione interpretativa che abbia come riferimento esclusivamente il momento della produzione del reddito. Se, in questo momento, il beneficiario è individuato ed è titolare di un diritto certo (anche se futuro) alla percezione, vi sarà tassazione per trasparenza, altrimenti il solo soggetto tassato sarà il *trust*⁽⁴²⁾.

Note:

(continua nota 38)

pitali, occorre valorizzare la natura opzionale ed agevolativa del regime, da una parte, e la "condivisione" della scelta, che deve essere effettuata da tutti i soci della società partecipata. È dunque possibile configurare se non un diritto soggettivo pieno (che si ha nel caso dei soci delle società personali) quantomeno una facoltà di controllo e partecipazione dei soci di società di capitali rispetto alle deliberazioni dell'assemblea (nella distribuzione degli utili), oltre che una possibilità di decidere direttamente con riferimento ad una modificazione del regime impositivo (la scelta per la trasparenza), in grado di incidere sulla sfera soggettiva del singolo. Un simile rapporto tra socio-società non è riproducibile, come correttamente ha sottolineato l'Agenzia, in relazione al *trust*, in cui il beneficiario non ha, nella normale configurazione negoziale, alcun potere di incidere sull'attività e sui risultati dell'attività svolta dal *trustee*, in base alle, vincolanti o meno, direttive previste dall'atto istitutivo. L'impossibilità di assimilare il fenomeno del *trust*, per quanto attiene alla tassazione diretta dei redditi in capo ai beneficiari, a quello della trasparenza nelle compagini societarie, è sottolineato anche da FRANSONI, *op.ult.cit.*, 234. Sul punto anche SEPIO, *op.ult.cit.*, 82.

(39) SEPIO, *op.cit.*, 84, giunge alle medesime conclusioni.

(40) Come nota l'Agenzia, "contrariamente, infatti, al principio di cassa che in via ordinaria informa la determinazione del reddito di capitale, nella tassazione per trasparenza il medesimo reddito viene imputato al beneficiario indipendentemente dalla effettiva percezione, secondo il principio della competenza economica".

(41) SEPIO, *op.cit.*, 83.

(42) La soluzione è simile a quella proposta in dottrina da SEPIO-COVINO, *op.cit.*, i quali danno però rilievo alla "distribuzione" del reddito ai beneficiari piuttosto che al momento in cui sorge il loro diritto alla percezione. Come afferma COVINO, *op.cit.*, 91, "anche le attribuzioni disposte discrezionalmente dal *trustee* possono dar luogo a tassazione per trasparenza, purché tali somme non siano state in precedenza già sottoposte a tassazione Ires in capo allo stesso *trust*. Si dovrà trattare (...) di una distribuzione ai beneficiari avvenuta entro l'anno solare in cui tali redditi sono stati realizzati". Come puntualmente nota FRANSONI, (segue)

Con esclusione, è bene sottolinearlo, di una successiva imposizione in capo ai beneficiari. Il *trust*, infatti, non può in nessun modo realizzare fattispecie di doppia imposizione, come chiarito dall'Amministrazione che richiama in modo condivisibile il principio contenuto nell'art. 163 Tuir(43).

5.4. Trust con beneficiari e trust di scopo

Una ultima considerazione si rende necessaria, rispetto alla stessa configurabilità di *trust* "con beneficiari individuati" che, come si è notato, rappresenta la condizione necessaria per poter procedere alla tassazione dei redditi tramite il sistema della trasparenza e non, invece, in capo al *trust*.

In diverse ipotesi, infatti, il *trust* individua uno o più soggetti come beneficiari non già direttamente di quote di reddito oppure di patrimonio ma, più genericamente, dell'attività di assistenza che il *trustee* deve svolgere nei suoi confronti.

Si pensi ai *trust* istituiti a favore di soggetti che si trovano in condizioni di disagio, come nella fattispecie oggetto della Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 278/E del 4/10/2007(44).

In queste ipotesi può non essere agevole determinare se il soggetto rivesta o meno la qualifica di "beneficiario determinato" al fine dell'applicazione del regime di trasparenza. Perché, se indubitabilmente il soggetto appare colui che è beneficiario dal *trust* istituito, occorre sottolineare come non sia sempre possibile configurare in capo a tale soggetto il diritto certo ad una quota del reddito, a quella quota di reddito che gli verrebbe tassata per trasparenza.

Anzi, il più delle volte il diritto non è ad una quota del reddito creato dal *trust*, bensì, come anticipato, allo svolgimento di una attività di assistenza che il *trustee* è obbligato a prestare.

Sembrerebbe allora necessario ricostruire la volontà del disponente, in base alle clausole negoziali dell'atto istitutivo del *trust*. In questo senso, peraltro, si è mossa la stessa Agenzia delle Entrate, nella Risoluzione da ultimo citata che, in un caso di *trust* a favore di un disabile (incapace di intendere e di volere), ha affermato che quest'ultimo non può qualificarsi in senso giuridico come "beneficiario dei beni del *trust* in questione, quanto piuttosto dell'assistenza in cui risiede lo scopo della costituzione del *trust*". L'Agenzia è giunta a tale conclusione svalutando l'espressa qualifica, compiuta nell'atto istitutivo, del soggetto disabile quale "beneficiario dei beni in *trust*", ma attribuendo valore all'oggetto del *trust* (quello di assicurare l'assistenza necessaria vita natural durante) ed alla previsione della destinazione dei beni, una volta esaurito lo scopo del *trust*, secondo le disposizioni del disponente oppure a favore dei parenti e del coniuge di quest'ultimo.

Ecco, dunque, che il *trust* di scopo, in questi casi, rivela caratteri tali da non poter essere qualificato come *trust* con beneficiario individuato. Con conseguente tassazione dei redditi prodotti in capo al *trust* quale soggetto passivo ed inapplicabilità del sistema della trasparenza.

Thomas Tassani

Note:

(continua nota 42)

op. ult. cit., 258, la "notevole distanza di tempo" tra il momento della distribuzione e quello della imputazione e tassazione del reddito fa sì che "il soggetto passivo si trova ad assolvere l'imposta in ragione di redditi che confluiranno nel suo patrimonio a distanza di molto tempo", soluzione che "si presenta sospetta di illegittimità costituzionale".

(43) L'Agenzia delle Entrate nella circ. n. 48/E chiarisce che il credito di imposta per le imposte pagate all'estero, ex art. 165 Tuir, spetta al *trust* in caso di *trust* "opaco". Qualora, invece, il *trust* sia "trasparente", il credito di imposta spetta ai singoli beneficiari in proporzione al reddito imputato, analogamente a quanto disposto dall'art. 165, comma 9, Tuir. In ipotesi di *trust* che attribuisca solo parte del reddito ai beneficiari, la detrazione spetta al *trust* e ai beneficiari in proporzione al reddito imputato.

(44) In questa Rivista, 2008, 84 [n.d.r.].

Trust of the Blind

di Mario Caracciolo - Maria Rosaria Mazzone

“[...] il fatto, e quindi anche le ragioni morali ed etiche che accompagnano una persona nel percorso necessario per addivenire alla decisione di istituire un trust, è sempre almeno tanto importante quanto le considerazioni giuridiche che ne discendono” (M. Lupoi)(1).

■ Il fatto

L'Unione Italiana Ciechi e l'Istituto Luigi Confogliachi per i minorati della vista con sede in Padova convergono sul comune progetto di valorizzare e migliorare i servizi offerti ai non vedenti ed agli ipovedenti: “garantire, nel corso del tempo, ai soggetti minorati della vista un’offerta di servizi di riabilitazione sociale e di consulenza psicologica, tiflopedagogica ed educativa, di orientamento alla formazione scolastica, professionale e lavorativa, con percorsi assistenziali personalizzati per la formulazione di progetti individualizzati”.

A servizio di tale iniziativa e dell’intero territorio veneto, nasce il “Centro Polifunzionale Regionale per la Promozione della salute e della vita sociale dei ciechi e degli ipovedenti”, con sede in Padova.

La Regione Veneto, attenta allo scopo ed all’attività del Centro, interviene, anche con obiettivo “di rappresentanza” (ed in attuazione del novellato art. 118, IV comma Cost., per cui “Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l’autonoma iniziativa di cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”), a valorizzarne le potenzialità operative offrendo di mobilitare un consistente finanziamento previa la scelta di uno strumento giuridico “resistente alla prova del tempo”, a presidio dell’effettiva destinazione del finanziamento allo scopo ed a garanzia di un controllo costante sull’impiego e la consistenza delle risorse messe a disposizione.

■ La ricerca della soluzione. Le ragioni del trust

Occorreva, per il notaio rogante, valutare innanzi-

tutto se il nostro ordinamento giuridico, con i suoi strumenti civilistici, fosse in grado di offrire appaganti rimedi, ai *desiderata* della Regione: garantire, nel tempo, l’esito positivo del denaro pubblico investito.

Il notaio, infatti, ha – quale foro privilegiato di produzione di strumenti giuridici dotati di certezza – l’onere di conoscere ed il dovere di utilizzare, per finalità non altrimenti realizzabili mediante negozi di diritto italiano (ma comunque rispondenti a un interesse meritevole di tutela), le soluzioni alternative, offerte da ordinamenti stranieri, competitive in termini di vantaggio.

Così, per la soluzione della fattispecie *de qua*, il notaio prende in esame partitamente gli elementi caratterizzanti e distintivi della fondazione di partecipazione; quindi, dell’istituto del trust.

La prima si connota quale vincolo di destinazione del patrimonio (l’ente giuridico sorge solo se sussiste il fondo di dotazione) al perseguimento di uno scopo, generalmente di utilità sociale e non lucrativo (eterodestinazione del risultato), con:

1. formazione progressiva del patrimonio (per effetto di adesioni successive di soggetti ulteriori rispetto ai fondatori);
2. articolazione dell’organizzazione in funzione attuativa e di controllo del rispetto del vincolo di destinazione del patrimonio (e tendenziale adozione del sistema maggioritario all’interno degli organi di indirizzo, di controllo ed esecutivi).

Viceversa, il trust non è un nuovo soggetto di diritto, ma un fenomeno gestorio: “un trust è molto più di un atto di segregazione”(2).

Da un lato, infatti, il quadro di riferimento in cui il trust vive impone:

1. di evidenziare il rapporto tra il trustee e le po-

Mario Caracciolo – Notaio in Padova.

Maria Rosaria Mazzone – Avvocato in Padova.

Note:

(1) M. Lupoi, Relazione presentata al terzo Congresso Nazionale dell’Associazione “Il trust in Italia”, svoltosi in Roma il 21-23 ottobre 2005.

(2) M. Lupoi, Relazione presentata al Convegno “Il trust quale legittimo strumento di tutela del patrimonio”, organizzato dall’Associazione Avvocati del Distretto di Torino, svoltosi in Torino, il 13 marzo 2003.

sizioni soggettive affidategli (“le obbligazioni del trustee, cuore di qualunque trust, non sorgono a meno che la posizione soggettiva gli sia affidata”);

2. di sottolineare l'affidamento dal quale nascono i fenomeni gestori dei trust ed al quale è commisurata la responsabilità del trustee: il disponente affida, “commette” un qualunque diritto (a qualunque titolo) al trustee affinché realizzi certi interessi o scopi per mezzo di tale diritto.

La titolarità del diritto affidato è equitativamente non piena, dunque,

1. non “beneficially”: l'esercizio dei poteri connessi al diritto affidato non può andare a vantaggio del titolare-trustee (“non sentit commodum”);

2. temporanea e funzionale rispetto alla finalità dell'affidamento;

3. vincolata alla finale destinazione.

Le suddette limitazioni (circa le facoltà e i modi di esercizio del diritto o il suo trasferimento al termine del trust) sorgono in capo al trustee che non si è opposto a ricevere l'affidamento, anzi, si impongono quale conseguenza della non pienezza equitativa del suo titolo (“perché il trustee non si appropri della quantità equitativamente mancantegli”).

Da qui, ancora, quale strumento assicurativo dell'adempimento delle obbligazioni del trustee, l'effetto segregativo: il difetto (equitativo) del titolo rende quest'ultimo non omogeneo, quindi mai soggetto a confusione rispetto alle altre posizioni attive del patrimonio del trustee.

A riguardo, la legge n. 364 del 16 ottobre 1989, di ratifica alla Convenzione de L'Aja (relativa alla legge applicabile ai trust e al loro riconoscimento) del 1° luglio 1985:

1. all'art. 2, II comma, lett. a) recita che “i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee [...] che [art. 2, II comma, lett. c] è onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del trust e secondo le norme imposte[gli] dalla legge”;

2. all'art. 11, ai singoli commi, individua nella segregazione la “minima, indispensabile conseguenza” dell'applicazione della legge straniera regolatrice del trust.

Dall'altro, “[...] se si guarda alla selezione degli interessi, un trust è essenzialmente rivoluzionario: sovverte le priorità tipiche del nostro ordinamento senza violarne i principi fondamentali” (norme sulla proprietà, sui diritti reali minori, la trascrizione, gli

effetti dell'art. 2740 cod. civ. (gli “idola”, secondo la definizione datane da M. Lupoi) a presidio dei quali opera non tanto il I comma dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja (ove sono solo fatte salve le norme inderogabili) quanto l'art. 13, che, indirizzato al giudice, sancisce in modo più appropriato il non riconoscimento del trust, cioè “la non applicazione della legge straniera” che gli conferisce validità).

Quindi, una volta chiarito (anche attraverso il vaglio giurisprudenziale) che “i trust per propria natura non consentono di evadere le nostre norme imperative [...], chi istituisce un trust prende nelle proprie mani

1. un interesse che intende privilegiare in contrasto con le ordinarie priorità, [...] che riceve pieno effetto solo e in quanto non violi gli interessi di specifiche categorie di terzi (creditori, legittimari e così via);

2. un interesse meritevole di una tutela più forte di quella concessa dall'ordinamento giuridico italiano(3).

Tale è il rilievo che assume l'interesse espresso nel progetto del Centro Polifunzionale (di valorizzare e migliorare i servizi offerti ai non vedenti ed agli ipovedenti) e che, a parere del notaio rogante, può essere tutelato in modo più forte attraverso lo strumento del trust e ciò, non solo in forza di quanto precede, ma anche tenuto conto che:

1. la struttura aperta della fondazione di partecipazione e la sua maggiore articolazione (organica) potrebbero involgere in una gestione più complessa con conseguenti maggiori costi a carico del fondo di gestione;

2. la struttura più “agile” del trust ne garantirebbe una maggiore snellezza operativa, funzionalmente e temporalmente vincolata alla realizzazione del programma negoziale;

3. non si vuole creare (anche per economia di diritto) un nuovo soggetto giuridico: esiste già un “ente esponenziale” rappresentativo degli interessi di una ben determinata categoria di soggetti (il Centro Polifunzionale).

■ La struttura fondamentale e la dinamica del trust

La fenomenologia giuridica dei trust (“la trasparenza, il reale affidamento, la corrispondenza fra ciò che è e ciò che appare”) insieme a quella reale (“il fa-

Nota:

(3) M. Lupoi, Relazione [supra, nota 2].

vore giurisprudenziale e professionale a fronte degli interessi meritevoli perseguiti dai trust”) sono dunque l'appagante rimedio ai *desiderata* della Regione Veneto che emette mandato di pagamento a favore del Centro Polifunzionale.

Il Centro impiega la somma ricevuta per istituire, in qualità di disponente, un fondo che sia un patrimonio unitario suscettibile di incrementi, la cui proprietà e gestione imparziale è affidata temporaneamente ad un trustee, per lo scopo già sopra enunciato (e ricompreso nelle finalità statutariamente perseguite dal Centro medesimo).

È un trust interno (denominato “Trust of the Blind”), auto-dichiarato: trustee del trust è lo stesso disponente.

L'art. 2 della Convenzione de L'Aja afferma che un trust esiste allorché il “trustee abbia il controllo sui beni”, dunque non esige “un trasferimento di beni al trustee”, una “necessaria distinzione soggettiva tra il Disponente e il Trustee”: l'effetto segregativo, se vi è coincidenza di soggetti, si produrrà non a seguito di trasferimento al trustee, ma per “mutamento del titolo”.

Il trust regolato dalla Trusts (Jersey) Law 1984 (*as amended* 2006(4)) è un trust avente “non-charitable purposes”.

L'art. 2, lett b) della legge sancisce l'esistenza di un trust “per qualsiasi scopo” (che non sia quello di beneficiare il solo trustee), ma “Lo spirito ispiratore della riforma, peraltro, sembra orientano nel senso di riconoscere la validità solamente di quei trust il cui scopo è il perseguimento di un obiettivo appunto reale, concreto”(5) e prevedano, nel rispetto del c.d. “human beneficiary principle” (riqualificato, in seguito, in termini di “enforceability principle”), la presenza costante ed ininterrotta di un guardiano (*enforcer*) legittimato a pretendere dal trustee l'adempimento delle sue obbligazioni (fiduciarie).

Il compito dell'*enforcer* (art. 13 della legge) è proprio quello di assicurare l'esecuzione del trust per quanto attiene ai suoi scopi non caritatevoli.

L'atto istitutivo, pertanto, disciplina all'art. 30.E l'obbligatoria costante presenza del guardiano (un avvocato “gradito” anche alla Regione): i suoi poteri sono fiduciari (art. 28.A) nell'esclusivo interesse dello scopo del trust al quale il guardiano di volta in volta deve rapportarsi, preoccupandosi della “coerenza” tra l'esercizio dei suoi poteri e le finalità per cui tali poteri gli sono stati conferiti.

L'art. 15 della legge di Jersey prevede che, salva

diversa indicazione nell'atto istitutivo, un trust possa rimanere in vigore per un tempo illimitato (“for an unlimited period”).

Nell'atto istitutivo (art. 8.A) è stata, invece, fissata una durata massima di 90 anni dal termine iniziale.

Il termine finale coincide con la data in cui il trustee dichiara con atto scritto autenticato da notaio:

1. l'impossibilità di perseguire lo scopo;
2. che altro trust, ente, associazione o fondazione può altrettanto bene perseguire lo scopo del trust.

Non si avrà, quindi, un *resulting trust* in capo al disponente, ma una “risistemazione” dei beni residui presso altro ente, trust, associazione o fondazione che ben possano perseguire lo scopo.

L'articolo sulla durata del trust va, però, letto in combinazione disposta con quello sulla “Appartenenza finale dei Beni in Trust” redatto secondo il nuovo art. 47A della legge di Jersey che ha esteso ai trust *non-charitable* il principio del *cy-près* (lo scopo enunciato dal disponente viene modificato in uno diverso, ma il più possibile vicino all'intento originario): sopraggiunto il termine finale di durata del trust si avrà, quindi, un “reimpiego”, una “risistemazione” dei beni in trust per altro scopo che sia conforme “with the original intention” del disponente:

“Art. 15. Appartenenza finale dei Beni in Trust.

A. Sopraggiunto il Termine Finale di Durata del Trust, il Trustee:

1. trasferisce i Beni del Trust a favore di altra iniziativa, trust, ente, associazione, fondazione che persegua finalità analoghe a quelle indicate nel presente Strumento, scelta dal Trustee nel corso della Durata del Trust, con il preventivo consenso del Guardiano, alla quale soltanto da quel momento appartengono,
2. cura ogni adempimento per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi,
3. dichiara con atto autenticato da Notaio l'intervenuta cessazione del Trust”.

La scelta del trustee, nel corso della durata del trust, del soggetto (“iniziativa, trust, ente, associazione, fondazione”) a cui trasferire i beni del trust avviene previo consenso del guardiano. Sia chiaro che

Note:

(4) Il testo della legge è pubblicato in questa Rivista, 2007, 104, con commento di E. Barla De Guglielmi, *ivi*, 248.

(5) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, *Trusts, Quaderni*, n. 8, Milano, 2007, 170.

tale consenso non entra mai nel meccanismo deliberativo del trustee(6): non siamo di fronte ad una fattispecie a formazione progressiva: “la decisione del trustee è perfetta non appena si forma, tuttavia necessità del consenso per essere attuata”.

In mancanza, l'atto (di scelta) è invalido e i suoi effetti debbono essere eliminati dal trustee incorso, perciò, in responsabilità.

Quanto alla responsabilità del trustee verso i terzi, l'art. 21 dell'atto istitutivo è stato formulato tenendo conto del nuovo art. 32 della legge di Jersey per il quale ogni pretesa del terzo:

1. deve essere avanzata solo sul fondo in trust quando il trustee dichiara la propria qualità (il trustee è personalmente responsabile, ma nei limiti del fondo in trust generalmente valutato al tempo in cui l'obbligazione è stata assunta);

2. può essere avanzata anche contro il trustee personalmente (“may be made against the trustee personally” che pur conserva il suo diritto di rivalsa) quando questi non dichiara di agire nella sua qualità, restando implicitamente inclusa la possibilità per il terzo di aggredire direttamente il fondo in trust.

“Art. 21. Responsabilità del Trustee verso terzi.

A. Quando il Trustee è parte di qualunque operazione o affare che riguardi il Trust:

1. se l'altra parte è a conoscenza che il Trustee agisce nella sua qualità di trustee, qualunque pretesa di tale altra parte dovrà essere avanzata solo nei confronti del Trustee in quanto tale e potrà essere rivolta solo sui Beni in Trust

2. se l'altra parte non è a conoscenza che il Trustee agisce nella sua qualità di trustee, qualunque pretesa di tale altra parte potrà essere avanzata anche contro il trustee personalmente (che, pur senza limitare la propria personale responsabilità, potrà rivalersi in via di regresso sui beni in Trust)”.

In deroga a quanto disposto dall'art. 25, primo comma della Trusts (Jersey) Law 1984, in tema di delegabilità da parte del trustee dell'esercizio dei suoi poteri, il trustee può:

“C. delegare a soggetti di propria fiducia esclusivamente l'adempimento di singoli atti o categorie di atti, per un periodo determinato:

a. per iscritto

b. alle condizioni che ritenga opportune ma comunque sempre:

i. verificata la professionalità del delegatario in relazione allo specifico compito assegnatogli

ii. verificato che il compito non dia luogo a conflitto di interessi
iii. vietando sub-deleghe” (art. 17.C).

In assenza della diversa indicazione dell'atto istitutivo, in forza dell'attuale art. 25, primo comma il trustee avrebbe potuto delegare l'esercizio dei suoi poteri (gestori e di disposizione dei beni in trust) con facoltà di sub-delega al delegato.

In corrispondenza al potere di delega, nella misura consentita dall'atto istitutivo, è disciplinato – nel rispetto del terzo comma dell'art. 25 – l'esonero da responsabilità per la delega medesima, se adottata in buona fede e senza negligenza.

“D. Il Trustee non è responsabile delle perdite subite dal Trust in conseguenza delle deleghe previste da questo articolo se il Trustee ha provveduto a tali deleghe o consentito la loro prosecuzione in buona fede e senza negligenza” (art. 17.D).

A seguito della riforma, rimangono altresì “inefficaci”, le dimissioni rassegnate dal trustee al fine di agevolare o consentire, direttamente o indirettamente, una *breach of trust*: il trustee è reputato responsabile (al pari di colui che ha agito) come se mai si fosse dimesso.

“C. Le dimissioni rassegnate al fine di agevolare una violazione del Trust, così come intesa dall'art. 30 della Trusts (Jersey) Law 1984, non hanno effetto e il Trustee è responsabile della violazione” (art. 26.C).

■ Poteri ritenuti dal disponente o concessi a terzi

A tutela dell'integrità del “Trust of the Blind” occorre, scelta la legge regolatrice, prendere posizione riguardo l'articolo 9A della Trusts (Jersey) Law 2006.

Tale articolo non pregiudica la validità di un trust di Jersey, benché

1. da un lato legittimi il disponente a riservare a sé (o ad altri) il potere di:

i. anticipare, assegnare, impiegare reddito o capitale, modificare le disposizioni di un trust o qualunque obbligazione o potere da esso derivanti (poteri dispositivi e di amministrazione del trust);

ii. amministrare società le cui azioni siano ricomprese nel fondo in trust;

Nota:

(6) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust, Milano, 2005, p. 145, es. n. 117.

iii. impartire direttive vincolanti (*binding directions*) al trustee;

iv. nominare o revocare qualsiasi trustee, *enforcer*, *protector* o beneficiario;

2. e, dall'altro, esoneri da responsabilità (art. 9A, III comma) il trustee che abbia agito "conformandosi" all'esercizio dei suddetti poteri da parte del disponente (o del terzo).

L'introduzione dell'art. 9A:

1. abroga, dunque, la massima del diritto consuetudinario normanno "donner et retenir ne vaut" (applicata al caso *Saunders v Vautier* (1841)(7)) secondo cui il disponente non può al contempo trasferire i beni in trust e "ritenere" per sé il controllo sugli stessi e, così,

2. rende non più eccezionale la nullità del trust in quanto *sham* (fasullo): "[...] la problematica dello *sham trust* va di pari passo con il principio *donner et retenir ne vaut*"(8).

Proprio dalla violazione della massima, nel senso sopra precisato, si argomentava la nullità dell'atto di trust con cui il disponente trasferiva il proprio patrimonio in trust mantenendo, però, "sui beni un pregnante potere di controllo e di amministrazione, tale per cui il trustee non era che un suo agente o prestanome"(Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others (1991)(9)).

Pertanto, se per il nuovo contesto legislativo di Jersey non è più utilmente eccezionale al disponente di un trust interno la nullità del trust in quanto *sham*, per l'art. 2 della Convenzione de L'Aja sono senz'altro a rischio "i connotati dell'istituto e la sua circolazione negli ordinamenti giuridici"(10).

In un trust strutturato secondo l'art. 9A il disponente (o il terzo) eserciterebbe tanti e tali poteri da sovrapporsi e sostituirsi totalmente al trustee: mancherebbe, quindi, il requisito minimo richiesto dall'art. 2 della Convenzione de L'Aja, che "dei beni siano stati posti sotto il controllo di un trustee".

Nel rispetto della Convenzione de L'Aja la scelta (tuzioristica) del notaio rogante è stata, esclusivamente, di

1. conferire al guardiano il potere di nominare e revocare il trustee (art. 9A (e) della legge, art. 26.D, E dell'atto istitutivo);

2. subordinare al previo consenso del guardiano (art. 9A (h) della legge) l'esercizio da parte del trustee del potere di disposizione dei beni in trust (alienare beni in trust, costituire garanzie reali sugli stessi, contrarre mutui anche ipotecari, rilasciare fidejussio-

sioni o altre garanzie personali: art. 16.C) e di scelta nel corso della durata del trust (di altra iniziativa, trust, ente, associazione fondazione che persegue finalità analoghe a quelle indicate nell'atto istitutivo del trust a cui trasferire i beni in trust: art. 15.A.1).

È pacifico(11) che la circostanza in cui il trustee agisce con il previo consenso di un terzo, ai sensi dell'art. 24(3) della legge, è ben diversa da quella in cui è tenuto a seguire le direttive vincolanti (art. 9A (2) (d)): in quest'ultimo caso il trustee è esonerato da responsabilità; viceversa, quando agisce previo consenso del guardiano è tenuto ad esercitare i suoi poteri discrezionali con piena consapevolezza, nel rispetto della natura fiduciaria degli stessi.

"D. Dei poteri elencati all'art. 9A, paragrafo 2 (due) della Trusts (Jersey) Law 1984 [che possono essere ritenuti dal disponente o concessi a terzi], solo quelli puntualmente indicati negli articoli del presente Strumento limitano l'esercizio di un potere o di una facoltà del Trustee, e vengono dal Disponente testé concessi al Guardiano che li esercita nei modi e nei termini descritti nelle disposizioni di questo Strumento" (art. 5.D).

Note:

(7) *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beavan 115, 49 ER 282, in questa Rivista, 2004, 294.

(8) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, nota 5], p. 70.

(9) *Abdel Rahman v Chase Bank (C.I.) Trust Company Limited and five others* [1991] JLR 103; in questa Rivista, 2004, 296.

(10) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, nota 5], p. 10.

(11) E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust [*supra*, nota 5], p. 243.

Trust a garanzia di creditori che aderiscono ad un piano di ristrutturazione dei debiti

di **Domenico Parisi**

In questo articolo si illustra l'applicazione del trust nell'ambito di una procedura di liquidazione di una società di persone avvenuta nel 2005. L'argomento riveste estremo interesse, anche alla luce delle modifiche alla legge fallimentare nel frattempo intervenute, con particolare riferimento agli accordi di ristrutturazione dei debiti, regolamentati dall'art. 182 bis l. fall., come da ultimo modificato dal D.Lgs. n. 167 del 2007.

■ Il caso

Il caso che si prospetta riguarda una società in accomandita semplice in stato di liquidazione.

Il signor Sempronio:

1. è l'unico socio accomandatario della Società, la quale ha indebitamenti a breve scadenza rispetto a crediti non ancora certi o esigibili;

2. è ragionevolmente certo che la liquidazione della Società possa essere portata a termine con successo e con soddisfazione di tutti i creditori con il patrimonio sociale, a condizione di concordare con essi un piano di rientro delle posizioni debitorie;

3. non ha creditori personali;

4. ha una villa da lui abitata con la famiglia di valore sufficiente a soddisfare i creditori della società;

5. intende assicurare i creditori che tale suo patrimonio:

a. continui ad essere conservato e mantenuto nella sua integrità economica nel periodo stabilito per una ottimale liquidazione della società e

b. sia impiegato per la loro soddisfazione, con modalità celeri, sicure ed efficienti almeno quanto i mezzi tradizionali di espropriazione forzata, qualora alla scadenza di tale periodo i creditori restino ancora insoddisfatti;

Il signor Sempronio è alla ricerca di uno strumento giuridico che consenta di attuare tali intendimen-

ti e favorire l'accettazione da parte dei creditori di un piano di liquidazione alternativo alla tradizionale procedura esecutiva nei confronti della società e quindi nei suoi confronti, quale socio illimitatamente responsabile.

Si precisa che il trust è stato istituito prima della riforma della legge fallimentare, e pertanto prima dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

■ Il ricorso al trust

Il trust si è offerto, nell'ipotesi in esame, quale soluzione più idonea ed efficiente.

Il piano di rientro predisposto dal socio accomandatario prevedeva l'integrale pagamento di tutti i creditori entro il 31 dicembre 2008, a patto che gli stessi accordassero una moratoria dalle azioni esecutive fino a tale data.

Peraltro, l'accordo con i creditori è stato successivamente formalizzato ai sensi art. 182 bis, nel frattempo introdotto nel Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 ("l. fall").

Con il trust il socio accomandatario (che d'ora innanzi chiameremo disponente) ha potuto destinare la sua villa per la soddisfazione di quei creditori che si sarebbero astenuti dall'intraprendere azioni giudiziarie nel periodo previsto per la realizzazione del piano di liquidazione.

I creditori venivano dunque fortemente incentivati a concludere un accordo con la società e il socio accomandatario, in quanto determinati beni del disponente (già comunque illimitatamente responsabile per i debiti della società) venivano segregati e destinati esclusivamente al loro pagamento, ove non fossero stati ancora soddisfatti alla data prestabilita, mettendoli al riparo da azioni ese-

Domenico Parisi – Collaboratore dello Studio del Notaio Luigi Francesco Riso di Genova.

cutive di altri creditori, anche personali, del disponente stesso.

Inoltre, ai sensi del nuovo art. 67 l. fall. introdotto successivamente all'istituzione del trust, gli atti e i pagamenti compiuti in esecuzione dell'accordo nel frattempo concluso e omologato dal tribunale ex art. 182 bis, erano esentati dalla revocatoria.

È opportuno chiarire subito che resta teoricamente sempre possibile l'esperimento dell'azione revocatoria da parte di creditori non interessati a raggiungere l'accordo. Tale azione pare comunque non di sicuro successo, in quanto diretta contro un atto certamente non a titolo gratuito – costituente la “garanzia” a fronte della quale i creditori aderenti all'accordo sono disposti ad astenersi dalle azioni esecutive ed accordare la dilazione – volto a garantire ed assicurare la *par condicio creditorum*, consentendo una liquidazione armonica della società in un tempo ragionevole, allo scopo di evitare quelle azioni individuali che, facendo ritrarre minor ricchezza dalla procedura di liquidazione, rischiano di pregiudicare l'integrale soddisfazione di tutti i creditori.

Merita poi comunque ricordare che, anche in caso di vittorioso esperimento di tale azione, il trust – pur non opponibile al creditore procedente che potrebbe così soddisfarsi sui beni in trust per il suo credito – avrebbe continuato a produrre effetti nei confronti di tutti gli altri terzi e degli altri creditori, i quali avrebbero avuto l'alternativa di agire anch'essi per esigere i loro crediti (cessando di essere beneficiari del trust e facendo fallire l'iniziativa di liquidazione armonica del disponente) o di attendere comunque il compimento della liquidazione secondo i piani del disponente, ritenendosi ancora sufficientemente assicurati dal patrimonio in trust.

■ L'atto istitutivo di trust

La tecnica redazionale utilizzata è stata la predisposizione di un atto pubblico in cui il signor Sempronio dichiara la propria volontà di istituire il trust contenente la descrizione dei beni destinati al trust, al quale è allegata la regolamentazione del trust, analogamente a quanto avviene – sia consentito il paragone – nel caso di costituzione di società di capitali dove lo statuto, pur elemento essenziale, costituisce allegato dell'atto pubblico.

Di seguito riporto le parti del negozio istitutivo caratterizzanti la fattispecie.

Questo Strumento sottoscritto in Genova, l'11 marzo 2005 dal signor Sempronio, d'ora innanzi indicato come *Disponente*, il quale

premette

- di essere socio accomandatario della società “SAS” in liquidazione, con sede ...
- di essere ragionevolmente certo che la Società soddisfatta con il patrimonio sociale tutti i creditori della Società (di seguito i “Creditori”) entro le ore 24 del giorno 31 dicembre 2008 (di seguito la “Data di liquidazione”) alla sola condizione che nessuno di loro eserciti azioni giudiziarie o extragiudiziarie nei confronti della Società, del liquidatore, degli amministratori passati e dei soci accomandatari;
- che intende inizialmente destinare il patrimonio personale infraindicato per assicurare i *Creditori* che le loro ragioni creditorie eventualmente insoddisfatte alla *Data di liquidazione* possano essere totalmente soddisfatte con la liquidazione di tale patrimonio;
- di avere individuato lo strumento giuridico più idoneo a soddisfare i suoi intendimenti in un *Trust* cui siano applicabili le disposizioni della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana con legge 16 ottobre 1989 n. 364, entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggiore favore, ed i cui effetti siano quindi riconosciuti ai sensi dell'art. 11 della stessa Convenzione.

Nelle premesse si evidenziano le ragioni e le finalità del trust. Queste ultime sono il “cuore” di ogni trust e la loro esplicitazione è estremamente importante in quanto:

1. dal loro esame è possibile valutare la meritevolezza degli interessi che hanno motivato l'istituzione del trust, ai fini del suo riconoscimento da parte del giudice(1);
2. sono le linee guida seguite nella redazione dello strumento istitutivo e costituiscono pertanto elemento essenziale per la sua interpretazione;
3. da esse il trustee e il guardiano possono trarre le indicazioni necessarie per il corretto esercizio delle proprie funzioni e dei propri poteri durante tutto il periodo di durata del trust e alla luce di esse viene giudicato il loro operato.

Nota:

(1) Analogo discorso vale oggi per gli atti di destinazione cui si riferisce l'art. 2645 *ter* cod. civ., pur senza trascurare le dispute sull'interpretazione del concetto di “meritevolezza” previsto in tale articolo.

Parte I - Dati di base

Art. 1. "Trust" denominazione, irrevocabilità (*Omissis*).

Art. 2. Individuazione del Trustee

A. *Trustee* del *Trust* è:

a. il *Disponente* fino al verificarsi di uno dei seguenti eventi:

(i) dimissioni;

(ii) morte o sopravvenuta incapacità;

(iii) esistenza di *Creditori* alle ore 00:00 del giorno successivo alla *Data di liquidazione*;

(iv) revoca dall'ufficio di *Trustee* ai sensi dell'art. 17.B;

b. la società "Fiduciaria ... - S.P.A.", appartenente al gruppo Bancario ... (di seguito "*Società Fiduciaria*"), al verificarsi di uno degli eventi di cui al punto precedente;

Il trust è stato costruito tenendo presente che nel corso della sua durata si avranno due fasi:

1. la prima, duratura fino al momento della data prestabilita del 31 dicembre 2008, entro la quale dovrebbe, nei disegni del disponente, concludersi la liquidazione della società: in questa fase la finalità del trust è quella di conservare il patrimonio e di assicurare e garantire i creditori;

2. la seconda, successiva a tale data, è la fase – solo eventuale, nel caso residuino creditori insoddisfatti – di liquidazione del fondo in trust e della sua attribuzione ai beneficiari, individuati nei creditori rimasti insoddisfatti per il rispettivo credito ancora non riscosso, e nello stesso disponente, ove tutti gli altri beneficiari siano stati integralmente soddisfatti dei loro crediti.

Ove dunque il disponente non riuscisse ad attuare il suo piano di ristrutturazione e a soddisfare tutti i creditori entro la data prestabilita, il trustee provvederebbe a liquidare i suoi beni personali per pagare i debiti.

Per ogni periodo si è previsto dunque un diverso trustee. Nel primo periodo si è scelto come trustee lo stesso disponente, tenuto conto che l'attività del trustee è statica e non dovrebbe sorgere in questa fase alcun conflitto di interessi: il trustee infatti non deve svolgere alcuna attività discrezionale fino alla data di liquidazione, se non la manutenzione dei beni in trust, che il disponente sarebbe comunque interessato a compiere.

La pubblicità del vincolo in trust costituisce idonea garanzia per i creditori dalle vendite in frode compiute dal trustee nella prima fase.

Quanto poi ai beni mobili costituenti l'arredo della villa, il conflitto è il medesimo che si verifi-

cherebbe in caso di pegno con custodia dei beni al debitore.

Nella seconda fase, diretta alla liquidazione del patrimonio, si è scelto un trustee professionale di espressione bancaria che potesse dare le maggiori garanzie anche quanto alle sue responsabilità. Il secondo trustee professionale è intervenuto all'atto istitutivo per accettare già l'incarico e assicurare così i creditori che la sua nomina non è solo virtuale.

Art. 3. Individuazione dei Beneficiari potenziali, dei Beneficiari e del Beneficiario finale del Trust

A. Fino alla *Data di liquidazione*, *Beneficiari potenziali* sono i *Creditori*.

B. Alle ore 00:00 del giorno successivo alla *Data di liquidazione*, i *Beneficiari potenziali* assumono la posizione di *Beneficiari del Trust* ciascuno in misura corrispondente al suo credito nei confronti della *Società*.

C. Chiunque fra i *Creditori* eserciti azioni giudiziarie o extragiudiziarie nei confronti della società, del liquidatore, degli amministratori passati o dei soci accomandatari, allo scopo di soddisfare il proprio credito, perderà la posizione di *Beneficiario Potenziale* o di *Beneficiario*.

(*Omissis*).

E. Il *Disponente* è *Beneficiario* finale dei *beni in Trust* una volta soddisfatti i *Beneficiari* o qualora non vi siano più *Beneficiari potenziali*.

Art. 4. Durata del Trust

A. Il *Trust* esaurisce i propri effetti con l'individuazione del *Beneficiario finale* ovvero quando non vi siano più *Beni in Trust* ed in ogni caso, nel pieno rispetto della durata massima come stabilita dalla legge regolatrice del *Trust*, decorsi 98 anni dalla sottoscrizione del presente *Trust*.

B. Il *Trustee* prima di porre termine al *Trust* dovrà esperire tutte le procedure necessarie al fine di garantire il *Disponente* e la *Società* contro eventuali ulteriori azioni dei *Creditori*.

È interessante notare che il trust è strutturato in maniera tale che esso abbia vita fino a che vi siano uno o più creditori che si astengano dall'agire in giudizio, in modo che i beni in trust garantiscano il loro credito, ove invece tutti i creditori decidessero di agire e unico beneficiario del trust rimanesse il disponente, il trust avrebbe termine e i beni farebbero così ritorno nel patrimonio del disponente liberi da ogni vincolo e liberamente aggredibile da tutti i creditori.

Appare qui con tutta evidenza come il trust, lungi dal costituire strumento per frodare i creditori, costituisca invece incentivo per gli stessi ad aderire all'accordo.

Art. 5. Finalità del Trust

A. Il *Trust* ha la finalità di favorire una liquidazione armonica della *Società* prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali ed in particolare si propone:

(i) fino alla *Data di liquidazione*, di assicurare i *Beneficiari Potenziali*, che vi sono beni destinati alla soddisfazione dei loro crediti nei confronti della *Società*;

(ii) dal giorno successivo alla *Data di liquidazione*, di soddisfare, utilizzando i *Beni in Trust*, ciascun *Beneficiario* del suo credito nei confronti della *Società*;

B. Conseguentemente il *Trustee*:

(i) fino alla *Data di liquidazione* non potrà compiere alcun atto di trasferimento dei *Beni in Trust* se non espressamente autorizzato dall'*Autorità Giudiziaria*;

(ii) dal giorno successivo alla *Data di liquidazione* dovrà disporre dei *Beni in Trust* procedendo se del caso alla loro vendita in modo che nel più breve tempo siano soddisfatte le ragioni creditorie dei *Beneficiari* nei confronti della *Società*.

È sembrato utile riportare nel corpo dell'atto le finalità, con maggiori dettagli rispetto a quanto esPLICITATO in premessa, indicando nel contempo i riflessi di queste finalità sui doveri del trustee.

Art. 6. Individuazione dei Beni in Trust

A. L'immobile sito in ... (di seguito "*Immobile*") descritto e individuato nell'atto cui il presente *Strumento* è allegato sotto la lettera "A";

B. I quadri e gli altri oggetti di valore contenuti nell'*Immobile*, dettagliatamente individuati nell'allegato "C" all'atto cui il presente *Strumento* è allegato sotto la lettera "A";

Art. 7. Ulteriori apporti

(*Omissis*)

Art. 8. Legge regolatrice del Trust e dell'ufficio del Trustee

A. Il *Trust* è regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale.

B. (*Omissis*)

Art. 9. Autorità giudiziaria

A. (*Omissis*)

B. Ogni istanza mirante a far pronunciare la revoca o la nomina del *Trustee* o a dare direttive al *Trustee* è obbligatoriamente sottoposta al Presidente del Tribunale di ... (ove ha sede la società)

C. (*Omissis*)

Come in altre parti del documento, si è voluto conferire all'autorità giudiziaria competente per le

vicende societarie poteri che potrebbe avere sui beni ove non fossero stati sottoposti al trust.

Art. 10. Riservatezza e copie degli atti

A. (*Omissis*)

Parte II - Poteri e Obbligazioni del Trustee**Art. 11. Posizione del Trustee rispetto ai Beni in trust e suoi poteri**

A. (*Omissis*)

B. Il *Trustee* discrezionalmente, con il consenso del *Disponente* e con dichiarazione per atto pubblico o autenticata da Notaio, potrà in ogni momento anticipare la *Data di liquidazione*, ove ritenga che ciò sia il modo migliore per attuare le finalità del *Trust*.

È parso opportuno prevedere la possibilità di anticipare la liquidazione del patrimonio del disponente vincolato in trust nel caso il tempo restante sia ritenuto inutile.

Art. 12. Poteri di anticipazione

A. Il *Trustee* qualora vi siano *Beneficiari* il cui credito nei confronti della *Società*, alla *Data di liquidazione*, sia:

(i) non ancora liquido ed esigibile;

(ii) oggetto di contenzioso in sede giurisdizionale o arbitrale;

potrà anticipare al *Beneficiario finale* le somme che egli ritenga non necessarie a garantire la soddisfazione dei *Beneficiari*.

Questo potere attribuito al trustee è utile per evitare di mantenere beni in trust eccedenti rispetto a quanto occorrente per soddisfare i beneficiari.

Art. 13. Responsabilità del Trustee verso terzi

A. (*Omissis*)

Art. 14. Segregazione dei beni

A. (*Omissis*)

B. Su ogni bene mobile non iscritto in pubblici registri dovrà essere apposta in modo visibile, con chiarezza ed immediatezza, l'indicazione che è sottoposto a questo *Trust*.

La "marchiatura" dei beni mobili è opportuna anche se pare applicabile – quantomeno per analogia – la regola di cui all'art. 1707 cod. civ. in tema di mandato, anche nel caso di trust auto-dichiarato, come nel primo periodo del nostro trust.

Art. 15. Obbligazioni del Trustee

A. (*Omissis*)

B. Il *Trustee* a partire dalle ore 00:00 del giorno successivo alla *Data di liquidazione* è tenuto ad esercitare tutti i suoi poteri per vendere nel più breve tempo, al prezzo e condizioni da lui ritenuti più convenienti i *Beni in Trust* per soddisfare con

il ricavato dalla vendita ciascun *Beneficiario* secondo le *Finalità del Trust* e, in occasione della attribuzione a ciascun *Beneficiario* della somma corrispondente al suo credito nei confronti della *Società*, il *Trustee* redigerà, ove possibile, apposito verbale controfirmato dal *Beneficiario* e contenente quietanza per gli importi ricevuti.

(i) (*Omissis*)

Se pur implicito si è reso trasparente il dovere più pregnante del trustee nella seconda fase anche per una più chiara e rassicurante evidenza nei confronti dei creditori.

Art. 16. Conflitti di interesse

A. (*Omissis*)

Art. 17. Successione del Trustee

A. Un *Trustee* rimane nell'ufficio fino a dimissioni o revoca ovvero:

(i) se persona fisica: morte o sopravvenuta incapacità;

(ii) se persona giuridica: messa in liquidazione o inizio di procedure concorsuali nei confronti della stessa;

fermo restando tuttavia che il soggetto che riveste in quel momento l'ufficio di *Trustee* rimarrà in carica nell'ufficio fintantoché venga nominato un nuovo soggetto quale *Trustee* e questi assuma l'ufficio.

B. Su istanza motivata di un *Beneficiario Potenziale*, di un *Beneficiario* o del *Disponente*, il Presidente del Tribunale di ... (sede della società) potrà in ogni momento:

(i) revocare il soggetto in carica nell'ufficio di *Trustee* e, qualora la *Società Fiduciaria* rinunci ad assumere l'ufficio di *Trustee* o si dimetta o per il soggetto in carica nell'ufficio di *Trustee* si verifichi una qualunque causa di cessazione dalla carica, nominare il soggetto che assuma l'ufficio di *Trustee*;

(ii) modificare questo strumento.

È prevista la possibilità di revocare il trustee da parte dell'autorità giudiziaria e nominarne uno nuovo. L'esercizio di tale potere può essere sollecitato da ciascuno dei creditori, nei confronti dei quali il trustee deve rispondere del proprio operato.

Art. 18. Trasferimento dei Beni in Trust in caso di mutamento nell'ufficio del Trustee

A. (*Omissis*)

Art. 19. Luogo dell'amministrazione del Trust

A. (*Omissis*)

Art. 20. Spese e Compenso del Trustee

A. (*Omissis*)

B. Il *Trustee* non ha diritto a compenso fino a che tale ufficio permane in capo al *Disponente*; in ogni altro caso il soggetto che assume l'ufficio di *Trustee* avrà diritto ad un compenso pari all'1% (uno per cento) di quanto ricavato dalla liquidazione dei *Beni in Trust*.

Le regole sul compenso sono connesse al tipo di trust ed alle diverse funzioni del trustee nella prima e nella seconda fase del trust.

La scelta di attribuire le funzioni di trustee direttamente al disponente nella prima fase del trust, e quindi di istituire un trust auto-dichiarato, è stata suggerita essenzialmente dallo scopo di ridurre i costi dell'operazione, nell'interesse dei creditori.

Parte III - Disposizioni finali

Art. 21. Nozione di "incapacità"

A. (*Omissis*)

Art. 22. Libro degli Eventi del Trust

A. (*Omissis*)

Art. 23. Pagamento di imposte

A. (*Omissis*)

La mancanza del Guardiano

Nel trust che si commenta manca la figura del guardiano. Questa scelta appare legittima in quanto le finalità del trust sono previste nell'esclusivo interesse del disponente e dei creditori della società individuati nel trust come beneficiari.

La legge regolatrice scelta richiede infatti la presenza di un guardiano solo nei trust di scopo (*purpose trusts*) volti al perseguimento di un determinato fine (caritatevole o meno) senza che, in relazione ad esso, sia possibile individuare una o più persone determinate o determinabili, che ricevono benefici dal trust.

I trust istituiti a vantaggio diretto o indiretto di una o più persone non sono pertanto qualificabili come trust di scopo, sebbene anch'essi vengano generalmente istituiti per il perseguimento di determinate finalità e la realizzazione di un determinato programma.

Il discrimine non è dunque costituito dalla sussistenza o meno di uno scopo o di una finalità, ma nella presenza o meno di beneficiari individuati o anche solo individuabili, che abbiano azione contro il trustee: nel nostro caso tali soggetti sono i creditori della società, ai quali l'atto istitutivo riconosce poteri anche prima del termine stabilito per la liquidazione della società(2).

Nota:

(2) Vedi i poteri attribuiti dall'atto istitutivo di trust all'articolo 17, e i diritti e poteri riconosciuti ai beneficiari (anche se titolari solamente di un *contingent interest*) dalla legge regolatrice.

Il trust qui descritto è pertanto senza dubbio un trust con beneficiari in cui, ai sensi della legge regolatrice adottata, non è obbligatoria la presenza di un guardiano.

Occorre infatti fugare un possibile equivoco e intendersi sul significato del termine "beneficiari", traduzione del termine inglese *beneficiaries*. Come detto, esso indica i soggetti titolari di pretese nei confronti del trustee secondo quanto previsto nell'atto istitutivo del trust e non, come pure la traduzione italiana "beneficiari" potrebbe evocare, il destinatario di una attribuzione liberale o comunque a titolo gratuito, senza corrispettivo. Ove invero si intenda il termine "beneficiari" in tale ultima accezione, si perverrebbe alla errata conclusione di considerare questo trust come un trust di scopo e non un trust con beneficiari.

Si può allora concludere dicendo che questo non è un trust di scopo, bensì un trust con *beneficiaries*, se pur non destinatari di attribuzioni liberali o a titolo gratuito, attribuzioni che normalmente si ritengono connesse con la figura di beneficiario: infatti i creditori hanno diritto di ricevere dal fondo in trust solo una somma corrispondente ai crediti ancora vantati nei confronti della società allo scadere del termine fissato per la liquidazione e sono pertanto destinatari di una attribuzione *solvendi causa* e non certo *donandi causa*.

In realtà, l'unico soggetto che può trarre beneficio da questo trust è il disponente stesso che confida, attraverso questo strumento affidante, di potere attuare il piano di liquidazione; i creditori della società, aderendo al piano, acquisiscono dal canto loro tutela giuridica del loro affidamento che i beni del socio accomandatario siano destinati a soddisfare il loro credito nel caso il piano non vada a buon fine nei tempi programmati.

Queste riflessioni offrono anche l'occasione per un breve cenno al profilo fiscale dell'operazione, che al momento della sua realizzazione non ha subito alcuna imposizione proporzionale, in quanto avvenuta prima della reintroduzione della imposta di successione e donazione e delle circolari interpretative.

Come noto, l'interpretazione delle norme che hanno reintrodotta l'imposta di donazione assoggettando a tassazione anche i vincoli di destinazione è alquanto problematica e difficoltosa.

Secondo l'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate i vincoli di destinazione sono soggetti all'imposta solo se con effetti traslativi, tuttavia - sempre se-

condo la tesi interpretativa dell'Agenzia - la costituzione di beni in trust costituirebbe sempre un trasferimento tassabile, pur nel caso di trust auto-dichiarato, stante la particolare segregazione prodotta dal trust.

Sostiene peraltro l'Agenzia che, in considerazione dell'"unica causa fiduciaria" che caratterizza "tutte le vicende del trust" e considerato che l'applicazione dell'imposta al momento della costituzione "esclude dalla tassazione il trasferimento di beni a favore dei beneficiari", per la determinazione delle aliquote dell'imposta occorre fare riferimento ai beneficiari del trust e ai vincoli di parentela che eventualmente li legano al disponente⁽³⁾.

Ma, come abbiamo visto, in questo particolare tipo di trust non vi sono soggetti - determinabili o meno - destinati a ricevere attribuzioni a titolo gratuito.

Questo trust, come abbiamo visto, ha dei *beneficiaries*, ma non vi sono beneficiari di attribuzioni o soggetti comunque avvantaggiati se non lo stesso disponente.

Poste queste premesse, si dovrebbe allora sostenere che i trust di questo genere non siano soggetti all'imposta di donazione, in quanto sono trust in cui l'unico beneficiario non è altri che il disponente stesso.

Ma poiché tale conclusione non può assolutamente definirsi certa, ove il signor Sempronio si presentasse oggi di fronte al notaio, egli potrebbe anche consigliargli - quale soluzione che offre maggiori certezze dal punto di vista fiscale - di ricorrere ad negozio di destinazione atipico di diritto italiano, sfruttando l'autonomia negoziale che il nostro ordinamento riconosce alle parti e che il nuovo art. 2645 *ter* cod. civ. presuppone.

L'istituzione di tale vincolo di destinazione su beni propri non sconta, sempre secondo l'Agenzia delle Entrate, alcuna imposta di donazione non essendovi alcun effetto traslativo.

Anche ricorrendo a tale soluzione, ritengo possibile affidare successivamente il controllo dei beni ad un soggetto terzo (analogamente alle due fasi ipotizzate nel trust), senza che questo comporti una successiva tassazione.

Si potrebbe infatti prevedere, nell'ambito del ne-

Nota:

(3) Si v. la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 48/E, in questa Rivista, 2007, 630, commentata da M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità del trust, *ivi*, 497.

gozio di destinazione, che nella seconda fase il controllo dei beni passi dal disponente alla fiduciaria di espressione bancaria, per la liquidazione del patrimonio e la soddisfazione dei creditori, pur restando la proprietà in capo al disponente.

Si innesterebbe, in altri termini, nella cornice del negozio di destinazione, un regolamento negoziale simile a quello di un contratto di cessione di beni ai creditori, contratto tipico - da alcuni qualificato quale peculiare applicazione del mandato - che pacificamente si ritiene non produca un trasferimento di beni soggetto a tassazione.

■ Il trust e la crisi dell'impresa

Il caso sopra esposto costituisce solo una delle possibili applicazioni del trust nella fase della crisi dell'impresa.

La crisi dell'impresa può essere più o meno grave e di questo mostra di essere consapevole il legislatore, che ha predisposto una serie di istituti nella legge fallimentare variamente conformati, con riguardo alla maggiore o minore gravità della difficoltà dell'imprenditore a far fronte regolarmente al pagamento dei propri debiti.

Il trust, per sua natura strumento polivalente e duttile, adattabile alle esigenze del caso concreto con grande facilità ed efficacia, può trovare molteplici applicazioni in questa materia.

Si pensi per esempio all'utilizzo del trust nel concordato preventivo misto dove un terzo affidi propri beni al commissario giudiziale quale trustee perché li utilizzi per il pagamento dei creditori del soggetto ammesso nel concordato secondo quanto in esso previsto(4). I creditori sono così garantiti che tali beni - su cui diversamente il commissario non avrebbe alcun controllo - non vengano successivamente alienati o aggrediti da creditori personali del soggetto terzo prima che gli stessi siano soddisfatti.

Nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il trust si presta - come visto - ad applicazioni ancora più interessanti(5). Tali accordi sono caratterizzati dalla assenza di alcun intervento giudiziale successivo all'omologa, giacché il controllo dei beni rimane di esclusiva spettanza del debitore: il correttivo rappresentato dal ricorso al trust consente di sfruttare al massimo l'ampio spazio lasciato all'autonomia privata da tale articolo.

Infatti una possibile applicazione consiste nell'affidare i beni al trustee una volta ottenuta l'omologa dell'accordo di ristrutturazione, affinché egli lo attui

rassicurando i creditori da eventuali possibili inadempimenti dell'accordo da parte del debitore.

Ma, come nel caso in esame, il trust può essere anche anteriore all'accordo e strumentale al suo raggiungimento, offrendo la garanzia che, fallito il piano proposto dall'imprenditore, un soggetto professionale provvederà alla liquidazione del patrimonio segregato a loro garanzia.

Tale patrimonio può essere anche quello di terzi (ad esempio familiari) disposti ad offrire tale garanzia all'imprenditore in difficoltà.

Tale tipo di trust, rappresenta certamente una garanzia per i creditori aderenti all'accordo, ma blocca altresì di riflesso le azioni dei creditori sui beni del socio accomandatario vincolati in trust, salvo l'esercizio dell'azione revocatoria, di cui si è già detto.

Occorre come sempre valutare meritevolezza e legittimità di tale atto(6).

Si tratta, cioè, di stabilire se sia meritevole di tutela un atto con il quale un patrimonio viene destinato solamente a beneficio di alcuni creditori (quelli che aderiranno al piano di ristrutturazione) allo scopo di consentire una liquidazione armonica e maggiormente efficiente della società.

Dall'introduzione nell'ordinamento dell'art. 182 bis l. fall. si ricava un chiaro indice del *favor* dell'ordinamento per la soluzione della situazione di crisi dell'imprenditore per via privatistica, mediante accordi con i creditori nei quali il giudice ha un ruolo sempre meno invasivo.

Ai sensi della legge fallimentare, poi, questo accordo, intervenuto anche solo con il 60% dei creditori, produce alcuni effetti nei confronti di tutti i creditori: si pensi a quanto disposto dall'attuale III

Note:

(4) Vedi atto di trust pubblicato in questa Rivista, 2005, 302 e provvedimento di omologa del Tribunale di Parma, 3 marzo 2005, ivi, 409.

(5) Cfr., in argomento, L. Rovelli, Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182 bis l.f., in questa Rivista, 2007, 398; D. Zanchi, Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182 bis l.f., in questa Rivista, 2008, 155.

(6) Con riferimento al trust oggetto di tale articolo, si segnala l'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, Ufficio esecuzioni immobiliari, 14 maggio 2007, resa dal giudice dott. Fanticini (e pubblicata in questa Rivista, 2007, 425) a seguito di opposizione del debitore pignorato, che dispone la sospensione della procedura esecutiva promossa da un creditore dotato di titolo esecutivo che aveva pignorato beni immobili del socio accomandatario precedentemente vincolati in trust. In tale ordinanza, che respinge tutte le istanze del creditore, si leggono pagine molto significative sulla meritevolezza degli interessi perseguiti da tale tipologia di trust e sul fenomeno della destinazione negoziale dei beni in generale.

comma dell'art. 182 *bis* l. fall., che prevede che dalla data di pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione nel registro delle Imprese e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, oppure al fatto, cui si è già accennato, che gli atti, i pagamenti e le garanzie effettuate in esecuzione di tali accordi sono esentate da revocatoria, nei confronti di tutti i creditori.

Un utilizzo accorto e consapevole del trust in tale contesto non può dunque che incontrare il favore dell'ordinamento.

Ove si volesse vedere in un trust di questo tipo uno strumento volto esclusivamente ad aggirare il limite dei sessanta giorni stabilito dalla legge per il blocco delle azioni esecutive, ci si porrebbe in un'ottica distorta e fuorviante.

Qui si tratta di valutare la legittimità e la meritevolezza di un atto negoziale dispositivo di destinazio-

ne di beni, caratterizzato da profili di onerosità e non di liberalità, rivolto al perseguimento di un interesse sicuramente meritevole di tutela, cioè l'interesse a consentire, in un lasso di tempo prestabilito, una liquidazione efficiente della società che renda possibile una soddisfazione integrale dei creditori, seppur non tempestiva.

Nel solo caso in cui si provi che tale atto è volto unicamente a danneggiare uno o più creditori, anziché a tutelare la *par condicio*, ovvero a sottrarre i beni del debitore alle loro pretese per un tempo eccessivamente lungo, l'atto non vedrebbe riconosciuti i suoi effetti in quanto non meritevole o comunque sarebbe senz'altro revocabile. A tacer del fatto che, in tali ipotesi, si corre anche il rischio, in caso di successivo fallimento, di incorrere nel reato di bancarotta.

Si tratta pertanto di un giudizio da esprimere caso per caso, alla luce di alcuni principî generali che si è cercato *in nuce* di esporre.

Atto istitutivo di trust allegato ad un verbale di separazione coniugale consensuale

■ Atto istitutivo di trust, 20 ottobre 2007

PARTE I - DATI DI BASE

- art. 1. *Trust*, denominazione e irrevocabilità
- art. 2. Il *Trustee*
- art. 3. Definizioni e convenzioni
- art. 4. *Legge regolatrice del Trust* e *Autorità Giudiziaria*
- art. 5. I *Beni in Trust*
- art. 6. *Beneficiari Finali*
- art. 7. I *Beneficiari Potenziali*
- art. 8. *Protective Trust*
- art. 9. *Necessità dei Disponenti* e dei *figli dei Disponenti*
- art. 10. Potere di anticipazione
- art. 11. La durata del *Trust*
- art. 12. Libro degli eventi. Effetti verso i terzi
- art. 13. Riservatezza e copie degli atti

PARTE II - IL TRUSTEE

- art. 14. Obblighi del *Trustee*
- art. 15. Poteri-doveri del *Trustee*
- art. 16. Segregazione, custodia
- art. 17. Successione del *Trustee*
- art. 18. Trasferimento dei *Beni in Trust* in caso di mutamento del *Trustee*
- art. 19. Deleghe e responsabilità del *Trustee*
- art. 20. Rendiconto
- art. 21. Spese e Compenso del *Trustee*

PARTE III - I BENI E I REDDITI IN TRUST

- art. 22. Reddito del *Trust*
- art. 23. *Immobili*

PARTE IV - DISPOSIZIONI FINALI

- art. 24. Destinazione finale dei *Beni in Trust*
- art. 25. Modificazioni del *Trust*
- art. 26. Forma degli atti

FINALITÀ

Il *Trust* è istituito affinché il patrimonio, indicato nel verbale di separazione di cui questo documento costituisce allegato, acquisito durante il matrimonio, mantenga la destinazione ai bisogni loro, della loro comune discendenza e della discendenza della signora R. M., così come durante la loro vita in comune hanno sempre inteso restando insensibile alle loro vicende personali, dando atto che dal loro matrimonio sono nati due figli, P. e V. e che la signora M. R., da precedente matrimonio, ha avuto due figli L. S. di anni 39 e S. A. di anni 38 non conviventi.

PARTE I - DATI DI BASE

Art. 1 *Trust*, denominazione e irrevocabilità

A. Il termine *Trust* individua il trust regolato da questo *Strumento*.

B. Il *Trust* è identificato per mezzo della denominazione "Trust M. R." ed è regolato dalle disposizioni che seguono.

C. Il *Trust* ha effetto dal momento della omologa della loro separazione consensuale, da tale momento decorrerà altresì il periodo di durata del *Trust*.

D. Questo *Strumento* è irrevocabile.

Art. 2 Il *Trustee*

A. *Trustee* del *Trust* viene inizialmente individuato nella signora M. R., nata a ... il

B. Il termine *Trustee* individua chi riveste l'ufficio di *Trustee*; in caso di più persone un *Trustee* indica ciascuna di esse.

.....
L'atto istitutivo di trust pubblicato costituisce allegato al Verbale di separazione consensuale dei coniugi e conseguente Decreto di omologa del Tribunale di Genova, *supra*, 392.

C. Qualora un *Trustee* o il *Trustee* sia una persona giuridica l'attività di *Trustee* deve rientrare nel suo oggetto sociale.

D. Il luogo dell'amministrazione del *Trust* è fissato presso il domicilio del *Trustee* ovvero presso la sede legale se persona giuridica.

Art. 3 Definizioni e convenzioni

A. Ai fini e per gli effetti del *Trust* il termine:

- i. *Disponenti* indica i coniugi M. O. e M. R., che hanno sottoscritto questo *Strumento*;
- ii. *Figli dei Disponenti* indica i figli dei *Disponenti* ed i figli della sola signora M. R.;
- iii. *Discendente* o *Discendenti*, indica i figli generati insieme dai *Figli dei Disponenti* e le diverse stirpi di discendenza che avranno origine dagli stessi;
- iv. *Famiglia* indica nell'insieme i *Disponenti* e i *Discendenti*;
- v. *Ricorso* indica il ricorso per la separazione consensuale allegato al presente sotto la lettera "A";
- vi. *Incapace* o *Incapacità* indica l'inidoneità di un soggetto di attendere in modo stabile, vigile e pronto alle incombenze della funzione alla quale il termine è riferito: tale inidoneità, per produrre effetti ai sensi di questo *Strumento*, deve essere attestata con atto, da tre medici, uno fra i quali specializzato in neurologia e uno in psichiatria, nominati dal Consiglio dell'Ordine dei Medici di Genova o risultare da provvedimento dell'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi nel merito;
- vii. *Autorità Giudiziaria* indica la magistratura italiana, foro di Genova e qualora essa si rifiuti di provvedere la magistratura dello Stato la cui legge regola il *Trust*.

B. Tutte le parole e le espressioni definite nel *Trust* si applicano, se non indicato diversamente, a ogni sua disposizione.

Art. 4 Legge regolatrice del Trust e Autorità Giudiziaria

A. Il *Trust* è regolato dalla legge di Jersey.

B. Nel corso della durata del *Trust* il *Trustee*, può con atto scritto:

- i. sostituire la legge regolatrice con un'altra in base alla quale siano validi il *Trust* e le sue principali disposizioni;
- ii. e in tale occasione:
 - potrà modificare le disposizioni del *Trust* che si rivelino incompatibili o eccessivamente onerose in base alla nuova legge regolatrice;

- e modificare il *Trust* affinché i suoi effetti rimangano i medesimi.

C. La validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del *Trustee* posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla legge italiana.

D. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del *Trust* o alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo *Trust*, così come ogni procedimento mirante a fare pronunciare la nomina del *Trustee* o a dare direttive al *Trustee*, è sottoposta all'*Autorità Giudiziaria*.

Art. 5 I Beni in Trust

A. Sono *Beni in Trust*:

- i. i beni indicati nel *Ricorso*, una volta che sia stata omologata la separazione consensuale richiesta con tale *Ricorso*;
- ii. il reddito in *Trust*, intendendosi tale ogni frutto, dividendo, interesse o altra utilità prodotto dai beni in *Trust* e percepito dal *Trustee* ovvero mantenuto presso fiduciari ovvero nel patrimonio di società di proprietà o sotto il controllo del *Trust* diretto o per mezzo di fiduciari o di altre società;
- iii. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione dei *Beni in Trust*.

B. I *Beni in Trust*, sono separati dal patrimonio proprio del *Trustee*, non sono in alcun caso aggredibili dai suoi creditori né dai creditori dei *Disponenti* questo in quanto la legge applicabile lo prevede e secondo il disposto dell'art. 11 della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

Art. 6 Beneficiari Finali

A. *Beneficiari Finali* del *Trust* sono i *Discendenti* che al termine di durata del *Trust* siano viventi, tuttavia, ove viventi, *Beneficiari Finali* saranno i *Disponenti*, e ove vivente solo uno dei *Disponenti*, esso sarà *Beneficiario Finale* per la quota di metà di *Beni in Trust*. Ai fini della individuazione dei *Beneficiari Finali* verranno osservate le seguenti regole.

B. La divisione delle quote spettanti ai *Beneficiari Finali*, salvo quanto disposto per i *Disponenti*, avviene in parti uguali per stirpe fermo restando il computo ai fini della successiva attribuzione di ogni eventuale imputazione già effettuata sulla singola quota secondo quanto previsto dal *Trust*. Se un capostirpe ha prodotto più rami di discendenza la divisione avverrà anche per le stirpi prodotte da cia-

scun ramo e per capi tra i membri del medesimo ramo secondo le regole stabilite dal diritto italiano, al momento dell'istituzione del *Trust*, in tema di rappresentazione negli artt. 467 e ss del Codice Civile.

C. Ai fini e per gli effetti di questo *Strumento*:

i. è considerato capostirpe il discendente da cui derivi almeno un discendente;

ii. con riferimento alle disposizioni beneficiarie il capostirpe in vita esclude i suoi discendenti;

iii. i figli naturali ed i figli adottivi sono equiparati ai figli legittimi.

D. Qualora un ramo della stirpe di discendenza venga a mancare, la sua quota si accresce:

i. ai rami della medesima stirpe; ovvero in mancanza

ii. alle altre stirpi.

E. In assenza di discendenti dei *Disponenti* al termine di durata del *Trust Beneficari Finali* del *Trust* sono gli eredi legittimi o testamentari dell'ultimo discendente dei *Disponenti* venuto a mancare, ed in mancanza il soggetto o i soggetti individuati dal *Trustee*.

Art. 7 I Beneficari Potenziali

A. In ogni momento di durata del presente *Trust* sono *Beneficari Potenziali* del *Trust* coloro che sarebbero *Beneficari Finali* secondo le disposizioni e le quote stabilite in questo *Strumento*, se il *Trust* terminasse in tale momento.

Art. 8 Protective Trust

A. I soggetti aventi una posizione giuridica beneficiaria non possono alienare alcun proprio beneficio e diritto nel corso della durata del *Trust* né in alcun altro modo disporne, né tali benefici e diritti entrano nella massa fallimentare in caso di fallimento o insolvenza degli stessi né su di essi possono essere compiuti atti di esecuzione. Verificandosi tali eventi le disposizioni del *Trust* devono considerarsi soggette alla disciplina del *Protective Trust* secondo quanto stabilito dalla legge regolatrice del *Trust*. In particolare qualora una posizione giuridica beneficiaria sia soggetta a *Protective Trust*, il *Trustee* ha il potere di disporre del reddito a vantaggio della stessa ma solo nei limiti di quanto necessario per sostenere ragionevoli spese di vita e mantenimento familiare, tenendo in considerazione altresì l'eventuale nucleo familiare coinvolto. In nessun caso il *Trustee* può disporre del reddito in modo da distribuirlo direttamente o anticiparlo in favore del soggetto che ha una posizione giuridica beneficiaria o in favore del suo eventuale nucleo familiare.

Art. 9 Necessità dei Disponenti e dei figli dei Disponenti

A. Qualora il *Trustee* accerti che un componente della famiglia abbia necessità di somministrazione di mezzi finanziari per provvedere a mantenere un dignitoso tenore di vita o per cure mediche cui non provveda il servizio sanitario statale, il *Trustee*, è tenuto ad attribuire agli stessi o impiegare direttamente in loro favore le somme di denaro necessarie, ottenute anche per mezzo dell'alienazione dei *Beni in Trust*.

Art. 10 Potere di anticipazione

A. Nel corso della durata del *Trust* il *Trustee* può a sua totale discrezione anticipare a un *Discendente* la quota che gli spetterebbe, se il *Trust* terminasse in tale momento, o una sua frazione o di impiegarla secondo le sue indicazioni.

B. La quota dovrà essere liquidata in tempi ragionevoli, solamente in denaro.

C. Il *Beneficario Potenziale* così avvantaggiato (e la sua stirpe di discendenza) cessa di avere una posizione giuridica beneficiaria qualora la sua intera quota gli sia anticipata ovvero in caso di anticipazione parziale la sua quota viene proporzionalmente diminuita.

Art. 11 La durata del Trust

A. Il *Trust*, nel pieno rispetto della durata massima consentita dalla legge regolatrice scelta, esaurisce i propri effetti, decorsi 80 (ottanta) anni dalla sottoscrizione del presente *Strumento*.

B. Il *Trustee* potrà discrezionalmente porre termine anticipatamente al *Trust* quando:

i. ritenga i beni in trust non più idonei alle finalità del trust o non ritenga più attuabili le finalità stesse;

ii. qualora gliene facciano richiesta tutti i *Beneficari Potenziali*.

Art. 12 Libro degli eventi. Effetti verso i terzi

A. Il *Trustee* deve istituire, custodire e aggiornare il "Libro degli Eventi del *Trust*", vidimato in data diciassette ottobre duemilasette dal Notaio Luigi Francesco Riso di Genova, con il numero di repertorio 24.327. Detto libro sarà conservato dal *Trustee* nel luogo da lui ritenuto più idoneo o affidato alla persona dallo stesso ritenuta più idonea.

B. Il *Trustee* annota in tale Libro:

i. ogni avvenimento che questo *Strumento* prescriva di annotare;

ii. ogni altro avvenimento del quale ritenga opportuno conservare la memoria;

iii. gli estremi ed il contenuto di qualsiasi atto per il quale sia prescritta la forma autentica;

iv. ogni atto del quale il *Trustee* ritenga opportuno prevenire la dispersione e di cui manterrà una raccolta completa;

v. l'elenco aggiornato dei discendenti sulla base delle indicazioni ricevute dai capostirpe.

C. Chiunque contragga con il *Trustee* è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli Eventi del *Trust*.

Art. 13 Riservatezza e copie degli atti

A. Tutti i documenti e le informazioni relative al *Trust* sono riservati.

B. Il *Trustee* non comunica ad alcuno alcun documento o informazione riguardante o relativa al *Trust*, salvo quanto inderogabilmente previsto dalla legge regolatrice del *Trust* a meno che:

i. lo consenta una disposizione di questo *Strumento* o della legge regolatrice del *Trust*;

ii. vi sia un ordine di giustizia;

iii. sia richiesto da una autorità di vigilanza nell'ambito delle proprie prerogative;

iv. riguardi comunicazioni ed avvisi dovuti ai sensi delle applicabili disposizioni di legge, regolamento o di altra natura;

v. sia richiesto dall'Amministrazione finanziaria nell'ambito dei suoi poteri e prerogative o comunque ne risulti utile e/o opportuna la comunicazione alla stessa anche nell'ambito di procedure di interpello o di consulenza;

vi. il *Trustee* lo consideri opportuno affinché egli:

- eserciti alcun potere;
- adempia alcuna obbligazione;
- si difenda in un procedimento giudiziario;
- ottenga un parere professionale.

C. Il dovere di rivelare informazioni come sopra stabilito non sorge se il *Trustee* dimostra che il soggetto che dovrebbe ricevere le stesse le ha già ricevute o ne ha altrimenti conoscenza.

D. Qualora il *Trustee* reputi che le informazioni richieste in base ai commi precedenti siano pregiudizievoli per tutti o alcuni dei soggetti aventi una posizione giuridica beneficiaria, il *Trustee* può chiedere alla Autorità Giudiziaria di essere esonerato dalla obbligazione di rivelare informazioni e in base ai termini ritenuti appropriati.

PARTE II - IL TRUSTEE

Art. 14 Obblighi del *Trustee*

A. Il *Trustee*:

i. dovrà gestire ed amministrare i *Beni in Trust*;

ii. dovrà impiegare i *Beni in Trust* secondo le disposizioni del *Trust* e perseguendo le finalità del *Trust* come indicate nelle *Premesse* e nel presente *Strumento*.

Art. 15 I poteri-doveri del *Trustee*

A. Il *Trustee* dispone dei *Beni in Trust* senza alcuna limitazione che non risulti in questo *Strumento* e senza dovere mai altrimenti giustificare i propri poteri, che coincidono con quelli che la legge riconosce al proprietario o titolare dei *Beni in Trust*.

B. Il *Trustee* ha capacità processuale attiva e passiva in relazione ai *Beni in Trust*, e può:

i. rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenerne prescrizioni o direttive;

ii. citare ed essere citato in giudizio;

iii. comparire dinanzi a notari e a qualunque pubblica autorità senza che mai gli si possa eccepire mancanza o indeterminazione di poteri;

iv. rivolgersi all'Autorità Giudiziaria al fine di chiedere istruzioni con riferimento al *Trust*.

C. I poteri del *Trustee*, ottenuti i consensi richiesti dal *Trust*, sono esercitati con discrezionalità assoluta secondo le circostanze.

D. Il *Trustee*, impiegando all'uopo le disponibilità del *Trust* e comunque i *Beni in Trust*, dovrà assolvere qualsiasi imposta a carico del *Trust* o del *Trustee* in conseguenza dell'esistenza o degli effetti del *Trust* o del reddito o del capitale da esso ricevuto o distribuito, anche se tale imposta non possa essere pretesa contro il *Trustee*.

E. Il *Trustee*, qualora si verifichi la circostanza che uno o più legittimari dei *Disponenti*, ritenendosi lesi nella quota di legittima loro riservata, intendano adire o abbiano già adito vie legali al fine di porre in essere alcuna azione contro il *Trust* o contro i *Beni in Trust*:

i. dovrà verificare, anche avvalendosi della consulenza di esperti legali, se sussista una effettiva lesione delle quote di legittima;

ii. esperita la valutazione di cui sopra al punto i) e avendo effettivamente rilevato una lesione delle quote di legittima, potrà rideterminare le quote dei *Beni in Trust* spettanti a ciascun *Beneficiario Finale* secondo le disposi-

zioni del *Trust*, al fine di ridurle proporzionalmente nei limiti in cui è necessario per integrare la quota di legittima spettante ai legittimari lesi secondo quanto disposto dalla legge italiana;

iii. esperite le procedure di cui sopra potrà attribuire, ai legittimari lesi, la quota di *Beni in Trust* necessaria per integrare la loro quota di legittima, eventualmente anche a seguito di transazione conclusa con gli stessi.

F. Qualora il legittimario leso abbia una posizione giuridica beneficiaria ovvero appartenga alla classe dei discendenti dei *Disponenti*, a seguito della attribuzione di cui sopra della quota di *Beni in Trust* richiesta, egli e la sua stirpe di discendenza cesseranno o non potranno avere una posizione giuridica beneficiaria ovvero di essere intitolati alla attribuzione dei *Beni in Trust* al termine di durata dello stesso.

Art. 16 Segregazione, custodia

A. Il *Trustee* è obbligato a tenere i *Beni in Trust* separati sia dai propri sia da qualsiasi altro bene o diritto gli sia intestato. In particolare:

i. tutte le volte che si tratti di beni o diritti iscritti o iscrिवibili in registri, pubblici o privati, il *Trustee* è tenuto a richiederne l'iscrizione o nella sua qualità di *Trustee* del *Trust* o al nome del *Trust* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *Trust*;

ii. i rapporti bancari istituiti dal *Trustee* e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati o al *Trustee* nella sua qualità o al *Trust* e ogni somma sarà depositata nei conti così denominati.

B. Il *Trustee* è tenuto a custodire i *Beni in Trust*.

C. Il *Trustee* è tenuto al compimento di ogni attività necessaria per tutelare la consistenza fisica dei *Beni in Trust*, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso in favore del *Trust*.

D. Il *Trustee* può:

i. depositare beni e documenti presso banche e depositari professionali che si obblighino alla loro custodia;

ii. intestare beni a società fiduciarie o intermediari finanziari professionali o a società interamente controllate dal *Trustee*.

Art. 17 Successione del *Trustee*

A. Un *Trustee* o il *Trustee* rimane nell'ufficio fino a dimissioni o revoca ovvero:

i. se persona fisica: morte o sopravvenuta incapacità;

ii. se persona giuridica: messa in liquidazione o inizio di procedure concorsuali nei confronti della stessa;

iii. fermo restando tuttavia che il *Trustee* rimarrà in carica fintantoché venga nominato il *Trustee* nuovo e questi assuma l'ufficio.

B. Un *Trustee* o il *Trustee* può indicare il proprio successore e rassegnare le dimissioni, con dichiarazione scritta riportata nel Libro degli Eventi, comunicata ai *Beneficiari Potenziali*.

C. Su istanza motivata di ogni *Beneficiario Potenziale* potrà in ogni momento essere revocato e nominato un *Trustee* nuovo dal Presidente del Consiglio Notarile di Genova; ovvero, qualora esso non provveda entro 60 (sessanta) giorni dalla richiesta dall'*Autorità Giudiziar*ia.

D. Prevalendo tale revoca e nomina su ogni altra prevista in questo *Strumento*.

Art. 18 Trasferimento dei *Beni in Trust* in caso di mutamento del *Trustee*

A. In caso di cessazione dall'ufficio del *Trustee*, i *Beni in Trust* appartengono di diritto al nuovo *Trustee* come se fosse stato nominato *Trustee* sin dall'origine, in quanto i *Beni in Trust* devono considerarsi come affidati e acquisiti dal *Trustee* nelle funzioni in quel momento sotto condizione risolutiva ed al nuovo *Trustee* sotto condizione sospensiva del verificarsi dello stesso evento costituito dalla cessazione dall'ufficio del *Trustee* e della assunzione dell'ufficio da parte del nuovo *Trustee*, cosicché i *Beni in Trust* si considerano come fin dal momento della loro acquisizione in *Trust* appartenuti al *Trustee* in carica.

B. Chi cessa dall'ufficio è tenuto:

i. a porre in essere senza indugio ogni necessario atto per consentire al nuovo *Trustee* di esercitare i diritti spettanti al *Trustee* sui *Beni in Trust* e per farlo risultare quale *Trustee* di questo *Trust*;

ii. a consegnare i *Beni in Trust* al suo successore, consegnandogli qualsiasi atto e documento in suo possesso che abbia attinenza con il *Trust* o i *Beni in Trust*, fornendogli ogni ragguglio il nuovo *Trustee* ragionevolmente gli richieda e in genere ponendolo in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei *Beni in Trust* e di assolvere senza difficoltà le obbligazioni inerenti l'ufficio.

C. Prima di trasferire i *Beni in Trust*, il *Trustee* ha diritto di ottenere una ragionevole garanzia per il compenso spettantegli nonché contro pretese di terzi, anche di natura tributaria.

D. In caso di morte o incapacità del *Trustee*, le suddette obbligazioni di consegna fanno carico, rispettivamente, agli eredi e a chi assiste il soggetto divenuto incapace. In caso di liquidazione o inizio di altra procedura concorsuale, le suddette obbligazioni di consegna fanno capo al soggetto che ha la rappresentanza della persona giuridica.

E. In ciascuno dei casi che precedono, è lecito a chi consegna atti e documenti di farne e trattenerne copie, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni promosse contro di lui.

Art. 19 Deleghe e responsabilità del *Trustee*

A. Il *Trustee* è tenuto a svolgere le proprie funzioni personalmente.

B. Egli, peraltro, con esclusivo riferimento ai *Beni in Trust* e nel rispetto della legge regolatrice del *Trust*, potrà delegare il compimento di singole attività.

C. La responsabilità del *Trustee* è regolata secondo quanto previsto dalla legge regolatrice del *Trust*.

Art. 20 Rendiconto

A. Il *Trustee*, ha il dovere di tenere un accurato rendiconto della amministrazione dei *Beni in Trust*.

Art. 21 Spese e Compenso del *Trustee*

A. Il *Trustee* ha diritto di ricevere il compenso stabilito dal soggetto che lo nomina, la signora M. R. non ha diritto a compensi.

B. Le spese e i costi sostenuti dal *Trustee* per l'adempimento delle sue funzioni sono a carico del *Trust*. Fra i costi rientrano i compensi e i rimborsi dei professionisti e/o dei legali incaricati dal *Trustee* e le spese delle procedure, anche legali, nelle quali il *Trustee* abbia la veste di parte a meno che, in quest'ultimo caso, il giudice adito disponga diversamente.

PARTE III - I BENI E I REDDITI IN TRUST

Art. 22 Reddito del *Trust*

A. Le utilità dei *Beni in Trust*, via via che maturano, spettano alla signora M. R. che a tale fine è la *Beneficiaria individuata* nelle utilità dei *Beni in Trust*, venuta a mancare la signora M. R., le utilità spettano ai *Beneficiari Potenziali* per le rispettive quote ed a tale fine essi sono *Beneficiari individuati* nelle utilità dei *Beni in Trust*.

Art. 23 Immobili

A. Il *Trustee* può consentire ad uno o più componenti la *Famiglia* di abitare e utilizzare, permanentemente o stagionalmente ed a titolo di comodato gratuito, i beni immobili compresi fra i *Beni in Trust* di cui abbia il godimento.

B. Peraltro, ove il vantaggio così attribuito diminuisca significativamente il reddito del *Trust* e/o crei situazioni di evidente disparità il *Trustee* adotta le determinazioni opportune, compresa l'imposizione di un canone a carico dei soggetti ai quali egli concede di godere i beni immobili compresi fra i *Beni in Trust*.

PARTE IV - DISPOSIZIONI FINALI

Art. 24 Destinazione finale dei *Beni in Trust*

A. Sopraggiunto il termine finale del *Trust*, il *Trustee* individuerà i *Beneficiari Finali* del *Trust*, provvederà a formare le quote di *Beni in Trust* agli stessi spettanti e ad attribuirle, entro 9 (nove) mesi, fermo restando che:

i. la attribuzione delle quote di *Beni in Trust* spettanti ai *Beneficiari Finali* avverrà in parti uguali per stirpe di discendenza;

ii. l'accordo fra tutti i *Beneficiari Finali* e le eventuali indicazioni assunte all'unanimità dagli stessi circa la ripartizione tra i medesimi dei *Beni in Trust* e la formazione delle rispettive quote vincola il *Trustee*, che è tenuto a eseguirli.

B. Nel procedere alla attribuzione dei *Beni in Trust*, il *Trustee* cura la scelta delle soluzioni fiscalmente più convenienti.

C. In nessun caso i *Beneficiari Finali* o altri interessati possono contestare le determinazioni assunte dal *Trustee* o il modo scelto per la loro attuazione, salvo quanto previsto alla precedente lettera Aii.

D. Gli effetti del *Trust* cessano, rispetto a ciascun bene, nel momento del suo trasferimento a uno o più fra i *Beneficiari Finali*.

E. Quando i diritti di più *Beneficiari Finali* concorrono per quote su un bene immobile non comodamente divisibile il *Trustee*:

i. è tenuto ad indagare se uno fra essi sia disposto a rendersi acquirente per contanti dei diritti spettanti agli altri *Beneficiari Finali*;

ii. in caso positivo, il *Trustee* cura la stima dell'immobile e lo attribuisce a tale *Beneficiario Finale*, contro il pagamento da parte di questi al *Trustee* delle somme spettanti agli altri *Beneficiari Finali*;

iii. in mancanza, il *Trustee* è tenuto ad indagare se esista una comune volontà dei *Beneficiari Finali* concorrenti su tale bene circa l'esercizio dei rispettivi diritti per il caso che l'immobile venga ad essi attribuito in comproprietà per quote ideali e se tale comune volontà risulti da una attestazione giuridicamente vincolante e nelle forme opportune; in caso positivo, il *Trustee* attribuisce il bene ai *Beneficiari Finali* in comproprietà per quote ideali;

iv. ove, ad insindacabile giudizio del *Trustee*, non si verifici alcuna fra le precedenti ipotesi, il *Trustee*, ove possibile, aliena il bene e ne ripartisce il ricavato, al netto di ogni spesa, fra i *Beneficiari Finali*.

Art. 25 Modificazioni del Trust

A. Il *Trustee*, previa consultazione con il, potrà modificare le disposizioni di questo *Trust* purché la modifica non sia lesiva delle disposizioni beneficiarie come contenute nel *Trust* e siano nell'interesse dei *Beneficiari Finali*.

Art. 26 Forma degli atti

A. Debbono rivestire la forma autentica a pena di nullità tutti gli atti per i quali il *Trust* prevede la forma scritta.
Genova, ...
Firmato ...
(omissis)