

SAGGI

Ancora sulla suddivisione dei costi del trust tra beneficiari del reddito e beneficiari del capitale di Alberto Quagli	585
Proposta di concordato preventivo mediante trust di Giovanni Lo Cascio	587
Affidamenti fiduciari e contratti fiduciari di Giuseppe Tucci	593
Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale di Emiliano Raganella - Marco Regni	598
Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella Disciplina Antiriciclaggio del trust di Andrea Vicari	614

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Insolvenza del debitore, <i>final sequestration</i> e dichiarazione di fallimento Italia, Corte di Cassazione, 1° luglio 2007, n. 16991, K.H. c. V.A.M.G	624
Trust liquidatorio nullo e sequestro giudiziario Italia, Tribunale di Milano, Sezione VIII civile, 17 luglio 2009, Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione c. I.T.C. S.r.l.	628
Sequestro conservativo e trust liquidatorio Italia, Tribunale di Milano, Sezione Distaccata di Legnano, 8 gennaio 2009, K. c. X.	634
Trust liquidatorio nel concordato preventivo Italia, Tribunale di Napoli, Sez. VII, 19 novembre 2008, I.C.C. S.r.l. in liquidazione	636
Fallimento dell'emittente un prestito obbligazionario garantito per mezzo di trust e opposizione degli obbligazionisti Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 5 giugno 2009, C. P., C. M. c. Fallimento Ondulati La Veggia S.p.a., The Law Debenture Trust Corporation Pl.c.	645
Fallimento e aggiudicazione dei beni a un trust Italia, Tribunale di Bari, 21 dicembre 2007, Fallimento X S.p.a. Italia, Tribunale di Bari, 6 novembre 2008, Fallimento X S.p.a.	647
Nomina di conciliatore da parte del Presidente del Tribunale Italia, Tribunale di Milano, 17 luglio 2009, L. R. e G. P.	649
Nomina di un curatore speciale per i beneficiari minori, sostituzione del guardiano e ruolo del Presidente del Tribunale Italia, Tribunale di Crotone, Sez. civ., 26 maggio 2009, V.V. e L.V.	650
Intestazione fiduciaria di quote di s.r.l. e inadempimento del fiduciario Italia, Tribunale di Bari, Sez. IV civile, 17 dicembre 2008, V.S. c. E.L.	652

GIURISPRUDENZA ESTERA

Criteria per l'imputazione dei compensi del trustee e delle spese di gestione e investimento al reddito o al capitale

Inghilterra e Galles, Supreme Court of Judicature, Court of Appeal, 19 dicembre 2008, Commissioners for H M Revenue & Customs v Trustees of the Peter Clay Discretionary Trust 659

PRASSI NEGOZIALE

La Risoluzione n. 110/E dell'Agenzia delle Entrate: spunti di riflessione per la stesura di un atto istitutivo di trust

di Angelo De Dominicis 668

Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno: il cammino del professionista

di Roberto Riccio 676

Atto istitutivo di trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno 682

Successione di trustee (*inter vivos*) e clausola fiscale relativa all'imposta di registro

di Andrea Errani - Annapaola Tonelli - Francesco Laus 690

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

Te attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Donatella Treu

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

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

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

REDAZIONE
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero

REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

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

STAMPA
Geca Spa
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)
licenziato per la stampa il 5 ottobre 2009

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:

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

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare:
gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di
sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di
disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di
scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a
Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori
20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 -
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it -
www.ipsoa.it/servizioclienti
ITALIA
Abbonamento annuale: € 265,00
ESTERO
Abbonamento annuale: € 530,00

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

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

scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

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

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

Prezzo copia: € 60,00

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio abbonato,

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

Ancora sulla suddivisione dei costi del trust tra beneficiari del reddito e beneficiari del capitale

di **Alberto Quagli**

La sentenza di secondo grado *Peter Clay Discretionary Trust v Revenue and Customs Commissioners* stabilisce il principio che i costi del trust sono in linea generale riferibili al capitale; dovranno essere imputati al reddito solo se e nella misura in cui essi sono stati sostenuti esclusivamente nell'interesse dei beneficiari del reddito. Un costo peraltro potrà essere suddiviso tra dette categorie di beneficiari purché ci si avvalga di supporti documentali che dimostrino la riferibilità anche al reddito.

■ La sentenza di primo grado

In un precedente numero di questa Rivista⁽¹⁾ avevamo commentato la sentenza di un Tribunale inglese (*Special Commissioners A. Shipwright, J. F. Avery-Jones del 27 febbraio 2007, Trustees of the Peter Clay Discretionary Trust v Revenue and Customs Commissioners*) relativa alla corretta allocazione dei costi sostenuti nei trust per stabilire se considerare alcune tipologie di oneri a carico dei beneficiari del reddito o di quelli del capitale. Si ricordano in massima sintesi gli estremi di quella sentenza.

La sentenza di primo grado aveva per oggetto l'imputazione a reddito o a capitale di determinate spese sostenute dal trust Peter Clay, trust di dimensioni molto rilevanti, con investimenti diversificati su scala mondiale e di tipo ad accumulazione. In un trust del genere è richiesta una notevole attività per gli investimenti e l'amministrazione, specialmente riferita a considerare le imposte relative ai diversi impieghi pagate nei rispettivi Paesi di destinazione. Le spese erano rappresentate da:

1. compensi dei trustee, di cui alcuni operativi ed altri non operativi, con questi ultimi svolgenti sostanzialmente una funzione di meri garanti;
2. compensi per la gestione degli investimenti;
3. oneri bancari;

4. compensi per la custodia dei beni in trust;
5. compensi professionali per l'amministrazione e la tenuta dei conti.

Il Tribunale aveva stabilito che:

- il compenso per la tenuta dei conti era in parte dovuto al controllo e alla registrazione del reddito maturato e per tale parte era da attribuire come componente negativo a carico del reddito;
- il compenso per la custodia dipendeva in larga misura dalla raccolta dei redditi maturati su investimenti esteri. Come tale, esso doveva essere attribuito in parte a reddito e in parte a capitale;
- circa il compenso dei trustee, si doveva distinguere il compenso dei trustee non operativi dal compenso, ben maggiore, del trustee operativo. I primi dovevano qualificarsi come costi fissi, indipendenti dal volume di attività svolta a favore del reddito e considerarsi come degli oneri a carico del trust nel suo complesso e in tale veste sono, pertanto, da ritenersi degli oneri a carico del capitale. Il compenso del trustee operativo, invece, essendo legato tramite parametri proporzionali alla mole di lavoro svolta a favore del reddito, doveva ritenersi un costo di competenza del reddito;
- gli oneri bancari derivavano dalle spese sulle transazioni (entrate/uscite) connesse alla maturazione del reddito. Quindi essi erano da ritenersi oneri da portare a detrazione del reddito;
- circa i compensi per l'attività di *investment management*, il Tribunale riconosceva che il lavoro svolto era prevalentemente riconducibile al capitale, specie quando la parte più rilevante del lavoro di gestione ordinaria a favore del reddito era svolta dal custode e non dal gestore degli investimenti. La sentenza

Alberto Quagli – Professore ordinario dell'Università di Genova

Nota:

(1) *Trustees of the Peter Clay Discretionary Trust v Revenue and Customs Commissioners*, in questa Rivista, 2008, 50, con commento di A. Quagli, I costi del trust tra reddito e capitale, ivi, 5.

di primo grado considerava separatamente la parte di attività di *investment management* connessa agli investimenti del reddito accumulato. Da una parte si poteva, infatti, lecitamente ritenere che gli oneri di gestione degli investimenti del reddito accumulato potevano essere considerati costi di competenza del reddito. Il Tribunale, invece, ha stabilito quale importante principio che l'accumulazione del reddito rappresenta un momento successivo a quello nel quale le spese sono propriamente imputabili al reddito. Quindi i costi per la gestione degli investimenti del reddito accumulato sono da considerarsi costi da imputare al capitale, in quanto il reddito accumulato diviene nuovo capitale. Diverso sarebbe stato se la decisione di accumulazione non fosse stata ancora presa. In tal caso, le spese per la gestione "temporanea" degli investimenti del reddito in attesa di destinazione (accumulazione o distribuzione) sarebbero state da considerarsi come reddito.

■ La sentenza di secondo grado e le possibili generalizzazioni

Nell'ottobre del 2008 si è tenuta l'udienza di appello da parte dei Giudici Lady Justice Arden, Lord Justice Lloyd e Sir John Chadwick. Tenuto conto delle questioni che il Revenue Commissioner ha ritenuto di appellare e di quelle che il Tribunale di secondo grado ha ritenute ammissibili, il dibattito nella sostanza riguardava la questione se le seguenti spese dovessero essere considerate in parte al reddito e in parte al capitale (*apportioned*):

- il compenso fisso pagato ai *non executive trustee*, e
- i compensi per gli *investment managers*.

Il principio dal quale è mossa la Corte di Appello è consistito nel ritenere pertinenti al reddito solo i costi esclusivamente sostenuti a favore dei beneficiari del reddito, riferendo, invece, al capitale tutti gli altri.

Da questo punto di vista il compenso per gli *executive trustee* che era corrisposto su base temporale (veniva tenuto un registro dal quale risultava il tempo impiegato da tali trustee a favore dei beneficiari del reddito o del capitale) poteva essere suddiviso tra le due categorie.

Al contrario, il costo per i *non executive trustee* non aveva una base di ripartizione temporale e quindi poteva essere considerato riferibile anche al reddito, basandosi su una stima realistica. Tuttavia la questione circa la riferibilità al reddito di parte di detti compensi era da considerarsi a carico del trust e non a carico dello Special Commissioner, in virtù del

principio sopra detto che la riferibilità al reddito sorge in presenza di specifiche indicazioni circa la motivazione del sostenimento ad esclusivo favore dei beneficiari del reddito.

Circa i compensi per gli *investment advisers*, la Corte di appello ha mantenuto il giudizio che se questi costi erano sostenuti dopo la decisione di accumulazione, essi dovevano ritenersi di competenza del capitale. Se, invece, tali costi avessero riguardato operazioni precedenti l'accumulazione, essi avrebbero potuto anche caratterizzarsi come costi sostenuti nell'interesse esclusivo dei beneficiari del reddito.

Da tale sentenza si possono derivare alcune generalizzazioni per la prassi dei trust di diritto inglese.

Anzitutto si afferma il principio che, "per default", i costi sostenuti dal trust sono da considerarsi di pertinenza del capitale. Sono, invece, di competenza del reddito solo se si dimostra che essi sono stati sostenuti esclusivamente nell'interesse dei beneficiari del reddito. Non vale al riguardo la questione della "fairness" sostenuta nel caso specifico dai trustee, secondo la quale, per equità, i costi dovrebbero comunque suddividersi tra reddito e capitale.

Venendo ad un problema specifico italiano, si consideri il costo per ICI sostenuto sugli immobili conferiti in trust. Come Commissione per le regole contabili del Trust, cui chi scrive fa parte, era stato stabilito che detta imposta avrebbe riguardato il capitale, in quanto sostenuta indipendentemente dalla fruizione del reddito. Tale regola trova conferma in detta sentenza, nonostante sia apparsa di recente una posizione contraria(2).

Non rileva, invece, la natura di costo fisso delle spese sostenute. È la sostanza della finalità di tali spese a decidere se devono essere ripartite tra reddito e capitale e non la loro natura di costo fisso o variabile.

Si desume anche l'importanza di tenere, da parte dei trustee, il dettaglio analitico delle finalità di ciascuna spesa, in modo che il loro operato possa essere difeso in caso di controversia. Grazie a tale dettaglio si potrà, ad esempio, sostenere che alcune spese appartengono al reddito e non al capitale, dove, invece, ricadrebbero per *default*.

Si deriva, inoltre, che, in linea generale, le spese associate all'accumulazione del reddito debbano essere a carico del reddito accumulato e quindi del nuovo capitale.

Nota:

(2) G. Albertinazzi, Il bilancio dei trust in Italia, Milano, 2009, p. 117.

Proposta di concordato preventivo mediante trust

di **Giovanni Lo Cascio**

L'Autore, prendendo lo spunto dal provvedimento di apertura del concordato preventivo mediante accollo privato, si sofferma sull'operazione di trust alla quale si fa ricorso nella proposta per offrire ai creditori una utile garanzia degli adempimenti concordatari assunti, apprezzando il superamento della soluzione interpretativa civilistica contraria, ma anche l'apertura negoziale della procedura preventiva della crisi, pur contraddetta da un'eccessiva giurisdizionalità del giudizio.

■ Premessa

La società ricorrente formulava una proposta di ammissione al concordato preventivo mediante accollo cumulativo delle relative obbligazioni da parte della società controllante e cessionaria delle attività della debitrice. Nel ricorso veniva precisato che si sarebbe proceduto alla costituzione di un trust in forza del quale i beni del patrimonio della società concordataria e della stessa assuntrice avrebbero formato un patrimonio separato destinato al soddisfacimento dei creditori; l'attività d'impresa sarebbe proseguita anche nella prospettiva di potere dar vita ad un affitto o ad una cessione dell'azienda; sarebbe stata prevista una suddivisione dei creditori in classi, secondo gli specifici criteri posti dalla legge; l'adempimento degli obblighi concordatari sarebbe stato assunto secondo le modalità ed i tempi indicati(1).

Alla proposta veniva allegata la prescritta documentazione di legge, nonché l'attestazione da parte di un professionista della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, ai sensi dell'art. 161 l.fall.

Il tribunale esaminava positivamente l'autorizzazione intervenuta da parte dell'assemblea dei soci, il contenuto del piano posto a fondamento della proposta, la suddivisione dei creditori in classi e la loro corretta formazione, la declaratoria di assunzione delle obbligazioni concordatarie da parte dell'accollante

e le concrete modalità di soddisfacimento dei creditori, l'eventuale prosecuzione ed evoluzione dell'esercizio dell'attività d'impresa, la costituzione in trust del patrimonio offerto in garanzia e la sua destinazione agli adempimenti concordatari, nonché la sua validità ed ammissibilità. Conseguentemente dichiarava aperta la procedura e dettava i provvedimenti conseguenti.

■ Contenuto del giudizio di ammissione

Ciò premesso in fatto, va esaminato il giudizio svolto dal Tribunale napoletano, non trascurando di considerare, da un lato, l'approfondita analisi che nella specie è stata condotta con riferimento ai requisiti di legge, al merito della proposta ed al piano rappresentato e, dall'altro, il noto dibattito che si è delineato, sin dai primi tempi della riforma concorsuale, sui poteri attribuiti al tribunale in sede di apertura della procedura di concordato preventivo.

Il legislatore con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 aveva stabilito che il tribunale, nel disporre l'ammissione del debitore alla procedura, avrebbe dovuto verificare soltanto la completezza e la regolarità della documentazione, inducendo a ritenere che si sarebbe trattato di un giudizio di contenuto meramente formale, destinato, quindi, ad una semplice verifica della legittimità della proposta e dei requisiti di legge previsti per l'ammissibilità al concordato preventivo.

Con il successivo decreto correttivo 12 dicembre 2007, n. 169 la normativa menzionata è stata modificata e si è stabilito che il tribunale, ove non prov-

Giovanni Lo Cascio – Procuratore Generale Onorario della Corte di Cassazione

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in *Fallimento*, 2009, 336: ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la ripubblicazione in questa Rivista.

Nota:

(1) Il provvedimento in commento è Trib. Napoli, 19 novembre 2008, *infra*, 636.

veda ai sensi dell'art. 162 (pervenendo, quindi, ad un giudizio di inammissibilità della proposta), dispone l'apertura della procedura.

In relazione al nuovo dettato della legge, è prevalso il convincimento che il tribunale sia chiamato a giudicare sulla sussistenza dei presupposti di cui all'art. 160, primo e secondo comma, nonché del successivo art. 161 e debba, pertanto, svolgere un giudizio di legittimità e di merito destinato ad accertare lo *status* di imprenditore commerciale del ricorrente, la situazione di crisi o di insolvenza dell'impresa, la formulazione di un piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfacimento dei crediti mediante qualsiasi strumento idoneo al raggiungimento delle finalità perseguite⁽²⁾. In altri termini, il concordato preventivo, pur affermandosi che la sua connotazione rivesta natura negoziale, è rimasto un procedimento improntato a principî pubblicistici⁽³⁾ ed il controllo del tribunale non è limitato ad una verifica formale della proposta, ma si è esteso ad un esame di merito, desumibile da un complesso di disposizioni che sono entrate a far parte della nuova regolamentazione dell'istituto⁽⁴⁾.

In particolare, si prevede che l'imprenditore possa suddividere i creditori in classi, ma si consente che se ne possa prescindere; si stabilisce che i creditori assistiti da un diritto di prelazione debbano essere soddisfatti integralmente, salvo dichiarazione di rinuncia alla preferenza, cosicché si è costretti a ridimensionare notevolmente gli effetti della suddivisione in classi; si legittima il soddisfacimento parziale delle loro pretese in corrispondenza di un'insufficiente capienza dei beni e dei diritti vincolati, con ciò non innovando e non estendendo il trattamento remissorio anche ai creditori assistiti da un diritto di prelazione, ma applicando una regola già operante nell'esecuzione individuale, in relazione alla distribuzione di un attivo di beni vincolati il cui realizzo sia insufficiente a soddisfare interamente i creditori. Si dispone che la proposta si evolva attraverso una procedura soggetta alla vigilanza del commissario giudiziale, cosicché tale organo, malgrado la presenza della nuova figura di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, continua ad esercitare le medesime funzioni del 1942.

Il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa e sembra non instaurarsi più un ufficio concorsuale ed una direzione della procedura da parte di un giudice delegato, ma viene mantenuta la vigilanza del commissario giudiziale

e si continua ad imporre l'autorizzazione per il compimento di alcuni negozi di rilevanza patrimoniale.

In presenza della maggioranza dei soli crediti prevista per l'approvazione del concordato ed in assenza di opposizioni, il tribunale si limita a verificare la regolarità della procedura e l'esito della votazione, ma nell'ipotesi di esercizio di dette impugnazioni e di suddivisione dei creditori in classi si procede ad un giudizio di merito che può anche sovrapporsi alla volontà degli stessi creditori.

Il commissario giudiziale per tutta la durata della procedura, ove accerti che il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne al tribunale, il quale dispone il procedimento di revoca dell'ammissione al concordato, emettendo relativa pronuncia e dandone comunicazione al pubblico ministero ed ai creditori. Sussistendo, inoltre, i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 Decreto 16 marzo 1942, n. 267 ("l.fall."), su richiesta di tali soggetti, può dichiarare con sentenza contestuale il fallimento del debitore. Quest'ultima eventualità può verificarsi, altresì, se il debitore durante la procedura compie atti non autorizzati, o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori o se in qualsiasi momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato.

Con ciò si conferma il mantenimento di un intervento giudiziario che, se non assume più il contenuto di un provvedimento sanzionatorio di dichiarazione di fallimento del debitore, è certamente sintomatico di una prospettiva pubblicistica del concordato preventivo.

Si deve allora convenire che l'originaria convinzione che il legislatore intendesse proporre una soluzione liberale e negoziale della crisi dell'impresa si è ridimensionata e si è portati quanto meno a sospettare che in realtà si continua ad attuare una prevalente eterotutela dei creditori.

Note:

(2) Richiamiamo il nostro studio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pp. 304 ss.

(3) G. Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, *Fallimento*, 2008, 264.

(4) Trib. Bari, 25 febbraio 2008, decr., con commento di P. Genoviva, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del «correttivo»*, *Fallimento*, 2008, 682.

Pertanto la domanda di concordato non è una proposta negoziale che il debitore rivolge ai creditori, ma è un'istanza che deposita in Tribunale per ottenere l'ammissione al procedimento. Il provvedimento può consistere in un accoglimento della proposta, ma può anche tradursi in un rigetto al quale, su richiesta dei creditori e del pubblico ministero, può far seguito la dichiarazione di fallimento.

L'intera fase processuale è soggetta alla sorveglianza degli organi della procedura che seguono la gestione, ne autorizzano alcuni atti e ne decidono, in presenza di inadempienze del debitore, anche la revoca(5).

A questi elementi di eterotutela dei creditori e di connotazioni pubblicistiche dell'istituto si aggiungono le riserve espresse sulla difficoltà di configurare un'organizzazione collettiva di creditori che operano in posizione omogenea ai quali possono attribuirsi le decisioni sulla gestione della crisi in forza di un principio di maggioranza(6).

Con il provvedimento annotato il tribunale napoletano sembra aderire all'orientamento qui illustrato, svolgendo un'analisi di merito approfondita, conforme ai canoni interpretativi enunciati, connotata da una penetrante valutazione dell'attestazione del piano e della sua fattibilità sia in relazione ai mezzi necessari ad assicurare la sua esecuzione, sia agli strumenti giuridici utilizzati.

Permangono, pertanto, le perplessità su un orientamento interpretativo che si colloca nel solco già tracciato dalle precedenti pronunce di merito(7) e che risponde pienamente al nuovo intendimento voluto con il decreto correttivo, ma non spiega sul piano logico la prospettiva del successivo giudizio di omologazione nella quale, raggiunta la necessaria maggioranza, in assenza di creditori dissenzienti e di opposizioni, si dà vita esclusivamente ad una mera delibazione della regolarità della procedura(8).

In conclusione, da un giudizio sommario camerale nel quale si richiede un'approfondita indagine di legittimità e di merito ed un'istruttoria che possono andare anche al di là degli stessi schemi processuali del 1942, si passa ad una fase di omologazione nella quale il provvedimento conclusivo costituisce una semplice presa d'atto che la procedura si è svolta regolarmente e che è stata raggiunta la maggioranza dei crediti. Ove, poi, siano state proposte opposizioni, si consente un accertamento giurisdizionale che può essere limitato alle deduzioni delle parti impugnanti, ma, se del caso (qualora sussistano creditori apparte-

nenti a classi dissenzienti che contestino la convenienza), si estende ad un raffronto del risultato del concordato rispetto alle altre alternative concretamente praticabili.

■ Il trust

Abbiamo già avuto modo di occuparci del trust e della sua applicabilità nel nostro ordinamento giuridico con particolare riferimento alla sua utilizzazione nelle procedure concorsuali e nel concordato preventivo(9).

Come è noto, in data 1° luglio 1985 è stata siglata la Convenzione de L'Aja relativa alla figura del trust con cui si è inteso estendere in tutti i Paesi interessati questo nuovo istituto giuridico di origine anglosassone. La Convenzione è stata ratificata anche dal nostro Paese con legge 16 ottobre 1989, n. 364.

Il trust è generalmente individuato in un atto unilaterale *inter vivos* o *mortis causa* con cui un determinato soggetto pone sotto il controllo di un trustee determinati beni perché questi li amministri e ne disponga, secondo le istruzioni ricevute dal disponente, nell'interesse di un terzo (beneficiario) indicato dal medesimo disponente. I beni, pur intestati al trustee, non entrano a far parte del suo patrimonio, ma vanno a costituire una massa distinta, sottratta, quindi, ai suoi creditori personali.

Ben presto tale figura ha avuto una larga diffusione e presto è invalsa non soltanto la prassi di una costituzione di trust internazionali, ma anche di altre convenzioni poste in essere da cittadini italiani residenti in Italia su beni situati nel nostro Stato, che hanno formato la categoria dei c.d. trust interni. La

Note:

(5) Cfr. il nostro scritto, Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica, Fallimento, 2008, 991.

(6) L. Abete, Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note, Fallimento, 2008, 253.

(7) Per tutte, v. Trib. Bari, 25 febbraio 2008 [*supra*, nota 4].

(8) Sul giudizio di omologazione v. I. Pagni, Il procedimento di omologa (profili processuali), Fallimento, 2006, 1074; Id., Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo, *ivi*, 2008, 1091; A. Penta, Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa, commento a Trib. Palermo, 18 maggio 2007, *ivi*, 2008, 84.

(9) Cfr. il nostro studio, Il concordato preventivo ed il trust, Fallimento, 2007, 245.

possibilità di dar vita, infatti, a questa figura giuridica ha trovato fondamento nell'unico elemento di connessione esterna della scelta del disponente di regolare la pattuizione ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, indipendentemente dalla presenza di elementi di internazionalità della fattispecie, anche per effetto di una determinata impostazione che era stata data all'interpretazione di talune clausole di salvaguardia contenute nella Convenzione medesima.

La dottrina e la giurisprudenza si sono occupate largamente della tematica inerente all'ammissibilità del trust interno, pervenendo a soluzioni non univoche (anche se prevalentemente orientate verso una conclusione affermativa) in relazione alle quali i maggiori dubbi avanzati in ordine all'unilateralità del rapporto posto in essere dal disponente, alla realtà degli effetti prodotti dal negozio, alla difficoltà di configurare una causa tipica ed alla trascrivibilità dell'atto costitutivo del trust, sono apparsi ad alcuni studiosi non del tutto superati(10).

Specifici rilievi all'ammissibilità del trust hanno riguardato inoltre il principio normativo dettato dall'art. 2740 cod. civ. in vista del quale non sarebbe ammissibile costituire, fuori dei casi indicati dalla legge, patrimoni destinati, la pretesa invalidità dell'atto di conferimento di beni in trust interno ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, l'ulteriore divieto che deriverebbe dal successivo art. 13 ed inoltre dalle questioni ricollegabili agli artt. 15, 16 e 18 della Convenzione medesima in conseguenza del contrasto con norme di ordine pubblico e con quelle di applicazione necessaria(11).

Con opposte opinioni si è replicato che, a prescindere dalla deroga esistente nella stessa disposizione costituita dall'intervento di ratifica della Convenzione de L'Aja, il distacco dei patrimoni costituirebbe ormai un fenomeno che è entrato a pieno titolo nel nostro ordinamento giuridico(12).

Anche le altre preclusioni avanzate sull'inammissibilità del trust interno sono state disattese da un orientamento giurisprudenziale di merito che negli ultimi tempi si è pronunciato in modo piuttosto deciso per la soluzione favorevole(13).

Un ulteriore ostacolo alla configurabilità del negozio attributivo dei beni in trust sarebbe emerso dalla considerazione che nella specie non è realizzabile l'effetto traslativo conseguente ad un atto a causa astratta o addirittura senza causa(14), ma a questa considerazione si è replicato che, partendo dalla moderna ricostruzione dottrinale del negozio

fiduciario in termini unitari, anche l'atto costitutivo del trust nei confronti del trustee e quello attributivo dei beni al beneficiario, riceverebbero un medesimo inquadramento giuridico. Cosicché, anche la causa che determina l'effetto attributivo del trust sarebbe individuabile nella stessa costituzione dell'atto funzionale allo scopo perseguito. In altri termini, sussisterebbe una causa unitaria che regge sia la costituzione del trust, sia l'effetto traslativo dei beni(15).

Altra preclusione, che si è opposta alla libera cittadinanza del trust nel nostro ordinamento è stata fondata sul rilievo che non sarebbe ammissibile la trascrizione di un atto unilaterale atipico destinato a produrre effetti traslativi, ma anche al riguardo si è fatto notare che in forza delle disposizioni dettate dagli artt. 1322 e 1324 cod. civ. possa riconoscersi la costituzione di tali atti, purché produttivi di vantaggi

Note:

(10) Cfr. La giurisprudenza italiana sui trust – dal 1899 al 2009, Trusts, Quaderni, n. 4, Milano, 2009; più recentemente per il riconoscimento del trust interno, Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 245. In dottrina, tra gli altri, S. Bartoli, Prime riflessioni sull'art. 2645ter c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust, Corr. merito, 2006, 697; F. Di Ciommo, Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno, in questa Rivista, 2003, 178; F. Galluzzo, Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano, Corr. giur., 2003, 264; A. Gambaro, Noterella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell'Aja, Riv. dir. civ., 2002, II, 257; F. Gazzoni, Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista «non vivente» su trust e trascrizione), Riv. dir. not., 2001, 11; Id., In Italia tutto è permesso, anche quello che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e sulle altre bagattelle), ibidem, 1247; Id., Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust, Riv. not., 2002, 1107; M. Lupoi, Lettera ad un notaio conoscitore dei trusts, Riv. not., 2001, 1159; V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno: nuovi interventi a favore, ma sono nettamente prevalenti gli argomenti contro l'ammissibilità, Corr. giur., 2004, 76; L. Panzani, Trust e concordato preventivo, commento a Trib. Parma 3 marzo 2005, Fallimento, 2005, 553; P. Schlesinger, Il trust nell'ordinamento giuridico italiano, Quaderni not., 2002, n. 7, 179.

(11) V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno [*supra*, nota 10].

(12) Sul tema del dibattito v. G. Broggin, Trust e fiducia nel diritto internazionale privato, Europa e dir. privato, 1998, 299; F. Di Ciommo, La Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985 ed il c.d. trust interno, Temi romana, 1999, 779; F. Galluzzo, Il trust internazionale ed il trust interno: compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano [*supra*, nota 10]; V. Mariconda, Contrastanti decisioni sul trust interno [*supra*, nota 10].

(13) Cfr. La giurisprudenza italiana sui trust [*supra*, nota 10].

(14) M. Lupoi, Trusts, Milano, 2001, 533 ss.; Id., I trusts in diritto civile, Vita not., 2003, 605; Trib. Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 10].

(15) F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale del trust interno, in nota a Trib. Parma 21 ottobre 2003 e Trib. Bologna 1° ottobre 2003, Foro it., 2004, I, 1295.

verso i beneficiari, salva la possibilità per questi ultimi di rifiutare l'attribuzione(16).

L'introduzione dell'art. 2645^{ter} cod. civ., secondo alcuni, avrebbe determinato il superamento del dubbio di trascrivibilità dell'atto unilaterale di istituzione del trust e dato spazio alla libera operatività di tale strumento nel nostro ordinamento giuridico(17).

Le questioni giuridiche che abbiamo brevemente ricordato hanno formato oggetto nel corso di questi anni di un vasto dibattito, durante il quale sia in dottrina, sia in giurisprudenza non sono stati risparmiati talvolta toni polemici e nuovi spunti argomentativi ancora attuali e, come si è detto, per nulla superati.

■ L'ammissibilità del trust nel concordato preventivo

Preliminarmente si può osservare che, rispetto al concordato preventivo del 1942, quello regolato dalla nuova legge di riforma presenta maggiore complessità nella sua concreta strutturazione, ma permette maggiore ampiezza di scelte del debitore nella formulazione di un piano di regolamentazione della crisi o dell'insolvenza, sicché non può negarsi che la concreta applicazione del trust, malgrado le incertezze che abbiamo prima rappresentato, abbia destato notevole interesse, sia in relazione all'agevole utilizzazione che ne è stata fatta nella procedura preventiva, sia per gli effetti garantistici che ha comportato per il soddisfacimento dei creditori.

Nella specie, il Tribunale ha condiviso il principio interpretativo dell'ammissibilità del trust nel nostro ordinamento giuridico, richiamando in particolare le soluzioni giurisprudenziali per sottolinearne la fondatezza sia con riferimento alla presenza nel negozio di una causa lecita, sia avuto riguardo alla configurabilità di atti unilaterali traslativi atipici in forza dei principî enunciati dagli artt. 1322 e 1324 cod. civ. sull'autonomia contrattuale e sulla estensione della disciplina agli atti unilaterali(18).

L'istituzione del trust con cui si è proceduto al conferimento dei beni della proponente e dell'assistente in patrimonio separato destinato al soddisfacimento delle ragioni obbligatorie dei creditori assolve, secondo il Tribunale, ad una funzione di garanzia, assicurando che le disponibilità patrimoniali ed il loro realizzo possano consentire l'adempimento delle obbligazioni assunte, ma ponendosi, altresì, come uno strumento idoneo a rendere opponibile ai terzi la segregazione dei beni e, quindi, a tenere indenne la

massa patrimoniale dalle iniziative pregiudizievoli dei terzi.

Infatti, gli effetti preclusivi che l'ammissione al concordato preventivo svolge nei confronti di tutti i creditori concorsuali, sino alla fase dell'omologazione, non possono che riflettersi esclusivamente sul patrimonio del debitore, ma non si estendono anche ai beni offerti dal terzo. Cosicché le disponibilità patrimoniali che un terzo ritiene di potere offrire per adempiere al concordato preventivo proposto dal debitore, sulla base di una semplice dichiarazione di offerta di beni da parte di quest'ultimo, non si sottraggono alla garanzia generica dei creditori del terzo. Non a caso, in passato, nel tentativo di assicurare l'adempimento del concordato preventivo, quando si fosse ricorso all'intervento patrimoniale di terzi, era stata suggerita, in mancanza di garanzie reali tipiche, la trascrizione di cui all'art. 2649 cod. civ.

Del resto, se la Cassazione aveva avuto modo di precisare che la pubblicità del decreto di cui all'art. 166 l.fall. non ha efficacia costitutiva e non condiziona gli effetti del concordato, a maggior ragione tali effetti non possono prodursi sul patrimonio del terzo offerente le garanzie patrimoniali. Diversa era stata la conclusione desunta nell'ipotesi in cui il terzo sottoscriveva assieme al debitore la proposta di concordato preventivo e questa fosse stata omologata perché gli effetti della sentenza avrebbero potuto rendere definitivamente acquisiti alla procedura i beni offerti dal terzo(19). Ma anche su questo punto le opinioni non si erano formate univocamente ed era rimasto sempre il dubbio che le garanzie offerte dai terzi per l'adempimento del concordato potessero subire iniziative pregiudizievoli da parte dei terzi estranei.

Note:

(16) F. Di Ciommo, Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale del trust interno [*supra*, nota 15].

(17) S. Bartoli, Prime riflessioni sull'art. 2645^{ter} c.c. e sul rapporto tra negozio di destinazione di diritto interno e trust [*supra*, nota 10]; il nostro studio, Il concordato preventivo ed il trust [*supra*, nota 9].

(18) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Trib. Parma, 3 marzo 2005, *ivi*, 2005, 409.

(19) Cfr. il nostro studio, Il concordato preventivo [*supra*, nota 2] p., 261 ss. Il principio enunciato non è stato unanimemente condiviso; v. in senso contrario a Cass. Civ., 11 maggio 1978, n. 2295, Cass. Civ., 8 luglio 1998, n. 6671, Fallimento, 1999, 406, con nostra nota, Sulla procedibilità delle azioni esecutive individuali sui beni offerti dal terzo. Nel senso che i beni assoggettati a trust non possano essere oggetto di iniziative esecutive da parte dei creditori del disponente v. Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83; Trib. Siena, 16 gennaio 2007, *ivi*, 2007, 266; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 10].

Sulla base di quanto rappresentato, la funzione di segregazione del patrimonio destinato nel trust non soltanto denota una specifica operatività dell'istituto rispetto al risultato che si era inteso perseguire, ma il riconoscimento da parte del Tribunale della legittimità dell'effetto spiegato consente anche di desumere che il principio della separazione patrimoniale conseguente all'impiego del trust non ha incontrato nella specie alcuna contraria indicazione⁽²⁰⁾. In altri termini, i beni del trustee, destinati a garantire l'esecuzione del concordato, sono stati considerati estranei all'iniziativa esecutiva da parte dei suoi creditori personali (salva l'azione revocatoria relativamente alla pretesa inefficacia degli atti lesivi per i creditori)⁽²¹⁾.

Un altro aspetto giuridico affrontato nel provvedimento annotato concerne la trascrivibilità del trust immobiliare⁽²²⁾ (ricollegato anche alla nuova disposizione introdotta con l'art. 2645ter cod. civ.), che rende opponibile nei confronti dei terzi il distacco del patrimonio di garanzia dalla sua originaria provenienza sia per la società ricorrente, sia per la controllante.

In tal senso il convincimento del Tribunale trova larga eco nella decisione annotata, nella quale sono state richiamate le numerose decisioni poste a fondamento del principio della trascrivibilità del trust, ma è stato anche affermato che nella previsione dell'art. 2645 cod. civ. rileva il mutamento giuridico degli atti a prescindere dalla natura dell'atto da cui deriva e che l'art. 2645ter⁽²³⁾ non menziona espressamente il trust e non rappresenta la norma che legittima la trascrizione, ma è l'art. 12 della Convenzione che consente al trustee di richiederla. In ogni caso il principio della segregazione patrimoniale, anche in mancanza di pubblicità, rende opponibile ai terzi il patrimonio separato.

Nella specie la nomina del trustee è rimessa al tribunale e la circostanza non può non assumere un particolare significato della sua indipendenza, quasi ad assimilarlo, come è stato specificato nella decisione, al commissario giudiziale al quale vengono demandate le operazioni necessarie per lo svolgimento della procedura. Viceversa la qualifica di guardiano è attribuita a quest'ultimo organo allo scopo di agevolarlo nell'assolvimento delle funzioni di verifica e di controllo dello svolgimento e dell'esecuzione del concordato.

Relativamente a quest'aspetto, la decisione annotata è da condividere, sia perché tende ad allinearsi

alle prospettive della riforma normativa concorsuale, sia perché si pone nel solco di un'interpretazione che potrebbe agevolare le soluzioni preventive della crisi imprenditoriale.

Note:

(20) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 18].

(21) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 10]; Trib. Siena, 16 gennaio 2007 [*supra*, nota 19]; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004 [*supra*, nota 19].

(22) Trib. Trieste, 7 aprile 2006 e Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in questa Rivista, 2006, rispettivamente, a p. 417 e a p. 83, con nota di F. Di Ciommo, Foro it., 2006, I, 1935; Trib. Trento, 7 aprile 2005, in questa Rivista, 2005, 406; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, *ivi*, 2004, 73; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 409; Trib. Milano, 8 ottobre 2002, *ivi*, 270; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, *ivi*, 2002, 241.

(23) L'art. 2645ter cod. civ. è stato introdotto dall'art. 39 novies, primo comma D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito in legge 23 febbraio 2006, n. 51.

Affidamenti fiduciari e contratti fiduciari

di Giuseppe Tucci

Nel caso di intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata, l'affidante è legittimato a ricorrere all'esecuzione forzata, ex art. 2932 cod. civ., a tutela del suo diritto al trasferimento delle quote affidate, una volta venuti meno i presupposti dell'affidamento (nel caso di specie: il rapporto matrimoniale). La prova dell'avvenuta intestazione fiduciaria può essere data con ogni mezzo, ivi compresa la prova per testimoni.

■ Il caso di specie nei suoi elementi di fatto

La sentenza in esame, oltre che per il rigore con cui perviene ad una decisione di grande efficienza per la realizzazione dell'effettivo assetto di interessi venutosi a creare tra le parti, risulta estremamente emblematica sotto un profilo estremamente importante per la materia in esame: e cioè per il fatto che il c. d. *pactum fiduciae*, annesso a negozi che trasferiscono un diritto reale o di credito dall'affidante all'affidatario, qualifica il negozio fiduciario solo nella ricostruzione di un'antica dottrina, ma è, il più delle volte, ignoto alla prassi(1).

Come è stato giustamente rilevato, in tale settore ci si trova in presenza di una tipicità dottrinale e di una tipicità cristallizzata in massime giurisprudenziali, che, molto spesso, non trovano corrispondenza nella realtà sociale(2).

Nel caso di specie, Tizio, imprenditore edile, costituisce, nel 1985, una società a responsabilità limitata con capitale sociale sottoscritto, pari a £ 90.000.000, suddiviso in due quote del valore di £ 81.000.000 e £ 9.000.000, che venivano intestate, rispettivamente, a sé medesimo e alla propria moglie, facendo affidamento sulla lealtà del coniuge; ciò al fine di fare confluire nella predetta società una parte cospicua del proprio patrimonio immobiliare, realizzato attraverso l'impresa edile di cui era e continuò ad essere titolare. In tale prospettiva, il 10% del capitale veniva intestato alla moglie, ma quest'ultima non effettuava al-

cun conferimento né al momento della costituzione della società né successivamente.

Al contrario, è risultato in atti che era stato il marito a versare con proprio denaro sia l'intero importo dei tre decimi, ivi compresa la quota della moglie, sia l'intero importo del capitale sociale.

Aggiungeva ancora il marito imprenditore che, a seguito della crisi del matrimonio e del successivo scioglimento del vincolo coniugale, veniva meno il rapporto fiduciario sottostante all'intestazione, in favore della moglie, del 10% delle quote della s.r.l., per cui ne chiedeva la restituzione. Sennonché, l'invito rivolto alla moglie a recarsi dal notaio per sottoscrivere l'atto di trasferimento delle quote in questione, non produceva alcun effetto.

Ritenendo sussistente la tipica fattispecie di intestazione fiduciaria di partecipazioni societarie, nonché la legittimazione ad esercitare l'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ., il marito imprenditore citava la moglie per sentire: 1) accertare l'esistenza del negozio fiduciario da lui concluso con la moglie, avente ad oggetto la sottoscrizione, al momento della costituzione della s.r.l., da parte della moglie, fiduciaria, della quota del 10% del capitale sociale, con l'obbligo di ritrasferire la quota sociale a sé medesimo oppure a terzi da lui indicati; 2) accertare l'inadempimento del *pactum fiduciae* ed emettere sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., disponendo, in suo favore, il trasferimento della quota di partecipazione societaria intestata alla moglie convenuta.

Giuseppe Tucci – Professore ordinario dell'Università di Bari

Questo articolo è stato originariamente pubblicato in Riv. dir. priv., 2009, n. 4: ringraziamo l'Autore e l'Editore per aver consentito la pubblicazione in questa Rivista.

Note:

(1) In questo senso v. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, p. 197, p. 217.

(2) V. ancora M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 1], p. 198. Il fenomeno era già rilevato da G. Gola, Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico, Riv. dir. comm., 1956, I, 18 ss., ora in Diritto comparato e diritto comune europeo, Milano, 1981, 175 ss., nonché Id., Il dogma del "consenso" o "accordo" e la formazione del contratto di mandato gratuito nel diritto continentale, in Studi in onore di Filippo Vassalli, Torino, 1960, II, 921 ss., ora in Diritto comparato e diritto comune europeo, *supra*, 211 ss.

Quest'ultima, dopo avere eccepito la prescrizione dei diritti e delle azioni invocate dall'attore, chiedeva il rigetto delle domande proposte dall'ex coniuge nei suoi confronti, in quanto: 1) riteneva inesistente il *pactum fiduciae*, sostenendo di non essersi mai obbligata nei confronti del marito a ritrasferire a lui la propria quota di partecipazione societaria nella s.r.l.; 2) sosteneva che il *pactum fiduciae*, per essere efficace, dovesse necessariamente risultare da atto scritto.

Il Giudice, rigettate le eccezioni di prescrizione e le altre svolte dalla convenuta in via preliminare: 1) accertava e dichiarava l'esistenza del negozio fiduciario tra marito e moglie, avente ad oggetto l'intestazione fiduciaria, nei confronti di quest'ultima, della quota societaria del 10% della s.r.l.; 2) accertava e dichiarava, altresì, l'inadempimento dell'obbligo dell'intestatario fiduciario di "ritrasferire" la stessa quota societaria del 10% al marito fiduciante; 3) per l'effetto, applicato l'art. 2932 cod. civ., ordinava il trasferimento, in favore del marito, della quota societaria del 10% della s.r.l., intestata alla moglie a titolo fiduciario.

■ *Pactum fiduciae* e affidamento fiduciario di quote di s.r.l.: differenze

Nella motivazione della sentenza in esame si ritrova sempre quello che viene definito il vero e proprio *jus receptum*, nel senso e con i limiti sopra richiamati, in tema di negozio fiduciario; cioè il principio per cui lo stesso si realizza attraverso il collegamento di ben due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto dalle parti e con efficacia verso i terzi, e l'altro di carattere interno – pure effettivamente voluto – e di natura obbligatoria, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio, sicché, in base a tale ultimo atto di autonomia privata, il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante oppure ad un terzo. Conseguentemente, afferma sempre tale costante giurisprudenza, l'intestazione fiduciaria di titoli azionari o di quote di partecipazione societaria integrerebbe gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista, a differenza che nel caso di interposizione o simulazione, la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno di natura obbligatoria con l'interponente, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al

verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario(3).

Nel caso di specie, però, come nella maggior parte degli altri casi esaminati e risolti dalla giurisprudenza, se si compie una rilevazione empirica della tipicità sociale, si scopre che la ricostruzione dogmatica non corrisponde all'effettiva realtà dei rapporti che la stessa giurisprudenza viene chiamata ad esaminare(4).

Nella fattispecie sottoposta al Giudice nella sentenza in esame, non esiste alcun trasferimento dal fiduciante alla fiduciaria né vi è alcun *pactum fiduciae*, che verrebbe a limitare sul piano obbligatorio la situazione reale acquisita dalla fiduciaria. Per dirla in termini banali, vi è soltanto un marito che ha sborsato del denaro "suo" alla società, ha pagato in tal modo anche i debiti di capitale senza che avvenisse un trasferimento di denaro alla moglie e la società ha intestato direttamente le quote alla moglie.

In tal caso, contrariamente a ciò che affermano le massime giurisprudenziali e la dottrina tradizionale, l'affidamento fiduciario nasce nell'assoluta assenza di ogni contratto o accordo di qualsivoglia natura, ma si basa unicamente su una "situazione affidante" – il rapporto di coniugio o magari anche, in astratto, un eventuale rapporto di convivenza di fatto, che di per sé giustifica l'affidamento anche in mancanza di una esplicita convenzione – e su un conseguente comportamento(5).

Si ha un affidamento fiduciario implicito, che il più delle volte deve porsi nell'ambito dell'atto giuridico e fuori dall'area dell'autonomia privata in senso proprio secondo uno schema assai frequente nella

Note:

(3) La giurisprudenza che, nelle massime, ribadisce tali principî è numerosa ed è in molta parte citata nella motivazione della sentenza in commento. Tra le tante, v. Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, Foro it., 2006, 2167; Cass., 1° aprile 2003, n. 4886, Giust. civ., 2004, I, 1591; Trib. Bologna, 28 febbraio 2007, n. 680, Il merito, 2007, 35; Appello Milano, 22 ottobre 2002, Giur. milanese, 2003, 279.

(4) Il riferimento alla realtà sociale o economica come presupposto della conseguente qualificazione giuridica fa del resto parte di ogni studio dell'autonomia privata. A riguardo v. E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, Napoli, 1994 (Ristampa corretta della II edizione), 10 ss., nonché E. Gabrielli, Il contratto e le sue classificazioni, in E. Gabrielli (cur.), I contratti in generale, I, Trattato dei contratti diretto da Rescigno, Torino, 1999, 48.

(5) Come rileva M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 13, che ha coniato l'espressione, le situazioni affidanti coprono un vastissimo campo dell'esperienza giuridica, all'interno del quale si collocano i trust e le fiducie.

realtà sociale, specie nel caso di intestazione di azioni o quote di s.r.l. a persone legate con il fiduciante, come nell'ipotesi qui esaminata, da vincoli familiari(6).

In tutti i casi sopra indicati l'affidante non si basa su particolari capacità tecniche dell'affidatario oppure su sue particolari idoneità patrimoniali, ma solo sul fatto che l'affidatario si fa guidare da precetti etici, che gli fanno dare prevalenza agli interessi sottostanti l'affidamento rispetto a quelli propri, sicché tale affidamento può ben provocare effetti giuridici, poiché la situazione affidante, che appartiene, per sua natura, al regno del pregiuridico, acquista rilevanza per il mondo del diritto.

■ La prova dell'affidamento fiduciario: il ricorso alla prova testimoniale

Secondo la prevalente dottrina e giurisprudenza, per la costituzione e validità del negozio fiduciario, particolarmente per ciò che riguarda l'intestazione fiduciaria di quote di società, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam* e la prova dell'intestazione fiduciaria può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale, in quanto non trovano applicazione gli artt. 2721, 2722 e 2725 cod. civ.(7).

Infatti, sempre secondo tale giurisprudenza, l'intestazione fiduciaria si configurerebbe come interposizione reale di persona, e non come interposizione fittizia, mentre il *pactum fiduciae* non amplierebbe né modificerebbe il contenuto di un altro negozio, ma farebbe sorgere in capo al fiduciario soltanto l'obbligo di adempimento(8).

In realtà, come si è visto, attraverso la piena legittimazione anche della prova testimoniale, si accerta non tanto un contratto, che non richiederebbe forma solenne alcuna, né una qualche interposizione reale di persona, ma solo una situazione di affidamento, al quale l'ordinamento, rimanendo sempre essa nell'ambito dell'etica e del pregiuridico, collega effetti giuridici.

Venuta meno con la separazione ed il successivo divorzio la situazione di affidamento fiduciario, sorge il diritto del fiduciante a partire dal momento in cui il fiduciario, avutane richiesta, rifiuta il trasferimento del bene al fiduciante(9).

A riguardo, nella giurisprudenza, come anche in alcuni punti della sentenza in esame, si afferma che, a seguito dell'inadempimento della convenuta intestataria fiduciaria della quota, sorgerebbe l'obbligo di

“ritrasferire” la detta quota al fiduciante. In realtà, come si è visto, non si tratta di alcun obbligo di “ritrasferire”, considerato che il fiduciante non è mai stato titolare delle quote in questione, ma soltanto di trasferire in capo a tale soggetto quei beni, una volta venuto meno l'affidamento che aveva giustificato l'intestazione.

Il profilo più significativo della decisione in esame riguarda il fatto che, generalizzando l'orientamento della giurisprudenza in materia di negozio fiduciario, la situazione di affidamento venutasi a creare risulta tutelata attraverso l'esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre di cui all'art. 2932 cod. civ.(10). Tale situazione, pertanto, che, per sua natura appartiene al regno del pregiuridico, acquista piena rilevanza nel mondo del diritto, tanto da essere tutelata con l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre.

■ Il rapporto tra fiduciante e fiduciario e l'opponibilità ai terzi della situazione di affidamento

Nel caso di specie, il conflitto di interessi che il Giudice è stato chiamato a risolvere ha riguardato i rapporti tra fiduciante e fiduciaria, una volta venuta meno, a causa dello scioglimento del matrimonio, la ragione giustificativa della situazione di affidamento.

Al fine, però, di rendere più ampiamente comprensibile, sotto tutti i diversi profili, la vicenda in esame, è opportuno, al di là della dialettica che il caso di specie ha posto in essere, esaminare in quale situazione il bene giuridico affidato al coniuge – nel

Note:

(6) A solo titolo esemplificativo, v. Cass., 21 novembre 1988, n. 6263, Foro it., 1991, I, 2495 (nota Vettori), per un caso di coniugi, e Cass., 28 settembre 1994, n. 7899, Foro it., 1995, I, 1527 (nota Zucco); Società, 1995, 342, per un caso di intestazione fiduciaria di quote al fratello.

(7) Anche a tale riguardo la giurisprudenza è molto numerosa ed è ampiamente citata nella motivazione della sentenza in esame. Sempre a solo titolo esemplificativo v. Cass., 2 maggio 2007, n. 10121, Dir. e Giust., 2007; Cass., 16 novembre 2001, n. 14375, Giur. it., 2002, 780; Cass., 10 novembre 1998, n. 11296, Giust. civ., 1999, I, 1717 (nota Vidiri).

(8) V. Cass., 28 settembre 1994, n. 7899 [*supra*, nota 6]; Appello Milano, 22 ottobre 2002 [*supra*, nota 3].

(9) In questo senso v. Cass., 16 novembre 2001, n. 14375 [*supra*, nota 7].

(10) Per tale giurisprudenza v. Cass., 1° aprile 2003, n. 4886 [*supra*, nota 3]; Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, Vita not., 1983, 1629; Riv. not., 1984, 644 (nota redazionale); Giur. comm., 1984, II, 694; Giust. civ., 1984, I, 3127 (nota redazionale); Banca borsa tit. credito, 1985, II, 294; Giur. it., 1985, I, 1, 90; Trib. Piacenza, 10 agosto 1993, Banca, borsa, tit. credito, 1994, II, 537.

caso di specie, la quota di s.r.l. – viene a trovarsi nel suo patrimonio in conseguenza di quello che può considerarsi un affidamento fiduciario implicito del tutto simile a quello che nel diritto inglese si fa rientrare nel *resulting trust*(11).

In definitiva, la moglie che ha ricevuto dal marito in affidamento fiduciario la quota di s.r.l. è titolare in senso pieno della stessa, ma può esercitarne i relativi diritti solo nell'interesse dell'affidante, al fine di attuare il programma di destinazione per cui l'ha ricevuta. Il bene fa certamente parte, sul piano formale, del suo patrimonio, ma quest'ultimo non ha ricevuto alcun incremento dall'affidamento implicito del bene, poiché l'affidatario, per usare un'espressione del più alto esponente del diritto comune, è "abstractum a comodo, sed non a titolo"(12). In conseguenza di ciò il patrimonio dell'affidatario non subisce alcun incremento, in quanto il valore economico del titolo spetta ad altri e quindi il bene rimane al di fuori della garanzia patrimoniale dell'affidatario di cui all'art. 2740, I comma, cod. civ.

Si tratta, a ben vedere, di una situazione ampiamente conosciuta dal nostro ordinamento, poiché essa è sancita in tema di mandato, ma vale per tutti i negozi gestori.

Infatti, secondo l'art. 1707 cod. civ., contenuto nel capo IX, titolo III, del libro IV del nostro codice civile, i creditori del mandatario non possono soddisfarsi sui beni che, in esecuzione del mandato, il mandatario abbia acquistato in nome proprio. L'unico presupposto necessario affinché tale situazione di affidamento sia opponibile agli stessi è che trattandosi di beni mobili o di crediti, il mandato risulti da scrittura avente data certa, a norma dell'art. 2704 cod. civ., anteriore al pignoramento, ovvero che, trattandosi di beni immobili o di mobili registrati, sia anteriore al pignoramento la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della domanda giudiziale diretta a conseguirlo – nel nostro caso, la domanda di "trasferimento" ex art. 2932 cod. civ.

Interessanti a riguardo sono le elaborazioni giurisprudenziali del sopra indicato principio.

Secondo una decisione della nostra Corte di cassazione della metà degli anni ottanta, il socio di una società in nome collettivo o di una società di fatto, che acquisti in nome proprio, ma per conto della società alcuni beni, se l'acquisto riguarda beni mobili, ancorché integranti un complesso aziendale, esso realizza i suoi effetti direttamente nel patrimonio della società, alla quale quei beni appartengono, mentre, se

l'acquisto riguarda beni immobili, egli è tenuto a ritrasferire tali beni alla società medesima, anche se l'obbligo non risulta da alcun atto scritto, in quanto il ritrasferimento è imposto direttamente da una norma di legge, quale appunto l'art. 1706 cod. civ.(13).

Si tratta, come si vede, di una forma di proprietà – o più ampiamente, di una forma di appartenenza – nell'interesse altrui, che è al servizio di una funzione e che, come tale, è comunque destinata a venire meno nel tempo. L'opponibilità della stessa ai terzi dipende naturalmente dalle diverse leggi di circolazione dei singoli beni, come del resto dimostra l'intero art. 1706 cod. civ., che non a caso, nel primo comma, con riferimento ai beni mobili non registrati, fa sempre salva l'operatività dell'acquisto in buona fede ex art. 1153 cod. civ.

Le sopra indicate situazioni di affidamento ricevono oggi maggiore visibilità e più ampie possibilità di utilizzazione in presenza di una norma quale il tanto discusso art. 2645-ter cod. civ., che, specie se lo si coordina con i principi generali del nostro ordinamento, quali appunto l'art. 1322, II comma, cod. civ., e, per i negozi gestori, il già citato art. 1706 cod. civ., risulta sancire, in termini generali il potere dei privati di realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso l'autonomia privata senza alcuna limitazione a beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri(14). Naturalmente, come ricorda anche il più volte citato art. 1706, II comma, cod. civ. a proposito dei negozi gestori, la possibilità di vincolare un bene mobile ad una

Note:

(11) In tal senso v. M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 1], p. 215 ss.

(12) Il commento di Baldo è riportato da M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 1], p. 211 e si richiama al testo di Papiniano D. 22.1.33. A riguardo v. L. Peppe, La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione, in M. Lupoi (cur.), Le situazioni affidanti, Torino, 2006, p. 29 ss.

(13) In tal senso v. Cass., 5 maggio 1980, n. 2935, Giur. it., 1980, I, 1, 1558; Foro it., 1981, I, 2025. In conseguenza di tale principio, qualora il socio o l'amministratore non rimetta alla società i suddetti beni, questi non possono considerarsi parte del patrimonio sociale, fino a quando, in seguito all'esercizio dell'azione ex 1706 cod. civ., non si sia ottenuto un titolo giudiziale, che dichiarò oppure costituì il diritto di proprietà della società sugli stessi. A riguardo v. Cass., 9 marzo 1994, n. 2301, Giust. civ., 1994, I, 1887; Dir. fall., 1994, II, 1067; Giur. comm., 1995, II, 174 (nota Galletti).

(14) L'opinione non è univoca, anche se risulta ampiamente diffusa. In tal senso v. F. Patti, Gli atti di destinazione e trust nel nuovo art. 2645-ter cod. civ., Vita not., 2006, 979; M. Bianca, Novità e continuità dell'atto negoziale di destinazione, in M. Bianca (cur.), La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645-ter del codice civile, Milano, 2007, 29 ss.

specifica destinazione si può ipotizzare solo quando può realizzarsi una pubblicità del vincolo o in base alla legge di circolazione del singolo bene oppure, come accade per la disciplina della circolazione delle quote di s.r.l. (art. 2469 e 2470, I comma, e II comma, cod. civ.), nel caso in cui esiste un sistema di pubblicità organizzato, come il Registro delle Imprese(15).

Volendo richiamare i dati specifici del caso esaminato dalla sentenza in commento, l'intestazione delle quote alla moglie dell'attore, in qualità di fiduciaria, ha avuto effetto dal momento dell'iscrizione nel libro dei soci, secondo le modalità previste dal II comma dell'art. 2470 cod. civ., rimanendo sempre salva, per il marito fiduciante, la possibilità di provare la natura fiduciaria dell'intestazione con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale; e ciò secondo un'univoca giurisprudenza che si è innanzi citata(16).

■ Conclusioni

Volendo compiere una valutazione generale della decisione in esame, deve ribadirsi che la stessa perviene con grande efficienza e rigore a realizzare l'assetto di interessi, che le contrapposte parti, almeno da ciò che risulta dalle ragioni di fatto addotte, intendevano perseguire con l'intestazione fiduciaria delle quote di s.r.l. alla moglie dell'attuale parte attrice. Muovendosi all'interno di una giurisprudenza ormai consolidata, la decisione in commento tutela la situazione di affidamento venutasi a creare tra le parti nella maniera più piena, poiché, venuta meno la ragione giustificativa dell'intestazione fiduciaria, riconosce al fiduciante che l'ha chiesta, la legittimazione ad ottenere in via coattiva, attraverso il meccanismo dell'art. 2932 cod. civ., il trasferimento a suo favore delle quote di s.r.l., intestate in via fiduciaria alla moglie quando era ancora in vita il rapporto matrimoniale.

Nella dinamica specifica del caso, almeno a quanto è dato di dedurre dalla motivazione della sentenza, il coraggio della decisione appare giustificato dalla circostanza che, a fronte dell'intestazione del 10% delle quote della s.r.l., in cui era confluita una parte cospicua del patrimonio immobiliare dell'attore, la convenuta fiduciaria non sarebbe riuscita a provare di avere effettuato alcun conferimento né al momento della costituzione della società né successivamente, mentre il marito fiduciante avrebbe provato con grande precisione di avere versato con proprio denaro sia l'intero importo dei tre decimi, ivi compresa la

quota della moglie, sia l'intero importo del capitale sociale.

Il caso di specie, infine, al di là dell'omaggio formale reso in sede di motivazione alla dottrina del negozio fiduciario, dimostra l'utilità di cambiare prospettiva e di ragionare, non solo per ragioni di coerenza terminologica, in termini di negozi o di situazioni di affidamento fiduciario, guardando con occhio laico alla nostra tradizione giuridica, ma anche ai numerosissimi dati legislativi e giurisprudenziali operanti nella nostra esperienza giuridica(17).

Il nostro caso, ponendo in primo piano l'affidamento del fiduciante nell'adesione del coniuge affidatario al precetto di non preporre alla logica dell'affidamento gli interessi propri, dimostra che la tutela delle situazioni di affidamento si realizza nel nostro ordinamento in termini competitivi agli effetti del trust e, trattandosi di intestazione di un bene all'affidataria, acquistato dal coniuge affidante con denaro proprio, realizza un affidamento fiduciario implicito del tutto simile a quello che nel diritto inglese si fa rientrare nel *resulting trust*. Il caso di specie dimostra che anche nella nostra esperienza giuridica le ragioni di giustizia si possono realizzare anche nel campo del non detto in termini simili a ciò che storicamente ha fatto l'*Equity* di *common law*(18).

Note:

(15) In questo senso v. C. Priore, *Strutturazione e stesura dell'atto negoziale di destinazione*, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* [supra, nota 14], p. 89 ss. Per il regime di circolazione delle quote di s.r.l. v. F. Ferrara – F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, p. 912 ss.

(16) V. *retro*, nota n. 7. Con riferimento al caso dell'esercizio, da parte del fiduciario, del diritto di opzione conseguente ad un aumento di capitale in ordine ad azioni fiduciate e per il richiamo alla presunzione semplice che la sottoscrizione sia stata effettuata per conto e nell'interesse del fiduciante v. Cass., 23 giugno 1998, n. 6246, *Società*, 1999, 77 (nota Amorosino).

(17) In questo senso v. M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari* [supra, nota 1].

(18) Per tale riferimento, a proposito del *resulting trust*, v. M. Lupoi, *I trust nel diritto civile* [supra, nota 5], p. 365.

Il trust liquidatorio nella disciplina concorsuale

di **Emiliano Raganella** - **Marco Regni**

Gli Autori rilevano criticamente alcune incongruenze della pronuncia del Tribunale milanese che affronta il problema della conciliabilità del trust liquidatorio con la liquidazione fallimentare. Secondo gli Autori il trust interno liquidatorio può trovare cittadinanza nell'ambito delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa, non ravvisandosi alcuna inconciliabilità ontologica con principi e norme inderogabili interne. Potranno, invece, sorgere problemi di validità e opponibilità in concreto, ma essi troveranno la loro risposta nelle regole generali che presidiano il giudizio di liceità e meritevolezza della causa concreta e nell'esercizio dell'azione revocatoria.

■ Premessa

L'ordinanza 16 giugno 2009 del Tribunale di Milano, I sez. civ. – Giudice Monocratico dott. F. D'Aquino – e la “gemella” ordinanza 17 luglio 2009 del medesimo Tribunale, sez. VIII civ. – Giudice Monocratico dott. A. Mambriani(1) – costituiscono un'ulteriore tappa di un lento e tortuoso percorso giurisprudenziale diretto a testare la compatibilità del trust interno liquidatorio con la procedura concorsuale.

Le considerazioni che saranno svolte nel presente commento verteranno unicamente sulla prima ordinanza milanese, avendo il secondo provvedimento giurisdizionale(2) – sotto il profilo del *fumus boni iuris* – fatte proprie integralmente le motivazioni con cui il primo Giudice è giunto alla declaratoria di nullità del trust.

Sebbene nelle premesse il Tribunale saluti con favore l'ingresso nel nostro ordinamento di questo strumento negoziale creato dai tribunali di equità dei paesi di *common law*, alcuni passaggi in motivazione, invece, sembrano costituire una battuta d'arresto circa l'ambito applicativo del trust liquidatorio rispetto agli altri precedenti giurisprudenziali intervenuti sul-

l'argomento, di cui si darà conto nel corso della trattazione.

Il timore della magistratura italiana di approcciare ad uno strumento che sembra voler scardinare principi dogmatici del diritto sostanziale privatistico è più che comprensibile.

L'unitarietà della garanzia patrimoniale, la *par condicio creditorum*, la caratterizzazione pubblicistica della normativa fallimentare, sono principi verso cui il giudice, formato con il codice civile, avverte una peculiare *vis attractiva*.

Compito dell'operatore, tuttavia, è quello di aprirsi senza pregiudizi e riserve dogmatiche ad istituti che sembrano rispondere ad istanze dei privati meritevoli di tutela, dimostrando in tal modo civiltà e maturità giuridica.

L'ordinanza in commento è l'occasione per confrontare il trust liquidatorio dei beni dell'impresa in crisi con il nostro ordinamento giuridico, non nascondendo un velato approccio di *favor*, generato dalla convinzione di trovarsi al cospetto di uno strumento che può efficacemente albergare tra le soluzioni stragiudiziali alla crisi dell'impresa in un momento di forte congiuntura economica, senza compromettere la permanenza delle imprese stesse sul mercato.

■ Il caso

L'incipit dell'ordinanza in commento può riassumersi nei seguenti termini. Una s.n.c. in data 19 ottobre 2007 viene posta in liquidazione; in data 8 no-

Emiliano Raganella - Magistrato in Pistoia
Marco Regni - Notaio in Pistoia

Note:

(1) In questa Rivista, 2009, rispettivamente, p. 533 e *infra*, 628.

(2) Con tale provvedimento il Tribunale, su ricorso del fallimento, concede il sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ. sui beni aziendali vincolati dalla società nel trust liquidatorio a favore dei creditori, attesa la nullità del trust stesso, declaratoria a cui giunge il Tribunale nell'ordinanza del 16 giugno.

vembre 2007 istituisce un trust regolato dalla legge di Jersey nel quale viene conferito l'intero patrimonio aziendale e nominato trustee un socio liquidatore e guardiano l'altro socio. La finalità del trust dichiarata dal disponente è quella di favorire la liquidazione della s.n.c.

In data 20 gennaio 2009 la s.n.c. viene dichiarata fallita dal Tribunale di Milano unitamente ai soci il-limitatamente responsabili ex art. 147 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 ("l. f.") tra cui il trustee e il guardiano. Il curatore fallimentare, previa autorizzazione del giudice delegato, in data 20 aprile 2009 procede alla sostituzione del trustee stante la perdita della capacità di agire a seguito del fallimento; contemporaneamente il guardiano del trust in data 24 aprile 2009 revoca anch'egli per la stessa ragione la nomina del trustee e nomina altro soggetto. Quest'ultimo, con ricorso in via di urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. promosso contro il fallimento, chiede l'accertamento dell'inefficacia della sostituzione del trustee da parte del curatore del fallimento e l'accertamento della validità della sostituzione operata, invece, dallo stesso guardiano del trustee secondo i termini dell'atto istitutivo.

La questione pregiudiziale, ai fini del decidere, diventa l'opponibilità del trust al fallimento.

■ Il percorso motivazionale del Giudice

Dopo aver sinteticamente ripercorso l'ingresso dell'istituto del trust nel nostro ordinamento, il Giudice delinea la cornice normativa e giurisdizionale entro cui esercitare lo *ius dicere*: richiamando le disposizioni contenute nell'atto istitutivo del trust, la legge e la giurisdizione relativa all'esistenza, validità ed effetti del trust vengono individuate rispettivamente nella legge e nella Corte di Jersey, mentre la giurisdizione relativa ai diritti dei beneficiari o di qualsiasi altro soggetto menzionato nell'atto è rimessa all'autorità italiana.

Le prospettazioni del fallimento resistente sono due: la nullità o inefficacia del trust ai sensi dell'art. 6 della legge di Jersey in quanto simulato (*sham trust*); il contrasto del trust con l'art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja e comunque con la legge fallimentare in quanto si porrebbe quale procedura liquidatoria alternativa alla procedura concorsuale.

Quest'ultima argomentazione viene ritenuta meritevole di accoglimento da parte del Tribunale.

Nella prima parte della motivazione il Tribunale enuncia la compatibilità in astratto del trust liquidatorio – ovvero di un trust che persegua per conto del disponente la finalità di tutela nei confronti dei creditori quali beneficiari del trust – con la disciplina concorsuale, affermando che, in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in trust conservano la natura di patrimonio separato – impignorabile in caso di fallimento del trust in applicazione analogica dell'art. 46, n. 3 l. f. (assimilandosi il trust al fondo patrimoniale) e non aggredibile dai creditori del disponente che conservano nei confronti del trustee l'*actio mandati*, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto istitutivo nel caso ne ricorrano i presupposti.

Dopodiché, scendendo nell'esame dei casi concreti, svuota il trust liquidatorio di reali ricadute applicative.

Il Tribunale ipotizza, infatti, due ipotesi diverse di conflitto tra trust e fallimento sopravvenuto.

Esamina in primo luogo il trust liquidatorio istituito a tutela della massa dei creditori da una società *in bonis* con segregazione di tutti i beni della disponente.

Tale trust, ad avviso del Tribunale, si sovrappone alla liquidazione fallimentare ed entra in conflitto con la disposizione dell'art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja. Il conflitto si creerebbe tra la regolamentazione negoziale di liquidazione degli *assets* del disponente fallito predisposta dal disponente e le regole della liquidazione concorsuale. "Non pare pertanto compatibile con l'ordinamento la conservazione di un istituto fiduciario di fonte privatistica quale il trust – laddove abbia causa concreta la segregazione del patrimonio del disponente in favore dei creditori in caso di sopravvenuto fallimento, posto che la segregazione del patrimonio del disponente si verifica in sede di apertura di una procedura concorsuale con le regole proprie della liquidazione fallimentare (spossessionamento)"(3).

Tale conflitto, ad avviso del Tribunale milanese, deve essere risolto a favore della procedura concorsuale in virtù dell'applicazione analogica delle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa *in bonis* la cui prosecuzione non è compatibile con la liquida-

Nota:

(3) Punto 1.4.2. dell'ordinanza.

zione fallimentare (artt. 76, 77 e soprattutto art. 78 l. f.).

La seconda ipotesi esaminata dal Tribunale è quella del trust liquidatorio costituito da una società insolvente che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale. Tale trust, essendo diretto dissimulatamente a sottrarre agli organi della procedura la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di mezzi propri, è illecito *ab origine* in quanto incompatibile con le clausole di salvaguardia di cui agli artt. 13, 15, lett. e) della Convenzione. Il dichiarato scopo di protezione del beneficiario nasconderebbe, invece, la vera finalità di sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana e comunque si concretizzerebbe in un atto negoziale in frode alla legge *ex art.* 1344 cod. civ. volto a sottrarre il patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori.

In quest'ultima tipologia di trust viene fatto rientrare il trust sottoposto alla cognizione del Tribunale, sulla base della ricorrenza di plurimi indizi costituiti dal conferimento al trustee dell'intero patrimonio aziendale, dall'assenza di un apparente programma strategico, dalla presenza di clausole di stile ed, infine, dall'insolvenza della società.

Il Tribunale, dunque, conclude statuendo che il trust di specie, non perseguendo in concreto interessi meritevoli di tutela – essendo la causa in concreto diretta ad eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale in violazione degli artt. 13, 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja – deve considerarsi nullo.

Fin da subito è doveroso rilevare alcuni profili critici.

Il Tribunale, innanzitutto, perde l'occasione di esaminare la validità del trust alla luce della legge di Jersey, richiamata nell'atto istitutivo, esame richiesto dal fallimento resistente che adduce diversi elementi indiziari a sostegno della propria tesi, che ravvisa nel caso di specie uno *sham trust*.

Nell'escludere la compatibilità del trust in concreto con la disciplina concorsuale, inoltre, il Tribunale assume quali stereotipi casi in cui il disponente prevede la segregazione dell'intero compendio patrimoniale societario.

Ragionando *a contrario*, si dovrebbe ritenere che, nelle ipotesi in cui la segregazione sia parziale, il

trust per ciò solo si auto-legittimerebbe nel sistema quale tecnica liquidatoria alternativa al fallimento, all'uopo sottraendosi alle censure richiamate dal Tribunale (illiceità *ab origine*, scioglimento sopravvenuto).

Vale subito rammentare, riservandosi di tornare *funditus* nel proseguo della trattazione, che il principale e minimo effetto del trust previsto dalla Convenzione è proprio quello della segregazione del patrimonio: non è ammissibile, dunque, che sia il *quantum* dell'effetto segregativo a determinare il destino del trust riconducendovi una patologia strutturale, in un caso, e uno scioglimento sopravvenuto per incompatibilità con la procedura fallimentare, nell'altro.

■ Regolamento negoziale del trust liquidatorio e procedura concorsuale: incompatibilità genetica, funzionale o binomio conciliabile?

Esegesi degli artt. 13, 15, 16, 18 della Convenzione de L'Aja

Il Tribunale di Milano, senza alcuna esitazione, aderisce alla tesi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza che ammette la configurabilità del trust c. d. interno, intendendosi con ciò il trust in cui gli elementi obiettivi siano tutti connessi all'ordinamento nazionale dello Stato contraente, ad eccezione della legge regolatrice, scelta *ex art.* 6.

Tale indirizzo fa leva sul disposto dell'art. 6 della Convenzione che non condiziona l'applicazione della legge straniera a requisiti diversi dalla volontà della parte e che prevale sulla disposizione dell'art. 13 della Convenzione, norma la cui portata sembra escludere dalla Convenzione i trust privi di elementi di estraneità.

La prima questione da esaminare è la funzione di quel nucleo di norme della Convenzione de L'Aja (artt. 13, 15, 16, 18) invocate in dottrina e giurisprudenza a baluardo della salvezza dei principî fondamentali inderogabili della *lex fori*.

Tali norme si muovono su un piano diverso: mentre l'art. 13 attiene al problema del riconoscimento, gli artt. 15, 16, 18 considerano i trust riconosciuti che producono effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della *lex fori* o con principî di ordine pubblico: in tali casi la legge interna prevarrà su quella straniera.

Ad avviso della dottrina più autorevole in mate-

ria e della stessa giurisprudenza(4), il giudice, dopo aver sottoposto il trust allo specifico vaglio imposto dagli artt. 15, 16, 18, potrà disconoscerne gli effetti se giudicato, per scopi o modalità, ripugnante per l'ordinamento alla luce dell'art. 13 della Convenzione che si pone come norma di chiusura del sistema convenzionale. In tale senso, l'art. 13 assume il ruolo di *extrema ratio*, quale ultimo strumento di tutela generale al fine di prevenire il rischio che il trust produca effetti ripugnanti nei confronti di un ordinamento che non conosce l'istituto.

Difatti, mentre il cap. IV della Convenzione de l'Aja introduce un meccanismo (parallelo a quello previsto dall'art. 3, III comma della Convenzione di Roma del 1980) di salvaguardia delle norme inderogabili, di applicazione necessaria o di ordine pubblico della *lex fori* (artt. 15, 16, 18) ed opera sul terreno degli effetti che discendono dal riconoscimento, l'art. 13 si pone sul diverso piano del riconoscimento stesso del trust (cap. II della Convenzione) quale fenomeno di applicazione di una legge straniera. In altri termini, mentre gli artt. 15, 16, 18 non frappongono, in linea di principio, alcun ostacolo al riconoscimento del trust e si limitano ad escludere la produzione di certi specifici effetti contrastanti con particolari norme interne, l'art. 13 concerne il riconoscimento stesso dell'istituto e, quindi, il principale fenomeno disciplinato dalla Convenzione che vale soprattutto per i trust "interni", la cui esistenza e validità dipendono dalla scelta della legge straniera e dal suo riconoscimento.

Di qui il ruolo dell'art. 13 quale ultimo, estremo ed eccezionale rimedio apprestato (paragonabile in tal senso all'art. 1344 cod. civ.) per i casi in cui le modalità e gli scopi di un trust, i cui effetti sfuggono alle previsioni degli artt. 15, 16, 18, siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura del trust, ma nel quale, tuttavia, il negozio espliciti in concreto i suoi effetti.

L'applicazione dell'art. 13, come evidenziato anche nell'ordinanza in commento – lungi dall'essere obbligatoria o, al contrario, pretestuosa – dovrà avvenire unicamente in maniera conforme alla *ratio* seguita dal legislatore della ratifica e, quindi, anche in ossequio al principio di salvaguardia dell'autonomia privata, al solo fine di evitare il riconoscimento di trust interni che siano disciplinati da legge straniera con intenti abusivi e/o fraudolenti (ad esempio, della normativa fiscale).

Quest'ultima interpretazione, fermo restando i diversi effetti delle singole norme, consente un approccio sistematico e unitario agli artt. 13, 15, 16, 18 della Convenzione de l'Aja esemplificando la questione della compatibilità con l'ordinamento interno ai seguenti termini: il trust non può costituire uno strumento per violare (direttamente) o aggirare (eludere) le norme imperative ed i principî di ordine pubblico vigenti nel nostro ordinamento.

Valgono, a ben vedere, i medesimi limiti che incontrano l'autonomia privata nel regolamentare i rapporti giuridici che non presentano alcun elemento di estraneità rispetto all'ordinamento italiano.

Ciò premesso, occorre sciogliere il nodo della natura derogabile o inderogabile dei principî sostanziali sottesi alla procedura concorsuale (principio di unitarietà della garanzia patrimoniale contemplato dall'art. 2740 cod. civ., principio della *par condicio creditorum* previsto dall'art. 2741 cod. civ.), nonché, più in generale, della stessa normativa concorsuale.

Si impone, dunque, in via preliminare, l'opportunità di rievocare l'accezione di ordine pubblico e norma imperativa.

Nozione di norma imperativa e di ordine pubblico

È noto che, mentre il diritto pubblico è di regola inderogabile, nel senso che è del tutto irrilevante l'eventuale volontà conforme o difforme dei destinatari del comando, nell'ambito del diritto privato esistono anche norme c. d. derogabili, che trovano, cioè,

Nota:

(4) La questione da risolvere è quella di accertare se la norma di cui all'art. 13 sia rivolta al giudice del foro ovvero al legislatore. Secondo una corrente di pensiero (in dottrina: M. Lupoi, *Trust: temi generali e impostazioni applicative*, in S. Buttà (cur.), *Introduzione ai trust e profili applicativi*, *Trusts*, Quaderni, n. 2, Milano, 2002; in giurisprudenza: Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425; Tribunale Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67), l'art. 13, come ogni altra norma di diritto internazionale privato, non può che riguardare lo Stato come soggetto internazionale, il quale, legittimato dalla norma, potrà decidere se intervenire o meno con un proprio strumento normativo o con le applicazioni concrete della disciplina da parte dei giudici e delle autorità amministrative. Secondo altra parte della dottrina, il disposto di cui all'art. 13 della Convenzione sarebbe rivolto al legislatore al quale, in sede di ratifica, sarebbe consentito di paralizzare alcuni effetti del testo. Difettando nella legge di ratifica italiana (L. 16 ottobre 1989, n. 364) una specifica disposizione che precluda per volontà del legislatore il riconoscimento dei trust interni, ed essendo questi ultimi ricompresi nell'ambito di applicazione della Convenzione de l'Aja, la scelta delle norme applicabili, operata in tali casi dal disponente, potrà essere disattesa esclusivamente per le ragioni espressamente previste dalla norma uniforme.

concreta applicazione solo in presenza di una non difforme manifestazione di volontà dei privati ovvero in caso di lacuna regolamentare, quando, cioè, i privati hanno ommesso di regolare un aspetto dell'operazione economica.

All'interno dell'inderogabilità la dottrina⁽⁵⁾ suole ulteriormente distinguere tra norme inderogabili in senso stretto, quelle cioè che attengono alla fissazione delle modalità, rispettando le quali la volontà dei privati può diventare giuridicamente rilevante (si pensi all'art. 601 s. cod. civ. che fissa la forma dei testamenti) e norme che, al contrario, entrano nel merito dell'operazione privata, sindacando le scelte delle parti e le condizioni poste ad una data contrattazione. Tali norme sono definite non solo e non tanto inderogabili, quanto piuttosto imperative poiché pongono limiti al contenuto dell'atto privato per motivi di interesse generale (si pensi all'art. 1339 cod. civ., che prevede che i prezzi imposti dalla legge sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti).

A fianco delle norme inderogabili, si situano poi quelle derogabili, le quali sono tipiche del diritto privato ed hanno forza vincolante al pari di quelle inderogabili.

La differenza rispetto a quelle inderogabili consiste solo nel particolare meccanismo applicativo: laddove per quanto riguarda le norme inderogabili l'applicazione avviene immediatamente, a prescindere da un'indagine sulla volontà del privato, per quelle derogabili è necessaria una previa indagine circa la sussistenza di una difforme volontà dei privati stessi. In questo caso, la volontà dei privati ha la precedenza.

La natura inderogabile o derogabile di una norma di diritto privato è questione di interpretazione che deve essere affrontata alla luce dei criteri dettati dalle disposizioni preliminari al codice civile.

Tra tali criteri assume peculiare rilievo, nel tema in esame, quello previsto all'art. 14, secondo cui le norme eccezionali non possono essere suscettibili di applicazione analogica. La norma inderogabile nel diritto privato rappresenta un'interruzione della consequenzialità logica del principio che ravvisa nella volontà delle parti la fonte primaria nella regolamentazione del rapporto giuridico, ponendo con essa un disciplina antinomica; per il che il suo ambito applicativo dovrà essere riservato ai casi in cui vengono in rilievo profili di interesse pubblico che

devono essere protetti (interessi che emergono prevalentemente in materia di persone, famiglia e successioni⁽⁶⁾), mentre l'ordito concorsuale sembra essere stato sottoposto da parte delle recenti riforme ad una privatizzazione delle tecniche di tutela degli interessi dei creditori d'impresa che riversano i propri effetti anche sul piano sostanziale, su cui si tornerà a breve).

L'ordine pubblico c. d. interno, richiamato dagli art. 1229 e 1343 cod. civ., può definirsi⁽⁷⁾ come il complesso dei principî e dei valori che informano l'organizzazione politica della società, in una certa fase della sua evoluzione storica, e che debbono perciò considerarsi immanenti nell'ordinamento giuridico che vige per quella società in quella fase storica.

La dottrina⁽⁸⁾, tuttavia, ha osservato come l'esigenza politica conservatrice sottesa all'ordine pubblico debba essere rivista alla luce dell'ingresso nel nostro ordinamento giuridico di una Costituzione rigida assai larga nell'indicare direttive, principî, valori da perseguire e da difendere. La funzione attuale dell'ordine pubblico, infatti, non è più esclusivamente di carattere latamente politico, ma è quella di impedire che i privati possano darsi un assetto di interessi non conforme a quelle direttive e a quei principî. In questa nuova prospettiva il campo di applicazione elettivo dell'ordine pubblico diventa quello delle libertà personali e collettive, nonché quello economico.

La nozione di ordine pubblico è divenuta, pertanto, col tempo, più complessa, onde si parla anche di un ordine pubblico economico e sociale (all'interno del quale si è ulteriormente enucleato il c. d. ordine pubblico di protezione, inteso come l'insieme dei principî e dei valori, appunto, a protezione degli interessi di categorie economico-sociali deboli, quali, ad esempio, consumatori, lavoratori, ecc.) accanto all'ordine pubblico politico, anch'esso rilevante.

Note:

(5) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 14 s.

(6) Si pensi, ad esempio, a protezione dei minori e degli incapaci; successione legittima e testamentaria con specifico riferimento alla riserva di legittima; effetti personali e patrimoniali del matrimonio; tutela dello status di figlio legittimo e naturale.

(7) In dottrina, V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 168; G. Cian – A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, *sub* art. 1353.

(8) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* [*supra*, nota 5], p. 801 s.

La giurisprudenza suona il “de profundis” alla portata inderogabile del principio di unitarietà della garanzia patrimoniale (art. 2740 cod. civ.)

La giurisprudenza dominante⁽⁹⁾ non considera (o meglio non considera più) il principio di unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cod. civ. come espressione di un principio di ordine pubblico economico per il quale eventuali limitazioni di responsabilità ed effetti segregativi dell'unitarietà patrimoniale del debitore sarebbero ammessi soltanto in via eccezionale e nei soli casi previsti dalla legge.

Le argomentazioni a sostegno di tale indirizzo sono essenzialmente tre: con le prime due non si prende posizione sulla natura imperativa della disposizione di cui all'art. 2740 cod. civ., piuttosto si attribuiscono alle norme della legge 16 ottobre 1989, n. 364 che ha recepito la Convenzione de l'Aja effetti sostanziali in grado di porsi come eccezioni al principio dell'unitarietà patrimoniale; con la terza, invece, si mira a ridimensionare la portata del principio espresso dall'art. 2740 cod. civ. che avrebbe perso il suo carattere inderogabile.

Si osserva che l'effetto segregativo prodotto dal trust nel patrimonio del trustee è regola di diritto sostanziale che trova una sua legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione de l'Aja ed introdotte nell'ordinamento italiano con legge di esecuzione. L'art. 11 della legge 16 ottobre 1989, n. 364, successivo e speciale rispetto alla disposizione codicistica, ben può costituire dunque l'eccezione di fonte legislativa al principio della responsabilità illimitata. Altrimenti si darebbe luogo all'assurda contraddizione che lo Stato italiano da una parte si sia obbligato con la ratifica a riconoscere l'effetto segregativo del trust (art. 11) e nel contempo lo abbia voluto paralizzare con norme di diritto interno (come l'art. 2740 cod. civ.), astrattamente inquadrabili nelle fattispecie ostative al riconoscimento degli effetti del trust nell'ordinamento interno (artt. 15, 16, 18).

La non applicabilità dell'art. 2740 cod. civ. emerge, altresì, direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione che individuano, in modo esclusivo, la fonte della segregazione nella proprietà qualificata del trustee (una nuova forma di proprietà che si aggiunge a quelle già conosciute dal codice civile) e forniscono una nuova lettura del concetto di patrimonio.

In terzo e ultimo luogo, si osserva che sono sempre più numerose le disposizioni legislative derogatorie all'art. 2740 cod. civ. il quale, quindi, non può asurgere al rango di supremo e, come tale, inderogabile principio di ordine pubblico economico.

La possibilità di costituire patrimoni autonomi e separati (nel quale rientra anche il patrimonio segregato che rappresenta l'effetto principale del trust), infatti, è conosciuta già dal codice civile: l'art. 1707 cod. civ. in tema di mandato, l'art. 167 cod. civ. per il fondo patrimoniale, l'art. 1881 cod. civ. in tema di rendita vitalizia, l'art. 1923 cod. civ. con riferimento all'assicurazione sulla vita, l'art. 490 cod. civ. per l'eredità beneficiata. Ancora più incisivi gli esempi di segregazione offerti dalla legislazione più recente: l'art. 22 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 sui fondi comuni di investimento immobiliare; l'art. 4 D. Lgs. 21 aprile 1993, n. 124 per i fondi pensione; l'art. 3 L. 30 aprile 1999, n. 130 per la cartolarizzazione dei crediti; l'art. 2747 bis cod. civ. sui patrimoni destinati ad uno specifico affare, che limita ancor di più la responsabilità dei soggetti che già godono di una responsabilità limitata.

Infine, l'art. 2645 ter cod. civ., con il quale si sarebbe aperta la porta dell'ordinamento ai più disparati vincoli di destinazione impressi dall'autonomia privata senza pretendere che gli interessi sottesi siano già selezionati come meritevoli di riconoscimento da una norma positiva; tale ultima interpretazione avrebbe svuotato definitivamente la riserva di legge prevista dall'art. 2740, II comma cod. civ.

In virtù dell'univocità dei più recenti interventi del legislatore, la segregazione patrimoniale non solo non costituisce più un tabù, ma diventa uno strumento in mano all'autonomia privata in grado di aprire nuovi scenari ove, scardinato il dogma dell'unitarietà della garanzia patrimoniale sancito dall'art. 2740, sarà il giudizio di liceità e meritevolezza dell'interesse perseguito a rappresentare l'unico presidio a tutela della validità del vincolo patrimoniale istituito.

Il trust e la procedura fallimentare

Il fallimento è ritenuto prevalentemente un processo esecutivo speciale di natura contenziosa e uff-

Nota:

(9) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [*supra*, nota 4]; Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in questa Rivista, 2005, 83; Trib. Bologna, 1° ottobre 2003 [*supra*, nota 4].

ciosa (perché può essere aperto anche su istanza del P. M. e indipendentemente dall'esistenza di un titolo esecutivo e perché, una volta aperto, il processo prosegue autonomamente e può terminare soltanto con un provvedimento del Tribunale) che trova giustificazione nella necessità di attuazione della garanzia patrimoniale generica ex art. 2740 cod. civ. con modalità più intense rispetto a quelle consentite dall'esecuzione individuale, che può rivelarsi uno strumento insufficiente di tutela dei creditori, a fronte dell'insolvenza del soggetto passivo dell'obbligazione.

Ad avviso della dottrina prevalente⁽¹⁰⁾, lo scopo dell'esecuzione concorsuale è costituito dall'esigenza di rimuovere l'insolvenza dell'imprenditore, ossia di difendere l'economia generale dal fenomeno del dissesto. Detta esigenza è così pregnante da sovrastare l'interesse privatistico dei creditori che cercano la soddisfazione dei loro diritti, il che spiega l'affidamento ad un organo di tutela di interessi pubblici come il P. M. dell'iniziativa per l'apertura della procedura del fallimento.

In questi termini non si può mettere in dubbio che la procedura fallimentare, quale tecnica di segregazione legale finalizzata alla conservazione dell'assetto economico generale, si contrapponga al trust liquidatorio, quale regolamento di fonte privatistica che, segregando la massa dei beni dell'imprenditore, ne impedisce la liquidazione coatta. L'ostacolo principale sembra debba ravvisarsi nella specificità della disciplina fallimentare, oltre che nell'impronta pubblicistica della procedura che non ammette deroghe da parte di uno strumento negoziale che, peraltro, attesa la sua costituzione unilaterale, prescinde dal consenso dei creditori (che avrà il suo peso successivamente nel giudizio di fattibilità del programma negoziale di risanamento del trust, il cui esito negativo potrà provocare il ricorso alla liquidazione fallimentare).

Senonché, ad avviso di chi scrive, la contrapposizione deve essere affrontata sotto il profilo funzionale. Occorre chiedersi, cioè, se un trust istituito per amministrare i beni di una impresa in crisi, allo scopo di soddisfare le ragioni dei creditori, possa porsi come strumento idoneo a trovare una soluzione al dissesto dell'impresa, alternativo al fallimento.

Quest'ultimo interrogativo induce a valutare se il fallimento svolga ancora un ruolo centrale nell'ambito delle procedure concorsuali.

La risposta è senz'altro negativa.

A seguito delle riforme attuate con il D. L. 14

marzo 2005, n. 35, convertito in L. 14 maggio 2005, n. 80; con il D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, emanato in base alla delega conferita con la predetta L. 14 maggio 2005, n. 80 ed infine con il decreto correttivo D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, emanato in base alla L. 12 luglio 2006, n. 228 di conversione del D. L. 12 maggio 2006, n. 173, il fallimento ha cambiato decisamente volto.

Da un modello caratterizzato da una concezione afflittiva e dirigistica, giustificata dall'esigenza di tutelare l'ordine pubblico-economico, si è passati ad un sistema che impronta l'amministrazione del patrimonio concorsuale ad una maggiore cooperazione tra i principali interessati: debitore e creditori. In questa nuova prospettiva la centralità del fallimento, quale tecnica processualistica studiata dal legislatore per superare la resistenza dell'imprenditore al soddisfacimento delle obbligazioni assunte, è stata sostituita dalla volontà di "privatizzare" la crisi favorendo le soluzioni concordate che vedono il creditore e il debitore quali principali protagonisti⁽¹¹⁾.

Il titolo terzo della legge riformata disciplina le procedure alternative rispetto al fallimento che costituiscono il nucleo della composizione concordata della crisi. Accanto al concordato preventivo (artt. 160 e s.) ed agli accordi di ristrutturazione (art. 182-bis) è stata poi introdotta la cosiddetta transazione fiscale (art. 182-ter), istituto che, attraverso la ricerca di un accordo con il fisco, tenta di favorire la positiva riuscita delle due suddette procedure di composizione.

A questi strumenti si aggiunge l'istituto previsto all'art. 67, lett. d) che, nello spirito della riforma, diventa il prototipo delle soluzioni privatistiche alla crisi d'impresa, essendo la procedura completamente rimessa all'elaborazione pattizia delle parti, le quali potranno predisporre un piano idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa ed assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria, la cui ragionevolezza sia attestata ai sensi dell'art. 2501 bis, quarto comma cod. civ.

Note:

(10) M. Vacchiano, Onere della prova di non fallibilità e dubbi di costituzionalità, *Fall.*, 2008, 1454; altri riferimenti in C. Rivolta - P. Pajardi (curr.), *Codice del fallimento*, Milano, 2009, p. 11; secondo altra parte della dottrina (A. Paluchowski, in C. Rivolta - P. Pajardi (curr.), *Codice del fallimento* [supra, in questa nota], p. 11) l'aspetto privatistico sarebbe speculare e funzionale all'efficienza del processo del fallimento.

(11) S. Fortunato, Rilievi sulle principali novità della riforma del fallimento, *Dir. fall.*, 2006, 1026.

La dottrina⁽¹²⁾ ha osservato come il legislatore abbia voluto ideare una riforma per la lotta alla crisi dell'impresa nelle sue possibili e molteplici manifestazioni, eliminando la posizione centrale del fallimento ed accentuando, quantomeno sotto il profilo filosofico e concettuale, l'importanza in primo luogo della prevenzione dell'insolvenza e, in ogni caso, del suo superamento principalmente e previamente attraverso la ricerca di un accordo con i creditori, controparte necessaria, cui il patrimonio incapiente del debitore è destinato per legge.

La scelta effettuata, che sottrae al fallimento la posizione predominante all'interno della legge mediante la restrizione soggettiva delle soglie di accesso⁽¹³⁾ e l'incentivazione delle soluzioni alternative, è "soprattutto figlia della convinzione che l'intervento statale nella soluzione della crisi d'impresa (l'intervento giurisdizionale viene avvertito in tal senso come intervento dell'autorità centrale dello Stato), si deve ridurre al minimo possibile, ampliando al massimo l'operatività degli assetti pattizi e delle soluzioni concordate della crisi"⁽¹⁴⁾.

Tale obiettivo viene raggiunto attraverso la previsione di strumenti in cui la dialettica – autonomia privata/potere statale (giurisdizionale) – assume diversi livelli di graduazione.

Si passa, infatti, da una procedura strettamente privatistica, deformalizzata, quale quella prevista dall'art. 67, lett. d), che sfugge a qualsiasi controllo dell'autorità giurisdizionale, ad una soluzione intermedia rappresentata dalla ristrutturazione dei debiti prevista dall'art. 182-bis che ha natura "parzialmente giudiziale", essendo l'accordo raggiunto al di fuori del controllo del Tribunale e prima ancora che la procedura sia resa necessariamente pubblica a tutti i creditori; fino a giungere al concordato preventivo, che si svolge integralmente sotto il controllo – seppur ridotto dalla nuova riforma – del Tribunale.

In particolare, all'istituto di cui all'art. 67, lett. d) è stato assegnato il compito di sostituire il concordato stragiudiziale, con la sicurezza della esenzione da revocatoria per tutte le operazioni che siano state eseguite in esecuzione del piano di risanamento e del riequilibrio economico dell'impresa; l'ipotesi presa in considerazione dal legislatore è quella di una crisi transitoria ritenuta superabile da un piano di risanamento giudicato ragionevole da un professionista incaricato, il più delle volte, dall'imprenditore stesso.

Il concordato preventivo, invece, è stato distaccato dal concetto di beneficio per l'imprenditore one-

sto e sfortunato ed è stato, invece, correlato alla sussistenza di prospettive di conservazione dell'impresa e di sistemazione della posizione debitoria della stessa, indipendentemente dalla condotta soggettiva del debitore⁽¹⁵⁾.

La volontà legislativa di favorire l'accordo trasparente sotto diversi aspetti: è stato ridotto il potere del Tribunale⁽¹⁶⁾; si sono ampliate le possibilità di raggiungimento delle maggioranze di legge; la doppia maggioranza precedente è stata soppressa; non occorre anche la maggioranza dei presenti e votanti, ma solo la maggioranza assoluta del capitale ammesso la voto, contro una maggioranza precedente che era due terzi del medesimo capitale; è stata abbandonata la quantificazione minima della percentuale da assegnare ai chirografari; si dà la possibilità di evitare il pagamento integrale dei privilegiati; si dà la possibilità di suddividere in classi i creditori prescindendo entro certi limiti dalla partizione tradizionale tra creditori privilegiati e chirografari; la procedura può prevedere le modalità esecutive più disparate.

L'accordo di ristrutturazione, infine, viene congelato come un contratto⁽¹⁷⁾ tra l'imprenditore in stato di crisi e i creditori rappresentanti almeno il 60% dei crediti, con cui viene sostanzialmente modificata la struttura dei debiti; talché esso può assumere i contenuti più diversi, che possono variare da un semplice *pactum de non petendo* all'estinzione totale o parziale dell'obbligazione, dalla sua remissione o no-

Note:

(12) A. Paluchowski, in C. Rivolta – P. Pajardi (curr.), Codice del fallimento [*supra*, nota 10], pp. 1673 s.

(13) L'art. 1 D. Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 ha sostituito l'art. 1 del R. D. 16 marzo 1942, n. 267 introducendo le c. d. soglie di fallibilità che tendono ad evitare i fallimenti di enti troppo piccoli o completamente privi di attivo.

(14) Testualmente A. Paluchowski, in C. Rivolta – P. Pajardi (curr.), Codice del fallimento [*supra*, nota 10], p. 1674.

(15) In tal senso v. in dottrina A. Paluchowski, in C. Rivolta – P. Pajardi (curr.), Codice del fallimento [*supra*, nota 10], p. 1672.

(16) Invero, mentre la funzione del giudice delegato si è ridotta alla direzione dell'adunanza, al giudizio sulle contestazioni sorte sull'esistenza e sulla misura dei diritti del credito con la soppressione della direzione della procedura, attuale è la disputa sull'esistenza di un potere di controllo del Tribunale in sede di omologa del concordato preventivo da ricondurre, oltre che all'accertamento della completezza, logicità e coerenza della proposta, anche alla fattibilità del piano.

(17) È discusso se si tratti di un contratto con causa unica (in tal senso sarebbe un contratto plurilaterale a comunione di scopo) o un accordo che costituisca la sommatoria dei singoli negozi, dotati ciascuno di una propria specifica causa.

vazione alla concessione di dilazioni di pagamento fino alla rideterminazione o abbattimento degli interessi maturati.

La *ratio* di tali accordi è anch'essa quella di favorire il risanamento economico dell'impresa in proiezione futura e pianificare gli esborsi finanziari e le modalità di rientro del debito.

In questa rinnovata cornice normativa disegnata a misura per consentire che siano l'imprenditore e i creditori a risolvere in via domestica il problema del debito d'impresa e a lasciare all'autorità giurisdizionale al più una funzione di garanzia (come nel concordato preventivo e nella ristrutturazione dei debiti), occorre chiedersi, innanzitutto, se il trust possa ritagliarsi un ruolo importante in grado di sopperire ai limiti che gli altri strumenti normativi deflattivi presentano.

In questa prospettiva la duttilità del trust è stata affermata in diverse pronunce giurisprudenziali.

Il Tribunale di Parma con sentenza 3 marzo 2005(18), in sede di omologa di un concordato misto, riconosce gli indubbi vantaggi del trust liquidatorio: il conferimento in trust dei beni immobili della società e di terzi a garanzia dell'ulteriore buon esito del concordato assicura alla procedura margini di certezza maggiori rispetto a quelli che discendono dalla mera offerta dei beni da parte dei terzi, non potendo agli stessi beni estendersi gli effetti conservativi degli artt. 167, 168 l. f. in quanto norme per loro stessa natura devolute alla conservazione del solo patrimonio concordatario; non solo, ma dal raffronto con la procedura fallimentare, il Tribunale evidenzia i margini di sicuro interesse per il ceto creditorio, sia per l'impossibilità di ascrivere margini di certezza alle azioni revocatorie, sia per il valore migliorativo assicurato alla procedura dall'importo indicato, valore che supera per certezza e consistenza ogni possibile comparazione con la procedura concorsuale ordinaria.

A ciò si soggiunga che, in tali casi, la nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura a trustee assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il trust è stato istituito.

Il Tribunale di Reggio Emilia, Ufficio esecuzioni immobiliari, con ordinanza 14 maggio 2007(19) si sofferma sulla meritevolezza del programma negoziale di un trust auto-dichiarato(20), istituito per favorire la liquidazione armonica di una società mediante un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182-bis l. f., prevedendo la segregazione dei beni persona-

li del disponente e prevenendo azioni giudiziarie e procedure concorsuali.

Il Tribunale osserva come il blocco delle azioni esecutive individuali e dell'acquisizione di diritti di prelazione da parte di terzi sia stato espressamente previsto dall'art. 168 l. f. per il solo concordato preventivo(21) che, tuttavia, è istituito differente e autonomo dagli accordi di ristrutturazione. Tali accordi, invero, i quali si identificano sostanzialmente in un *pactum de non petendo*, sono vincolanti solo per i creditori aderenti, mentre i creditori estranei all'accordo trovano tutela nella loro integrale soddisfazione che potranno far valere mediante azioni esecutive.

Dopo questo breve *excursus* il Tribunale rileva la meritevolezza del programma negoziale del trust: quello di proteggere il patrimonio per evitare che creditori "free-riders", rimasti estranei all'accordo di ristrutturazione e che vantano crediti contestati possano costituire diritti di prelazione o agire esecutivamente sui cespiti, facendo naufragare il negozio concluso con la maggioranza, nonostante l'assicurazione di un loro regolare pagamento.

Il programma negoziale, secondo il Tribunale di Reggio Emilia, combina sinergicamente gli aspetti positivi degli strumenti stragiudiziali che albergano nel sistema: per un verso presenta la più marcata flessibilità degli accordi di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo; per altro verso, mediante il temporaneo blocco delle azioni esecutive e cautelari individuali, garantisce la tenuta dell'accordo, effetto previsto dal legislatore solo per il concordato preventivo(22). Inoltre, il conferimento in trust fornisce una suppletiva garanzia di non dispersione dei beni ed attribuisce ai creditori beneficiari un controllo sull'operato del trustee che difetta, invece, nell'accordo di ristrutturazione laddove i creditori sono esposti anche ad operazioni di sottrazione/occultamento della garanzia patrimoniale che possono trovare rimedio, a

Note:

(18) Trib. Parma, 3 marzo 2005, in questa Rivista, 2005, 409; Fall., 2005, 4 (nota L. Panzani).

(19) *Supra*, nota 4.

(20) È tale il trust in cui coincidono le figure del disponente e del trustee.

(21) A seguito della riforma anche per gli accordi di ristrutturazione è previsto il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori per sessanta giorni dalla data della pubblicazione dell'accordo.

(22) V. *supra*, nota 21.

volte, solo con l'esperimento di una lunga e costosa azione revocatoria.

Il Tribunale di Roma, con decreto 4 aprile 2003(23), e il Tribunale di Saluzzo, con decreto 9 novembre 2006(24), autorizzano l'istituzione di un trust il cui scopo risiede nel recuperare i crediti d'imposta maturati nel corso della procedura, ma esigibili solo dopo la chiusura del fallimento. Con argomentazioni sostanzialmente identiche osservano come il conferimento in un trust delle residue attività fallimentari con beneficiari i creditori appare più vantaggioso rispetto ad una cessione delle stesse(25), oltre a consentire la chiusura del fallimento onde ottenere il pagamento del credito fiscale, che diviene liquido ed esigibile solo da tale momento. Il ricorso al trust consente, altresì, di superare le perplessità registrate sull'ultrattività degli organi fallimentari in ordine all'esigenza di conservare la segregazione dei beni per evitare che i creditori individuali possano agire sugli stessi al momento della chiusura della procedura; infine, attraverso la segregazione patrimoniale dei crediti tributari, li rende insensibili alle pretese opposte in compensazione dall'amministrazione finanziaria così destinandoli alla realizzazione degli interessi propri del concorso.

In tale prospettiva l'istituzione del trust potrebbe servire a ripristinare la segregazione.

La rassegna sulle utilità del trust liquidatorio non può terminare senza brevi cenni al regime fiscale, rammentando che l'art. 19 della Convenzione dispone che la stessa "non pregiudicherà la competenza degli Stati in materia fiscale".

Il dibattito si è incentrato in particolare sull'applicabilità all'atto istitutivo di trust delle imposte sui trasferimenti ovvero dell'imposta sulle donazioni.

Il trust presenta, infatti, indubbi vantaggi fiscali se si ritiene che l'atto di istituzione del trust, con attribuzione della titolarità di beni e diritti al trustee, sconti l'imposta di registro in misura fissa ex art. 11 della tariffa, parte prima, allegata al D. P. R. 26 aprile 1986, n. 131.

La giurisprudenza(26), al riguardo, ha affermato come il conferimento dei beni in trust non possa ricondursi nel novero delle donazioni, per carenza dell'*animus donandi* in capo al disponente nei confronti del trustee, né in quella degli atti a titolo oneroso, stante la mancanza di qualsivoglia corrispettivo per la cessione dei crediti.

Tale trattamento fiscale sembra permanere anche a seguito del D.L. 3 ottobre 2006, n. 262 convertito

con modifiche nella L. 24 novembre 2006, n. 296, che ha reintrodotto nel nostro ordinamento l'imposta di donazione, e del varo da parte dell'Agenzie delle Entrate delle circolari n. 48/E del 2007 e n. 3 del 2008(27).

L'art. 6 della L. 24 novembre 2006, n. 296 prevede, infatti, una tassazione nella misura dell'8% dei valori dei beni trasferiti "per donazioni o altri atti a titolo gratuito" relativamente ad aziende, azioni, obbligazioni, quote sociali, altri titoli e denaro contante. La disposizione di cui all'art. 2, commi da 47 a 49 statuisce espressamente che tale imposta trovi applicazione anche alla costituzione di vincoli di destinazione, il che impone di considerare se il trust si traduca in un vincolo di destinazione.

Sul punto non si è formato ancora un indirizzo condiviso della giurisprudenza tributaria. La Commissione Tributaria Provinciale di Lodi(28), ad esempio, nel caso di un trust con finalità liquidatorie del patrimonio conferito, in cui al trustee sono concesse la più ampia facoltà di operare con piena autonomia decisionale, non ravvisa alcun vincolo di destinazione e, per l'effetto, non applica l'imposta sulle donazioni; la Commissione Tributaria Provinciale di Firenze(29), invece, ritiene che per il trust trovi applicazione in via estensiva o analogica la norma che fa riferimento ai vincoli di destinazione sicché, in ossequio al principio generale che impone la tassazione nel momento in cui si concretizza il trasferimento di

Note:

(23) Trib. Roma, 4 aprile 2003, in questa Rivista, 2003, 411; Fall., 2004, 101 (nota G. Fauceglia).

(24) Trib. Saluzzo, 9 novembre 2006, in questa Rivista, 2008, 290.

(25) Contrariamente a quanto avviene in caso di cessione, nessuna garanzia dell'esistenza dei crediti conferiti risulta dovuta dal fallimento cedente.

(26) Comm. Trib. Lodi, 5 novembre 2001, n. 135, in questa Rivista, 2002, 418.

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

(28) Comm. Trib. Provinciale Lodi, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296.

(29) Comm. Trib. Provinciale Firenze, 12 febbraio 2009, in questa Rivista, 2009, 425, con commento di N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta dei trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, ivi, 507, che ha riguardato il conferimento di beni immobili in trust con beneficiari i parenti non determinati del disponente.

ricchezza, si realizzerà l'effetto impositivo quando sarà attribuito il *trust fund* ai beneficiari.

Tirando le fila del discorso, si può senz'altro considerare il trust liquidatorio, come evidenziato dal medesimo Tribunale, compatibile in astratto con la liquidazione fallimentare nonché tributargli una flessibilità e una duttilità che lo legittima a pieno titolo tra gli strumenti stragiudiziali volti alla definizione della crisi di impresa, ora che la riforma della legge fallimentare fa registrare un *favor* verso la privatizzazione della crisi d'impresa, a discapito della connotazione pubblicistica che impronta la liquidazione fallimentare.

Il suo destino di strumento elaborato dall'autonomia privata per comporre la soluzione della crisi dell'impresa, tuttavia, è segnato dall'impiego che le parti ne fanno nel caso concreto.

Di conseguenza, l'indagine si dovrà spostare necessariamente da un piano dogmatico-teorico ad un piano concreto attraverso il giudizio complessivo di liceità della causa concreta del programma negoziale del trust e di meritevolezza degli interessi sottesi al medesimo in ossequio ai principî generali che presidiano il giudizio di liceità di qualsiasi fattispecie negoziale.

■ Il giudizio di liceità e di meritevolezza della causa in concreto

Come noto, in superamento della teoria bettiana(30), che identifica la causa con la funzione economico-sociale del negozio sino a farla coincidere con il "tipo negoziale", nella dottrina più recente(31) trova sempre maggiore seguito una diversa concezione della causa, volta a tener conto anche di tutti gli interessi concreti che la singola operazione è obiettivamente diretta a realizzare, anche se estranei allo schema tipologico astrattamente prefigurato dalla norma. In questa prospettiva, le nozioni di causa e tipo non sarebbero coincidenti, dovendo la prima essere intesa in senso economico-individuale e non economico-sociale, con la conseguenza che, nei negozi tipici, ai fini della individuazione della causa del negozio, occorrerebbe valutare se l'interesse concretamente perseguito corrisponda all'interesse tipizzato nello schema astratto.

La Corte di cassazione, con una recente pronuncia(32), ha accolto la teoria della causa concreta o quale funzione economico-individuale del contratto.

Per la prima volta, infatti, la Cassazione definisce la causa come "sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare", giungendo a statuire la nullità del contratto impugnato, per difetto della causa in concreto.

Una volta identificata la causa del contratto con lo scopo in concreto perseguito dalle parti, ne consegue che il controllo sulla "meritevolezza" previsto per i soli contratti atipici dall'art. 1322 cod. civ., dovrà essere svolto in modo identico anche per i contratti nominati, posto che anche per questi la causa non è fissata dalla legge, ma va indagata in concreto in base agli interessi perseguiti.

Anche il trust, che è atto unilaterale(33) tipico giacché previsto dalla legge 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione de l'Aja, dunque, deve essere in concreto assoggettato al giudizio di liceità e di meritevolezza.

Mentre le caratteristiche tipologiche e l'interesse perseguito dal trust, compendiate nell'art. 2 della Convenzione de l'Aja, infatti, sono stati valutati positivamente dal legislatore che li ha tipizzati mediante la ratifica della Convenzione avvenuta con la legge 16 ottobre 1989, n. 364, la causa concreta perseguita dal singolo trust va, invece, analizzata di volta in volta.

Occorre a questo punto chiedersi se il giudizio di meritevolezza dell'interesse perseguito sia qualitativamente diverso da quello di liceità della causa.

Secondo la dottrina che individua nella causa la funzione economico-sociale del contratto(34), il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 cod. civ. (ora estensibile anche ai contratti tipici, come appe-

Note:

(30) E. Betti, Teoria generale del negozio giuridico, in Trattato di diritto civile italiano diretto da A. Vassalli, Torino, 1960, p. 172.

(31) G. B. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico, Studi di diritto civile, Milano, 1966, p. 335.

(32) Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, Corriere giur., 2006, 1718, seguita da Cass., 24 luglio 2007, n. 16135, inedita; Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, Giust. civ. Mass., 2007, 12.

(33) Vale evidenziare che il principio causalistico non concerne solo i contratti, ma anche le altre esplicazioni dell'autonomia negoziale; per le promesse unilaterali depone in tal senso la nuova lettura dell'art. 1333 cod. civ., dove si utilizza il termine contratto, in combinato disposto con l'art. 1987 cod. civ.; mentre per gli altri negozi giuridici unilaterali, invece, l'espresso richiamo contenuto nell'art. 1324 cod. civ. delle norme sui contratti.

(34) Riferimenti in F. Gazzoni, Manuale di diritto privato [supra, nota 5], p. 815.

na chiarito) obbligherebbe il giudice ad un controllo dell'interesse perseguito dai contraenti che in tanto sarebbe meritevole di tutela in quanto sia anche utile socialmente. In tal modo si giunge a sottoporre l'autonomia negoziale ad un controllo di funzionalità sociale nell'interesse perseguito che, indubbiamente, era nelle intenzioni del legislatore del 1942, ciò desumendosi dalla relazione al Re del Guardasigilli.

A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione si impone, tuttavia, una rilettura della norma alla luce dei principî di cui agli artt. 2, 3, 41 Cost. In quest'ottica sarebbero meritevoli di tutela i contratti anche non socialmente utili, diretti a realizzare interessi quanto meno compatibili con i valori solidaristici cui l'ordinamento si ispira.

In guisa di ciò, la dottrina, seguita dalla giurisprudenza, ritiene in definitiva che il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 cod. civ. coincida sostanzialmente con l'accertamento della non contrarietà del negozio realizzato alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume⁽³⁵⁾.

Con una buona dose di realismo, peraltro, appare arduo ipotizzare contratti socialmente dannosi che non siano anche illeciti⁽³⁶⁾.

Si pensi, infatti, al piano di riparto di un trust liquidatorio che privilegi taluni creditori a danno degli altri in spregio del principio della *par condicio creditorum*⁽³⁷⁾. Orbene siffatto trust, oltre ad avere una causa illecita ai sensi dell'art. 1343 cod. civ., giacché in contrasto con un principio di ordine pubblico, quale è quello della *par condicio creditorum*⁽³⁸⁾, persegue altresì un interesse contrario ai principî di uguaglianza e solidarietà, quindi principî etici fondanti il nostro ordinamento, per il che al contempo non sarà meritevole di tutela.

■ Il giudizio di liceità e meritevolezza del trust nel caso di specie

Attraverso la lente di ingrandimento del giudizio di liceità e meritevolezza della ragione effettiva perseguita dal trust, si può ora tornare a rileggere le motivazioni dell'ordinanza in commento.

Il Tribunale di Milano, al punto 1.4.2. della motivazione, testualmente afferma "Quello che il trust non può sortire è costituire, peggio, precludere la liquidazione fallimentare, laddove si ponga come trust liquidatorio dell'intero compendio aziendale della società poi fallita. Laddove la causa concreta dell'istituzione del trust sia quella di segregare tutti i beni

dell'impresa in danno dei creditori del disponente (oltre ai creditori del trustee che in caso di società di persone parzialmente coincidono ex art. 148 l. f.), di fatto precludendone l'apprensione alla curatela fallimentare del disponente, il trust persegue finalità estranee a quelle dell'ordinamento italiano e con essa incompatibili. Tanto più se questo avvenga, come nel caso di specie, in caso di soggetto insolvente che non aveva altra strada che ricorrere, sin dal momento in cui istituiva la segregazione patrimoniale, a una procedura di insolvenza".

Ad avviso del Tribunale, la segregazione di tutti i beni dell'impresa costituirebbe la pregiudiziale del giudizio di dannosità del trust, tanto più se l'imprenditore, come nel caso di specie, sia già insolvente al momento della istituzione del trust.

Sul punto, a corredo di quanto esposto in precedenza, non può che dissentirsi.

La segregazione dei beni conferiti dal disponente al trustee costituisce una caratteristica essenziale e minima del trust su cui il legislatore italiano ha già effettuato una preliminare valutazione astratta di compatibilità con il nostro ordinamento, ratificando la Convenzione de l'Aja. Ritenerne che tale effetto segregativo, quando sia esteso all'intera massa dei beni dell'imprenditore, sia incompatibile con la liquidazione fallimentare (a tacer del fatto che, come specificato in precedenza, tale incompatibilità non esiste), significa ravvisare una inammissibile contraddizione del sistema che recepirebbe al suo interno istituti in contrasto con istituti inderogabili vigenti (ad onta del principio di unitarietà e coerenza dell'ordina-

Note:

(35) In dottrina V. Roppo, Il contratto [*supra*, nota 7], p. 424; G. B. Ferri, Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico [*supra*, nota 31], p. 406.

(36) L'unica sentenza di merito che ha tentato questa strada è stata App. Milano, 29 dicembre 1970, Foro pad., 1971, I, 277, riformata da Cass., 3 luglio 1975, n. 2578, Giur. it., 1976, I, 770.

(37) L'applicazione del principio di uguaglianza tra i creditori, meramente eventuale nel processo esecutivo individuale, viene attuata in ambito fallimentare sia per scongiurare la rincorsa dei singoli creditori sul patrimonio, sia per impedire la concorrenza del diverso principio *prior in tempore potior in iure*. A seguito della riforma si nota un'applicazione attenuata della norma di cui all'art. 2744 cod. civ. per la possibilità di superare i principî dallo stesso stabiliti grazie all'introduzione delle classi dei creditori.

(38) Sulla natura di tale principio, Cass., 19 dicembre 1990, n. 2031, Foro it., 1991, I, 1482; le cause legittime di prelazione, proprio perché costituiscono eccezioni ad una norma imperativa, costituiscono *ius singolare*, per il quale non è ammessa estensione analogica (Cass., 27 febbraio 1990, n. 1510, Giur. it., 1990, I, 1435); L. Barbiera, Responsabilità patrimoniale, codice civile, Milano, 1991, p. 72.

mento giuridico che costituisce un criterio interpretativo del sistema nella sua globalità e complessità).

Parimenti, il fatto che l'imprenditore sia già insolvente al momento della istituzione del trust, non può costituire un indizio dell'abusività del trust, come invece sostenuto dal Tribunale milanese.

L'imprenditore che ricorre ad un trust liquidatorio del compendio aziendale è evidentemente spinto dal desiderio di uscire dalla situazione di dissesto in cui versa ripianando la situazione patrimoniale, ma, al contempo, evitando la procedura fallimentare che ha l'effetto di bandirlo dal mercato; questo è senz'altro un interesse meritevole di tutela che trova protezione già nella trama normativa ispirata, come si è detto, a favorire le soluzioni concordate e a relegare la liquidazione fallimentare all'*extrema ratio*.

Tanto più che, a seguito delle recenti riforme, il presupposto per accedere al concordato preventivo e per raggiungere accordi di ristrutturazione dei debiti è la crisi dell'impresa, la quale non si identifica necessariamente con l'insolvenza. Potrebbe ricorrere ad una soluzione concordata, nonché appunto al trust liquidatorio anche una società che versa in uno stato di malessere economico-finanziario non necessariamente coincidente con l'impossibilità definitiva e irreversibile di far fronte alle obbligazioni, ma anche solo di natura tale da lasciar presagire l'insolvenza.

Occorrono, dunque, ulteriori elementi che in concreto inducano a ritenere che si tratti di un trust istituito per frodare i creditori.

Nel caso di specie in 17 mesi di attività del trust – dal novembre 2007, data di istituzione del trust, all'aprile 2009, data di sostituzione del trustee ad opera del curatore fallimentare su autorizzazione del giudice delegato – non si è apportato alcun attivo al patrimonio della società disponente, dimostrato dall'insinuazione al passivo di tutti i creditori e dalla mancanza di attivo della procedura⁽³⁹⁾.

Sotto questo profilo, dunque, il programma negoziale pianificato dalla società disponente ed attuato dal trustee (liquidatore e socio della società) si presta a più di un dubbio sulla effettività del raggiungimento dello scopo dichiarato, cioè la soddisfazione dei creditori.

In altri termini, mentre lo scopo negoziale che le parti *prima facie* intendono perseguire supera in prima battuta il vaglio di liceità perché, come si è visto, conforme ai principi generali dell'ordinamento, lo scopo effettivo, invece, si rileva in contrasto con quegli stessi principi, rivelandosi un tentativo di se-

gregare i beni per renderli inattaccabili dai creditori che sono i beneficiari del trust.

Il giudizio di meritevolezza si risolverà dunque in un giudizio di fattibilità del piano negoziale al pari di quello che il Tribunale formula nell'omologazione del concordato preventivo e ancor più nel piano di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. f.* che, come detto, fondandosi su una proposta del debitore di risanamento economico-gestionale dell'impresa, deve dare dimostrazione della possibilità concreta di risanare e soddisfare i debiti.

Ma ancor prima che tale giudizio sia dato dall'autorità giurisdizionale, esso, come nel caso di specie, viene delibato dai creditori, gli unici arbitri del loro destino, che, non avendo ricevuto alcuna utilità dal trust, ricorrono al Tribunale perché si addivenga ad una liquidazione coatta dei beni, che il programma negoziale (per genericità, indeterminatezza) o il trustee (per incuria, imperizia o con coscienza e volontà) non sono stati in grado di assicurare.

■ La validità del trust secondo la legge di Jersey

Non è dato comprendere le ragioni che hanno indotto il Tribunale a soprassedere sull'esame delle censure del fallimento resistente rivolte a far accertare e dichiarare la nullità o l'inefficacia del trust in quanto simulato (*sham trust*).

Il corretto procedimento logico avrebbe dovuto portare il Giudice ad accertare il rispetto da parte del trust della legge di Jersey, per poi verificare la possibilità di riconoscere il trust in base alla Convenzione de L'Aja.

Il Tribunale, infatti, nel punto 1.4. della motivazione si limita ad affermare che "queste ultime argomentazioni del fallimento resistente meritino accoglimento" (ovvero quelle dirette a sostenere la contrarietà del trust con il diritto interno) senza alcunché dire sulla legittimità del trust alla luce della legge di Jersey, su cui il fallimento resistente incentra un'articolata difesa volta ad evidenziare taluni indici rivelatori di un *trust sham*.

Nota:

(39) Così, infatti, sembra emergere dai motivi adottati dal fallimento resistente, nella parte in cui chiede l'accertamento della simulazione del trust secondo la legge di Jersey. Tuttavia nei motivi di ricorso emerge che il trustee abbia stipulato due contratti di affitto di azienda, dal quale sono sorti altrettanti contenziosi.

A questo punto, sembra opportuno dapprima osservare come la *common law* e la legge di Jersey caratterizzino il *trust sham* per poi ipotizzare una possibile interpretazione della fattispecie che ha originato l'ordinanza in esame, utilizzando le categorie giuridiche fornite dalla legge di Jersey.

Nella *common law* il concetto di "sham" non trova una espressa definizione giuridica – come, invece, si può riscontrare negli ordinamenti di *civil law* (vedi, ad esempio, la simulazione nell'ordinamento giuridico italiano) – e, pertanto, deve essere ricostruito attraverso le più autorevoli pronunce giurisprudenziali che si sono succedute nel tempo.

La prima definizione giuridica di "sham" è stata quella fornita nel 1967 dal giudice inglese Lord Justice Diplock(40), il quale, nel ribaltare la sentenza di primo grado che aveva dichiarato nullo un contratto di *sale and lease back* considerandolo appunto *sham*, ha approfondito la fattispecie generale di "sham transactions", richiedendo necessariamente per il suo configurarsi lo scopo – comune a tutte le parti del negozio – di creare l'apparenza di un'operazione diversa da quella effettivamente voluta.

La definizione generale adottata dal giudice inglese Lord Justice Diplock venne ripresa dalla High Court nel 1995(41), la quale dichiarò nullo – perché *sham* – un trust avente ad oggetto un immobile dato in garanzia alla banca erogatrice di un finanziamento a beneficio del disponente. Nella pronuncia in oggetto la Corte ha fatto un passo ulteriore, avendo adattato la definizione di *sham* non più ad un contratto, ma ad un atto unilaterale qual è il trust.

In particolare il giudice Young si distacca dalla definizione di Lord Justice Diplock nella parte in cui richiede la comune intenzione delle parti ritenendo, di contro, che per integrare il concetto giuridico di "sham" è sufficiente l'intenzione, anche di una sola parte, di ingenerare nei terzi l'apparenza di una realtà giuridica diversa da quella effettivamente voluta, senza che sia necessario un accordo comune o un intento fraudolento. In questo caso, poi, l'accertamento dello scopo del disponente di dissimulare la proprietà dell'immobile conferendolo in trust senza la reale intenzione di spogliarsi dello stesso (che ha determinato la dichiarazione di nullità) è stato desunto dal Giudice dal comportamento del disponente nel periodo successivo al conferimento in trust, il quale ha continuato a disporre e a godere dell'immobile come se il trust non esistesse.

Più recentemente, nel 2003, la Chancery Divi-

sion ha nuovamente mutato orientamento(42) ritenendo necessaria la prova della comune intenzione simulatoria delle parti affinché possa configurarsi un *trust sham*. Nel caso di specie, non ricorrendo tale requisito, la Corte ha respinto l'istanza di dichiarare il *trust sham*.

L'anno successivo, tuttavia, una nuova pronuncia in materia(43) – questa volta della Family Division – ribaltò nuovamente l'orientamento giurisprudenziale, stabilendo la non necessità di un accordo simulatorio, essendo sufficiente l'intenzione simulatoria del solo disponente quando il trustee accetti di seguire le sue disposizioni senza sapere o curarsi di sapere il contenuto dell'atto di trust.

Dall'*excursus* delle più significative pronunce appare evidente come la giurisprudenza inglese in materia di "trust sham" non sia ancora stabilizzata, rimanendo significativamente contrastata e lontana da un approdo unitario soprattutto con particolare riferimento alla necessità che l'intento simulatorio sia frutto della volontà di tutte le parti o "anche" di una solo di esse.

Diversamente, i Giudici dell'isola di Jersey – pur partendo dalla stessa definizione di "sham" coniata da Lord Justice Diplock – hanno adottato fin da subito un orientamento uniforme.

Il primo precedente rilevante fu quello relativo al caso *Abel Rahman v Chase Bank*(44), nel quale la Corte si interrogò sul concetto di "sham", seppur non in via principale, e accolse il ricorso dichiarando un trust "sham" in quanto il disponente aveva creato un'apparenza diversa dalla realtà giuridica.

Successivamente, nel 2003, la Royal Court di Jersey tornò sul punto, questa volta approfondendo il concetto di "sham": in particolare, la Corte individuò il requisito fondamentale perché un trust possa essere dichiarato "sham" nell'intento simulatorio del

Note:

(40) Cfr. *Snook v London And West Riding Investements Ltd* (1967) 2 Qb 786 (Ca), in questa Rivista, 2006, 286.

(41) Cfr. *Midland Bank Plc v Wyatt* (1995) 1 Flr 696 (Ch), in questa Rivista, 2003, 299.

(42) Cfr. *Shalson v Russo* (2005) Ewhc 1637, (2005) Ch 281 (Ch), in questa Rivista, 2006, 275.

(43) Cfr. *Minwalla v Minwalla* (2005) 1 Flr 771 (Fd), in questa Rivista, 2006, 230.

(44) Cfr. *Abel Rahman v Chase Bank (Ci) Trust Co Ltd*. (1991) Jlr 103, in questa Rivista, 2004, 296.

disponente anche se non accompagnato da un accordo simulatorio con il trustee, essendo sufficiente che quest'ultimo svolga un ruolo passivo assecondando di fatto la volontà del disponente. Tuttavia, a tale elemento deve aggiungersi la prova che entrambe le parti abbiano voluto produrre una falsa impressione nei terzi, presupponendo, quindi, la necessità della comune intenzione, seppur intesa in senso lato, non essendo richiesto un vero e proprio accordo simulatorio.

Sulla stessa linea si pronunciò l'anno successivo la stessa Royal Court in *Mackinnon v Regent Trust Company*(45), con una sentenza confermata in appello – nella quale venne ribadito il principio per cui per ottenere una dichiarazione di “sham” è necessario dare la prova dell'intenzione comune a disponente e trustee di ingannare i terzi.

Da questo brevissimo raffronto tra la giurisprudenza inglese e quella dell'isola di Jersey emerge che se, da un lato, entrambe riconoscono nella discrasia tra quanto dichiarato nell'atto di trust e quanto effettivamente voluto dal disponente la caratteristica dello *sham*, dall'altro lato, i Giudici di Jersey richiedono l'ulteriore requisito della comune intenzione del disponente e del trustee di ingannare i terzi. Tale ultimo requisito, evidentemente, aggrava sensibilmente la prova per l'attore che intenda ottenere una pronuncia di nullità dimostrando che un trust sia “sham”.

In ogni caso, in tutta la giurisprudenza relativa a tale problematica, i giudici hanno sempre ritenuto la necessità che dal trust nascano “transactions really intended to have effect”, intendendo con ciò che in ogni caso il trust, per superare il vaglio di validità, necessita che il programma in esso contenuto sia attuabile, ed anche attuato, in maniera tale da consentire la effettiva realizzazione dello stesso: questo principio, che si potrebbe definire “di effettività”, è sempre stato applicato dalla giurisprudenza presa in esame.

Nel caso sottoposto alla cognizione del Tribunale di Milano, gli elementi richiamati a sostegno della simulazione del trust da parte del fallimento resistente possono sintetizzarsi nella mancata pubblicità dell'atto di istituzione del trust e nella sua improduttività(46).

Sotto il primo profilo, il fatto che il disponente non dia in alcun modo contezza ai creditori della istituzione di un trust sul patrimonio aziendale (né con la pubblicità dell'atto mediante trascrizione, né con altre forme di pubblicità di fatto) sembra costituire, ad avviso del fallimento resistente, un indice sinto-

matico della volontà di occultare l'amministrazione dei beni segregati ai creditori della società che sono, *ex actis*, i medesimi beneficiari del trust.

Tuttavia, si dissente sulla portata indiziaria di tale circostanza atta a suffragare l'ipotesi di uno *sham trust* giacché, a ben osservare, se i terzi – creditori – beneficiari non hanno alcuna conoscenza dell'esistenza del trust, non si ha alcuna asimmetria tra realtà rappresentata e realtà effettivamente perseguita e, dunque, alcun intento simulatorio.

Più perspicace e conferente sembra essere, invece, la seconda censura mossa dal fallimento resistente, costituita dal mancato riversamento di alcun beneficio a favore dei creditori, dimostrato dall'insinuazione al passivo dei creditori e dalla mancanza di attivo della procedura.

Riprendendo quanto già tratteggiato nel precedente paragrafo, invero, il consistente lasso temporale (17 mesi) avuto a disposizione dal trustee per monetizzare la massa patrimoniale conferita in trust, senza alcun risultato(47), potrebbe essere letto in una duplice direzione: o come volontà di simulare una liquidazione dei beni, dissimulando, invece, l'effettivo intento di segregare i beni medesimi (non si spiegherebbe, tuttavia, la ragione per cui non si è dato corso alla pubblicità dell'atto); oppure come inidoneità del programma negoziale e inettitudine del trustee ad amministrare e liquidare i beni conferiti.

In quest'ultimo senso, più plausibile, l'improduttività del trust che non raggiunge, in un arco di tempo consistente, alcun risultato utile per i beneficiari, sarebbe sintomatica del totale disinteresse del trustee verso lo scopo apparente e giustificerebbe la declaratoria di simulazione (*sham* secondo il diritto inglese) del trust.

Fermo restando che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Jersey sopra richiamata, per giungere ad una declaratoria di simulazione del trust, occorre fornire la prova dell'accordo tra società disponente e trustee, che potrà essere fornita anche per presunzioni, strada agevole nel caso di specie atteso che il trustee è anche socio della s.n.c. disponente.

Note:

(45) Cfr. *Mackinnon v Regent Trust Company Co Ltd.* (2004) Jrc211, in questa Rivista, 2006, 268.

(46) Punto 1.3 ordinanza.

(47) In realtà sembra che il trustee abbia stipulato due contratti di affitto di azienda dal quale sono sorti altrettanti contenziosi.

A questo punto è opportuno aprire una finestra sull'art. 9A della Trust (Jersey) Law 1984, as amended 2006, richiamato nell'ordinanza in commento, ove si trova affermato: "Nel caso di specie, la legge applicabile nel caso concreto è la legge di Jersey, che costituisce una delle discipline maggiormente favorevoli. Legge ancor più favorevole oggi a seguito dell'introduzione del nuovo articolo 9A alla legge di Jersey – inserito dalla Trusts law del 2006 – che conserva – al pari di discipline vigenti in altri ordinamenti quali Cook Islands, Bahamas, Cayman Islands – la validità del Trust (è l'impossibilità di comminarne una declaratoria di nullità o di sham Trust) anche in caso in cui il disponente si riservi numerosi poteri, ovvero li attribuisca a terzi e non li attribuisca al Trustee"(48).

La *ratio* di questa norma, che identifica un coacervo di poteri che possono essere trattenuti dal disponente oppure essere concessi a terzi, non sembra essere quella di ridurre le possibilità di dichiarare sham un trust, quanto quella di fornire all'utilizzatore nuovi e declinati poteri e/o strumenti giuridici per meglio realizzare il programma del trust.

In tale prospettiva, non determina alcun *vulnus* nella sfera giuridica dei terzi, come prospettato dal Tribunale di Milano(49), quanto piuttosto va interpretata come una norma che stabilisce la possibilità di tale riserva o concessione esclusivamente al fine di meglio realizzare il programma che l'istituzione del trust si prefigge.

Letta in questo modo la norma perde qualunque carattere "di favore fraudolento" e diviene una norma di elevato valore giuridico, morale e tecnico in quanto consente l'utilizzo di questo perfezionato strumento giuridico per la miglior realizzazione degli effetti che il trust vuole sortire: il legislatore concede la possibilità di configurare in maniera più attenuata i poteri del trustee, ma, d'altro lato, sembra avvertire le parti che, nel caso in cui questa attenuazione fosse declinata al sol fine di sviare (*mislead*) dal giusto percorso il trust, la declaratoria di sham sarebbe inevitabile.

La traiettoria interpretativa seguita consente una esatta collocazione dell'articolo 9A all'interno della normativa sui trust, ravvisandosi nella realizzazione specifica e celere del programma del disponente l'interesse astrattamente ritenuto meritevole di tutela dal legislatore di Jersey.

Nel caso di specie, tuttavia, non trova applicazione l'art. 9A in quanto nell'atto istitutivo vengono

conferiti pieni poteri al trustee, come emerge nelle premesse dell'ordinanza dove, richiamandosi i tratti salienti del trust, si trova riportato che il trustee dispone dei beni in completa discrezionalità, ha capacità processuale attiva e passiva in relazione ai beni segregati, deve tenere un rendiconto delle attività svolte, nonché redigere entro 6 mesi dalla scadenza di ciascun anno solare un inventario e un bilancio del fondo in trust.

Il giudizio sul trust secondo i principî della *common law* (principio della ragionevolezza e dello *stare decisis*)(50) avrebbe rappresentato per il Tribunale una strada più semplice da seguire, piuttosto che imbattersi nella valutazione del trust secondo le norme inderogabili e i principî di ordine pubblico interno soggetti ad un'interpretazione mutevole nel tempo, come dimostrato dal principio di unitarietà della garanzia patrimoniale, che non è più considerato espressione di un principio inderogabile, e dalla liquidazione fallimentare, espressione di una concezione dirigitica-afflittiva di stampo pubblicistico, che ha perso la propria centralità nell'ambito delle procedure concorsuali.

■ Considerazioni conclusive

Il trust interno liquidatorio può trovare cittadinanza nell'ambito delle soluzioni stragiudiziali alla crisi d'impresa, non ravvisandosi alcuna inconciliabilità ontologica con principî e norme inderogabili interne. La sua sorte è condizionata dalla ragione pratica effettiva che viene perseguita come qualsiasi altro negozio; potranno sorgere problemi di validità e opponibilità in concreto, ma essi troveranno la loro risposta nelle regole generali che presidiano il giudizio di liceità e meritevolezza della causa concreta e nell'esercizio dell'azione revocatoria.

Note:

(48) Punto 1.2.

(49) Con un *obiter dictum*, afferma che, a seguito dell'introduzione del nuovo art. 9 della legge di Jersey, sarebbe impossibile far dichiarare la nullità dello sham trust.

(50) Secondo l'art. 15 l. 31 maggio 1995, n. 218, la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo.

Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella Disciplina Antiriciclaggio del trust

di **Andrea Vicari**

Di fronte alla poliedricità del trust, un'operazione apparentemente semplice come la verifica approfondita, ai fini antiriciclaggio italiani, si trasforma in un'attività che richiede sottili ragionamenti giuridici, di diritto interno e comparato. Si può così scoprire che il trustee non è il "cliente" quando contrae rapporti bancari o mandati professionali nella sua qualità di trustee, ma che solo il trust deve essere considerato tale. Solo in questo modo si può scoprire che sempre il trustee, qualche volta il guardiano e raramente i beneficiari di un trust, sono i titolari effettivi dello stesso. Similmente, si può scoprire che le regole italiane (e comunitarie) sull'identificazione del titolare effettivo del trust non permettono di superare il velo societario quando la loro applicazione condurrebbe, in prima battuta, all'identificazione di un titolare effettivo in una società o altro ente. Solo in questo modo, infine, si può scoprire che il legislatore italiano, ancora una volta, ha sottovalutato le complessità del trust nel tentare di disciplinarlo.

■ Dal beneficiario del trust al suo titolare effettivo: percorsi nella Disciplina Antiriciclaggio del trust

Beneficiario del trust e suo titolare effettivo: l'equiparazione potrebbe risultare istintiva a chi ignorasse la poliedricità del trust e le molteplici possibili configurazioni della posizione giuridica del beneficiario di un trust.

Questa automatica equiparazione sarebbe però impropria. La normativa antiriciclaggio emanata a livello comunitario (Terza Direttiva UE) e quella di recepimento della stessa in Italia (D.Lgs. 21 novem-

bre 2007, n. 231, di seguito, nel presente articolo, "Disciplina Antiriciclaggio") contemplano delle regole specifiche per l'identificazione del titolare effettivo di un trust, svincolate da semplicistiche equiparazioni tra beneficiario e titolare effettivo.

L'operazione di identificazione del titolare effettivo in un trust non è operazione semplice e presuppone una profonda conoscenza del diritto dei trust(1). Perfino la Law Society inglese, nel disciplinare la condotta degli avvocati inglesi in tema di antiriciclaggio, ha espressamente sottolineato questa difficoltà, consigliando a costoro di rivolgersi comunque ad un professionista esperto di trust per le valutazioni del caso(2).

Questa raccomandazione è ancora più importante per i soggetti italiani, tenuti agli obblighi previsti dalla Disciplina Antiriciclaggio, in occasione dell'adempiimento degli stessi in presenza di trust interni.

Andrea Vicari – *Avvocato e notaio in San Marino*

Note:

(1) Secondo Lupoi, "è, dunque, possibile che un soggetto sia titolare di un diritto non "beneficially" e tuttavia non esista alcun altro soggetto titolare della posizione equitativa mancante. Si comprende agevolmente le difficoltà che questa conclusione provoca quando il titolare di un conto bancario dichiara di non essere "l'avente diritto economico", ma che "l'avente diritto economico" non esiste; se il "beneficial owner" della prassi bancaria corrispondesse al "beneficial owner" del diritto inglese non sorgerebbe alcun problema; dato che questa corrispondenza è impossibile, problemi sorgono e non sono agevolmente superabili": M. Lupoi, *I trusts nel diritto civile*, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, p. 23.

(2) Questo è confermato anche dalla circolare destinata al ceto forense inglese, emessa dalla Law Society, in tema di antiriciclaggio. L'Anti-money laundering practice note – 22 February 2008 (§ 4.7.6.) riconosce la necessità di una attività volta ad accertare l'esistenza di un titolare effettivo del trust da parte del soggetto sui cui gravano gli obblighi di identificazione e che abbia come cliente un trustee, ma ammette che questa attività non debba necessariamente sfociare nell'individuazione di un titolare effettivo dello stesso ("You are only required to make reasonable and proportionate enquiries to establish whether beneficial owners exist and, where relevant, verify their identity. If unsure whether a beneficiary or other person is a beneficial owner, you may consider taking legal advice from a trust practitioner, or identify them and consider whether verification is required").

Costoro sono certamente meno avvezzi alla realtà dei trust rispetto ai loro “colleghi” inglesi, quindi maggior attenzione debbono prestare in questa operazione.

Per costoro, le difficoltà si moltiplicano quando, come spesso avviene in tema di trust, i problemi assumono carattere transfrontaliero. Jersey, Guernsey, Man, San Marino rappresentano la maggioranza degli stati europei che conoscono una disciplina del trust. Nessuno di questi è stato individuato come un paese che imponga obblighi equivalenti a quelli previsti dalla Direttiva 2005/60/CE (D. M. del Ministero dell'Economia e delle Finanze, 12 agosto 2008). È facile comprendere che i problemi di approfondita verifica ai fini della Disciplina Antiriciclaggio ed individuazione del titolare effettivo possano porsi con frequenza agli operatori italiani di fronte a trust e trustee di questi paesi.

In questi casi, non è possibile beneficiare di attenuazioni degli obblighi di approfondita verifica, nemmeno se i soggetti italiani abbiano a che fare con trust aventi trustee che siano banche o imprese finanziarie residenti in questi stati e non è possibile avvalersi della verifica compiuta da terzi, operanti in questi paesi, che abbiano instaurato rapporti con tali trustee e trust. Infatti, in assenza della citata equivalenza, non è applicabile da parte di soggetti italiani la verifica semplificata prevista dall'articolo 25 della Disciplina Antiriciclaggio e non è per costoro possibile fare affidamento, ai sensi degli articoli 29 e 32 della citata Disciplina, su soggetti residenti in tali paesi per l'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela effettuato da terzi.

Di conseguenza, quando soggetti italiani dovessero trovarsi come clienti trustee residenti in tali stati o, *rectius*, nel linguaggio della Disciplina Antiriciclaggio, trust amministrati da trustee residenti in tali stati, il tema dell'adeguata verifica del titolare effettivo del trust si porrà in tutta evidenza, frequentemente e senza possibili semplificazioni operative.

■ Il “cliente” nella Disciplina Antiriciclaggio: trust o trustee

Necessaria premessa alla ricognizione delle regole della Disciplina Antiriciclaggio relative all'individuazione del titolare effettivo di un trust è la ricognizione di quelle relative all'identificazione del cliente.

Ai sensi dell'articolo 18 della Disciplina Antiriciclaggio, “gli obblighi di adeguata verifica della clien-

tela consistono nelle seguenti attività: a) identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; b) identificare l'eventuale titolare effettivo e verificarne l'identità; c) ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale; d) svolgere un controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale”.

Si tratta, quindi, di una condotta complessa. È, tuttavia, evidente che il primo passo sia quello di identificare il cliente. Il problema del titolare effettivo è successivo.

Ai sensi dell'articolo 1, II comma, lett. e) della Disciplina Antiriciclaggio per “cliente” si intende il soggetto che instaura rapporti continuativi o compie operazioni con i destinatari indicati agli articoli 11 (intermediari finanziari) e 14 (altri soggetti esercenti attività finanziaria ed assimilate) ovvero il soggetto al quale i destinatari indicati agli articoli 12 (i professionisti) e 13 (revisori contabili) rendono una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico”.

Questa definizione orienterebbe, in un trust, verso l'identificazione del cliente nella figura del trustee. Il trust non ha una sua soggettività giuridica e l'unico “soggetto” a cui il concetto di “cliente” potrebbe, *prima facie*, apparire applicabile sarebbe il trustee.

Ma così non è. La Disciplina Antiriciclaggio compie una forzatura giuridica e considera soggetto il trust. In più di un'occasione ciò avviene. Ad esempio, nell'articolo 19, I comma, lett. b) si parificano i trust alle persone giuridiche e ai soggetti giuridici disponendo che “l'identificazione e la verifica dell'identità del titolare effettivo è effettuata contestualmente all'identificazione del cliente e impone, per le persone giuridiche, i trust e soggetti giuridici analoghi, l'adozione di misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente”. Altrettanto avviene nell'articolo 16, I comma, lett. c): “ai fini dell'obbligo di adeguata verifica della clientela, la costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi integra in ogni caso un'operazione di valore non determinabile”(3).

Nota:

(3) Unico spiraglio di maggior precisione concettuale emerge nell'Allegato tecnico, articolo 2, lett. b) dove si distinguono le “entità giuridiche”
(segue)

Questo viene confermato anche da un altro argomento. Come detto, l'articolo 19 della Disciplina Antiriciclaggio prevede l'obbligo di identificazione del titolare effettivo del trust. Questo conferma che il "cliente" debba essere identificato nel trust. Infatti, il titolare effettivo deve essere identificato con riferimento al "cliente": ai sensi dell'articolo 1, II comma, lett. u) della Disciplina Antiriciclaggio, "il "titolare effettivo" è la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente". Se occorre indagare chi siano i titolari effettivi del trust, e costoro sono le persone che "possiedono e controllano il cliente" (trust), ciò significa chiaramente che il trust sia da considerarsi il "cliente".

Da questo emerge un'evidente conseguenza. La verifica semplificata della clientela non sarà mai applicabile, nemmeno se il trustee fosse un soggetto che ne potrebbe altrimenti beneficiare in ragione dell'attività ordinaria da costui esercitata. Infatti, l'articolo 25 della Disciplina Antiriciclaggio prevede obblighi semplificati di adeguata verifica e la possibilità di evitare la verifica approfondita della clientela se "il cliente è: A) un intermediario finanziario indicato all'articolo 11, commi I e II, lettere b) e c); B) un ente creditizio o finanziario comunitario soggetto alla direttiva; C) un ente creditizio o finanziario situato in uno Stato extracomunitario, che imponga obblighi equivalenti a quelli previsti dalla direttiva e preveda il controllo del rispetto di tali obblighi". Visto che non è possibile identificare "il cliente" nel trustee, diventa irrilevante il fatto che questo sia uno dei soggetti indicati nell'articolo 25. O lo è il trust – cosa piuttosto improbabile – oppure non è possibile impiegare nei confronti dei trust la verifica semplificata della clientela, nemmeno se il trustee fosse un intermediario finanziario o bancario italiano.

In questo modo, perde assolutamente di rilevanza una possibile differenziazione tra trust con trustee astrattamente rientranti nell'articolo 25 della Disciplina Antiriciclaggio e trust con trustee che non vi possono rientrare.

Insomma, intermediari finanziari e bancari che svolgano attività di trustee non potranno mai beneficiare di una verifica semplificata in Italia, siano essi italiani, inglesi, di Jersey, svizzeri, sammarinesi, lussemburghesi, di Man, quando agiscono nella loro qualità di trustee.

I trust, inoltre, dovranno sempre subire una verifica approfondita, indipendentemente dalla residen-

za e dal tipo di trustee (bancario, finanziario o professionale) coinvolto.

■ Il titolare effettivo del trust nella Disciplina Antiriciclaggio

Ai sensi dell'articolo 1, II comma, lett. u) della Disciplina Antiriciclaggio, il "titolare effettivo" è la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente nonché la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività".

Poiché questa definizione è necessariamente vaga, la Disciplina Antiriciclaggio contiene criteri precisi per l'individuazione del titolare effettivo nei trust contenuti nell'allegato tecnico, articolo 2, lett. b), che precisano in quali casi un soggetto possa essere definito come colui che possiede e controlla il trust. Visto che, l'articolo 1, comma II, lett. u) della Disciplina Antiriciclaggio rinvia ai criteri dettati nell'allegato tecnico per l'individuazione del titolare effettivo, solo i soggetti che soddisfano tali criteri possono essere detti titolari effettivi del trust. Ciò indipendentemente dal fatto che uno possa ritenere che, su un piano metagiuridico, anche un beneficiario che non soddisfa tali criteri possa, in qualche modo, essere "soggetto che possiede o controlla il trust".

In forza dell'art. 2, comma I, lett. b) dell'allegato tecnico alla Disciplina Antiriciclaggio, il titolare effettivo si individua a seconda della fattispecie e della regola conseguente. Ai sensi di questa disposizione, nel trust per "titolare effettivo" si intende:

1. se i futuri beneficiari sono già stati determinati (di seguito, nel presente saggio, "Fattispecie A"), la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più del patrimonio del trust (di seguito, nel presente saggio, "Regola A");

2. se i beneficiari del trust non sono ancora stati determinati, ma sono determinabili mediante riferimento ad una categoria (di seguito, nel presente saggio, "Fattispecie B"), la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito il trust (di seguito, nel presente saggio, "Regola B");

Nota:

(continua nota 3)

quali "le fondazioni" e gli "istituti giuridici" quali i trust. Questa sottile differenziazione non sembra, però, sufficiente per decostruire l'idea che il trust sia costantemente trattato della Disciplina Antiriciclaggio come un "soggetto" e che sia questo – e non il trustee – ad essere individuabile come "cliente".

3. in ogni caso (di seguito, nel presente saggio, “Fattispecie C”) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano un controllo sul 25 per cento o più del patrimonio del trust (di seguito, nel presente saggio, “Regola C”).

Queste regole (di seguito, nel presente saggio, congiuntamente “Regole”) sono state emanate dal legislatore italiano, in recepimento testuale della Terza Direttiva UE, senza un grande lavoro di cesello concettuale(4). Emerge, tuttavia, chiaramente una conferma di quanto inizialmente anticipato: non tutti i beneficiari di un trust sono da considerarsi titolari effettivi dello stesso, secondo le Regole.

Si può, quindi, avere un trust che abbia beneficiari (di un trust discrezionale o beneficiari dei redditi in un trust fisso), ma i titolari effettivi del trust non sono loro, ma sono altri soggetti aventi un ruolo nel trust (guardiani, alcuni dei trustee, disponente). Poi si può avere un trust senza beneficiari (ad esempio, trust di scopo), ma con titolare effettivo (il trustee).

Gli esempi potrebbero continuare. Tutto dipende dal tipo di trust e dal modo in cui l'atto istitutivo designa i beneficiari e ne disegna la posizione giuridica.

È, quindi, a questo punto, ancora più evidente la necessità di analizzare molto attentamente le Regole per comprendere quali soggetti di un trust debbano essere identificati come suoi titolari effettivi, senza compiere semplicistiche equazioni nominalistiche che confondano beneficiario, nel linguaggio del diritto dei trust, e titolare effettivo, nel linguaggio della Disciplina Antiriciclaggio.

Un primo avvertimento generale deve essere premesso. Le Regole sono tutte e tre concorrenti. Così potrà avvenire che ad un medesimo trust siano tutte e tre applicabili, portando all'identificazione di plurimi titolari effettivi, oppure che solo alcune di esse lo siano o, ancora, che solo una di esse lo sia, portando all'identificazione di un solo titolare effettivo.

Rispetto alla Regola C, la Regola A e la Regola B hanno una fattispecie più circoscritta e quindi saranno applicabili solamente ad alcuni tipi di trust. La Regola C, invece, sarà da sola applicabile ad alcuni tipi di trust, ma più in generale anche a tutti i tipi di trust che rientrano nel campo di applicazione della Regola A e B.

In tutti i tipi di trust, i beni sono sottoposti al controllo del trustee o di un guardiano, anche se ciò avviene massimamente nei trust discrezionali ed in quello scopo. Questi trust, difatti, non hanno beneficiari individuati o individuabili per categoria, con

una posizione “vested”, o addirittura non hanno alcun beneficiario (e proprio per questo non possono rientrare nella Regola A e B). Quindi, nei trust che rientrano nel campo di applicazione della Regola A e B, il titolare effettivo sarà determinato sia applicando tali regole, che applicando la Regola C. Questa sovrapposizione può portare, in alcuni casi, alla moltiplicazione dei “titolari effettivi”.

Un secondo avvertimento generale deve essere premesso. Le Regole sono indirizzate all'individuazione del titolare effettivo del “patrimonio” del trust e non del suo reddito(5). Ciò è espressamente previsto

Note:

(4) Nello studio del Consiglio Nazionale del Notariato 6 dicembre 2007, “I decreti legislativi di attuazione della Direttiva 26 ottobre 2005 n. 2005/60/Ce (cd. III Direttiva) in materia antiriciclaggio ed antiterrorismo” si precisa che “nessun dubbio, dunque, può nascere dalla chiara lettura della norma che la figura del titolare effettivo sia da riferire non a tutti i contraenti, ma esclusivamente alle società ed alle altre entità giuridiche quali le fondazioni ed agli istituti giuridici, quali il trust, che amministrano e distribuiscono fondi. Effettuata questa prima perimetrazione dell'area applicativa del cd. “titolare effettivo”, dal dato normativo emergono dati disomogenei rispetto alla astratta acquisibilità dei dati ed informazioni relative al titolare effettivo. Invero, mentre in alcune fattispecie l'esistenza del titolare effettivo è legata ad una percentuale oggettiva di partecipazione al capitale di una società ovvero ad una percentuale di partecipazione agli utili (in senso ampio) derivanti dalla gestione di un patrimonio, in altre fattispecie il rapporto tra ente e titolare effettivo è più sfumato o di difficile percezione (si pensi alle ipotesi del titolare effettivo che è tale perché esercita il controllo sulla direzione di un'entità giuridica non mediante una qualificata partecipazione al capitale ma “in altro modo”). Le modalità di esercizio effettivo di un controllo sulla direzione di una società o di altra entità giuridica possono verosimilmente attuarsi nelle forme più diverse e l'acquisizione probatoria del rapporto interno che ipoteticamente può condizionare il controllo e la direzione di un'entità giuridica è sicuramente attività d'indagine che esula dai mezzi e dalle competenze del professionista costituendo, invece, tipica attività investigativa che può essere svolta solo da quegli organi istituzionali dotati di legittimi poteri di coercizione e di adeguate risorse di mezzi e di persone da destinare alla relativa attività di polizia giudiziaria. È questa la premessa logica che deve fare da sfondo ad un'interpretazione ragionevole e sostenibile delle disposizioni contenute nella lettera b) dell'art. 19 del decreto legislativo che non può che mettersi in relazione al generico obbligo di ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura dell'operazione. Come già detto, dal professionista non potrà pretendersi altro che una sua sollecitazione verso il cliente a fornire informazioni sulla presunta esistenza del titolare effettivo ovvero una attività diretta ad acquisire dati ed informazioni presso i pubblici registri”.

(5) Questo viene confermato anche da un altro argomento. La Disciplina Antiriciclaggio impone obblighi esclusivamente finalizzati alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario e di quello economico per finalità di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo (art. 2, IV comma). Il concetto di riciclaggio è definito dal comma I del medesimo articolo, sempre con riferimento ai beni provenienti o originanti da reato; nessun accenno è fatto ai redditi prodotti da tali beni. Infatti, deve intendersi per riciclaggio:

1. “la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni;
2. l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubi-

(segue)

nella Regola A e nella C, ed implicito nella Regola B. Questa interpretazione può essere confermata anche dal fatto che, in Inghilterra, dove le regole comunitarie in materia di antiriciclaggio sono state recepite usando un preciso lessico del diritto del trust, il termine “patrimonio” del trust è stato reso con “capital”.

Ad esempio, la Regola A è stata formulata per identificare il *beneficial owner* nel soggetto che è titolare di un (*vested*) “interest in at least 25% of the capital of the trust property”(6).

Detto questo passiamo ad un’analisi puntuale delle singole regole.

Regola A.

Questa regola si applica nella Fattispecie A di “futura beneficiari [...] già [...] determinati”. Questa determinazione deve avvenire per nome e può avvenire nell’atto istitutivo o mediante altro atto a cui quello faccia riferimento per la nomina dei beneficiari. Ad esempio, si ha un beneficiario già determinato quando l’atto istitutivo determina già il nome del beneficiario oppure prevede che il guardiano (o altro soggetto) lo individui successivamente mediante l’indicazione del suo nome e tale atto di nomina sia stato compiuto.

Ma non è tutto. Si può avere un’individuazione nominativa anche nel caso di trust discrezionale, nel quale al trustee sia rimessa la scelta del beneficiario a cui erogare il capitale in trust, all’interno di una categoria di soggetti. Infatti, ove il trustee abbia effettuato tale scelta e questa, una volta compiuta, sia irrevocabile ed attribuisca al beneficiario il diritto di ricevere una quota dei beni in trust, si avrà un’individuazione nominativa del beneficiario rilevante per la Fattispecie A. Ovviamente, prima dell’esercizio del potere del trustee, non vi sarà nessun beneficiario individuato o oggettivamente individuabile, essendo i beni sotto il controllo esclusivo del trustee e quindi non vi sarà un’individuazione rilevante ai fini della Fattispecie A.

Tuttavia, come dovrebbe essere già intuibile, l’individuazione nominativa del beneficiario non è di per se sufficiente ad integrare la Fattispecie A. Occorre che, sulla base dell’atto istitutivo, a seguito dell’individuazione nominativa del beneficiario, costui acquisisca una posizione giuridica qualificata nei confronti del capitale in trust, una posizione “vested”(7). Infatti, la Regola A prevede che devono considerarsi titolari effettivi “la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25 per cento o più

del patrimonio del trust”. È, quindi, ovvio che, per poter individuare in questo soggetto il titolare effettivo, occorre che, come conseguenza dell’individuazione, costui abbia acquisito un diritto di ricevere una quota predeterminata del capitale in trust. Altrimenti non sarebbe possibile applicare la regola in questione.

Per essere quello del beneficiario un diritto “vested”, deve essere svincolato da qualsiasi condizione sospensiva o termine iniziale o, se a questa vincolato, essa deve essersi integrata. Ad esempio, non è “vested” la posizione giudica del beneficiario che divenga tale e possa ricevere i beni in trust solo al raggiungimento della maggiore età oppure in caso di sopravvivenza ad un altro beneficiario.

Il diritto del beneficiario deve riferirsi, come già chiarito, al capitale e porta alla sua identificazione come titolare effettivo dello stesso, indipendentemente dal fatto che egli maturi un diritto a ricevere o godere del capitale in trust nel presente o nel futuro (ad esempio, un beneficiario che potrà ricevere il capitale in trust dopo che i redditi dello stesso siano stati impiegati per un determinato periodo in favore di un altro beneficiario).

Quando la posizione giuridica del beneficiario abbia queste caratteristiche e costui abbia il diritto di ricevere almeno il 25% del capitale, in lui deve essere visto il titolare effettivo del trust indipendentemente dalla circostanza che successivamente la sua posizione giuridica possa venire meno perché un soggetto (trustee, guardiano, disponente) possa escluderlo dal novero dei beneficiari o perché essa sia destinata ad esaurirsi al verificarsi di una condizione risolutiva o al trascorre di un termine finale (ad esempio, il beneficiario che abbia diritto di ricevere o go-

Note:

(continua nota 5)

cazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

3. l’acquisto, la detenzione o l’utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un’attività criminosa o da una partecipazione a tale attività;

4. la partecipazione ad uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l’associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l’esecuzione”.

(6) Financial Services Authority, Money Laundering Regulations 2007, § 6.3.

(7) Così, anche nella disciplina antiriciclaggio inglese, v. Financial Services Authority, Money Laundering Regulations 2007, § 6.3.

dere del capitale in trust, fino al compimento degli studi universitari o fintanto che permanga in condizioni di salute precarie)(8).

A questo punto è abbastanza agevole il chiarire che irrilevante per la Fattispecie A, e quindi per l'applicazione della Regola A, è la menzione nell'atto istitutivo o in altri atti del nome del beneficiario, se costui non abbia poi il diritto di pretendere una quota di capitale in trust in ragione della sua posizione giuridica, ma semplicemente l'aspettativa di essere preso in considerazione nell'esercizio della discrezionalità altrui (trustee, guardiano, disponente) oppure se il suo diritto non si riferisce al capitale in trust, ma ai redditi.

Inoltre, occorre tenere in considerazione che nella realtà dei trust ci possono essere soggetti a cui viene effettivamente attribuita una posizione giuridica, sottratta all'esercizio della discrezionalità altrui, avente ad oggetto la percezione di una quota di capitale, ma questa posizione giuridica non è "vested", essendo sottoposta a termine iniziale o condizione sospensiva. Essi, quindi, potrebbero diventare beneficiari solamente al decorrere del termine o all'avverarsi della condizione: prima non lo sono. Addirittura essi non potrebbero mai divenirlo: ad esempio, se un beneficiario di questo tipo muore prima dell'avverarsi della condizione. Nemmeno a questo tipo di beneficiario la Regola A è applicabile, in quanto la loro posizione non rientra nella Fattispecie A, mancando in loro la posizione qualificata, stabile, rivolta alla percezione di una quota rilevante di capitale del trust, che è uno dei presupposti per l'applicazione della Regola A.

Vediamo meglio, quindi, l'applicazione della Regola A ai principali tipi di trust.

a. Trust fisso, con almeno un beneficiario del capitale individuato nominalmente, la cui posizione giuridica sia un diritto di credito avente come contenuto la percezione di una quota (25%) del capitale in trust, non soggetta a condizione sospensiva o termine iniziale. Questo è l'unico tipo di beneficiario del trust che può essere considerato titolare effettivo del trust in base alla Regola A.

b. Trust fisso, con tutti i beneficiari del capitale individuati nominalmente, la cui posizione giuridica sia un diritto di credito avente come contenuto la percezione di una quota inferiore al 25% del capitale in trust, e non sia un diritto di credito soggetto a condizione sospensiva. In questo caso, sebbene la Fattispecie A sia astrattamente integrata, la regola stessa

non permette l'individuazione di un titolare effettivo, in quanto nessuno dei beneficiari individuati ha il diritto di percepire quella che è la soglia minima prevista dalla normativa per la sua individuazione come titolare effettivo.

c. Trust fisso con tutti i beneficiari del capitale individuati nominalmente, la cui posizione giuridica potrebbe ammontare ad un diritto di credito avente come contenuto la percezione di una quota (25%) del capitale in trust, ma tale posizione sia soggetta a condizione o termine sospensivo. Essendo il diritto di credito di questa categoria di beneficiari solo eventuale, e non "vested", non si può dire integrata la Fattispecie A(9), e non è applicabile la Regola A.

d. Trust discrezionale, in cui è rimessa la scelta al trustee del soggetto a cui distribuire il capitale in trust al termine finale del trust. Un trust con queste caratteristiche non rientra nel campo di applicazione della Regola A. Infatti, i beneficiari di un trust discrezionale in cui il trustee o altri possono decidere a chi attribuire il capitale e quanto attribuirne non possono rientrare nella Fattispecie A. Essi sono privi di una posizione giuridica "vested" anche se l'atto istitutivo li menziona nominalmente ed espressamente. Infatti, il fatto di essere nominati semplicemente nell'atto non significa nulla. Essi non solo non hanno un diritto "vested", ma nemmeno un diritto soggettivo. La loro è semplicemente un'aspettativa.

e. Trust fisso, con beneficiari individuati dei redditi. Si è in presenza di beneficiari che sono stati individuati per nome e che hanno un diritto di credito a percepire parte dei redditi dei beni in trust. Siccome per "patrimonio" del trust, nella Regola A, si deve intendere il capitale dello stesso, non saranno, quindi, da identificare come titolari effettivi del trust. A questo trust, la Regola A non sarà applicabile.

Note:

(8) Nel caso di un trust, precisano le "Money Laundering Regulations 2007" emesse dalla Financial Services Authority inglese, il titolare effettivo, per la categoria corrispondente a quella qui in discussione è "any individual who is entitled to a specified interest in at least 25% of the capital of the trust property" (§6.3). Si precisa poi che (§ 6.4) a "specified interest" means a vested interest which is (a) in possession or in remainder or reversion (or, in Scotland, in fee); and (b) defeasible or indefeasible".

(9) V. *supra*, nota 8. A conferma di ciò, si veda anche il § 7.8.5 della Notice MLR8, Preventing money laundering and terrorist financing emesso dalla HM Revenue and Customs, secondo cui "a "vested interest", in this context, means an interest that a person is currently entitled to, without any pre-conditions needing to be fulfilled".

f. Trust discrezionale per quanto riguarda la distribuzione del reddito. Le considerazioni per ritenere inapplicabile la Regola A a questi beneficiari sono la combinazione delle argomentazioni espresse *sub d*) e *sub e*). La Regola A non si applica perché si è fuori della fattispecie e perché, anche se la si applicasse, comunque non si arriverebbe all'individuazione di un titolare effettivo.

Regola B.

Questa regola si applica nella Fattispecie B in cui le persone beneficiarie del trust "non sono ancora state [...] determinate".

Non è questa una fattispecie ed una regola generale, applicabile in via residuale in tutti i casi in cui la Regola A non trova applicazione. La Fattispecie B è chiaramente un semplice complemento della Fattispecie A(10) e, come questa, presuppone che il diritto "vested" a percepire il capitale in trust sia attribuito, ma che lo sia alla categoria "collettivamente" e non a soggetti identificati individualmente e specificatamente. In altre parole, può dirsi "vested" la posizione giuridica della categoria, non quella dei singoli soggetti che potrebbero appartenervi. Valgono, quindi, per la categoria i ragionamenti fatti a proposito della Regola A, per quanto riguarda i singoli individui. Non rientreranno, allora, nel campo di applicazione di questa regola i trust in cui è rimessa ad un soggetto (trustee, guardiano o altro soggetto) la possibilità di scegliere a quale, tra le diverse categorie, attribuire i beni in trust oppure quei trust in cui la posizione della categoria è soggetta a termine iniziale o condizione sospensiva.

In altre parole, la Fattispecie B presuppone che non siano stati indicati per nome i beneficiari del (capitale del) trust, ma individuati mediante la definizione degli elementi di una categoria. Quindi, questa Fattispecie presuppone un atto istruttivo nel quale si prevede che i beni in trust vadano, con quote determinate o determinabili, ai componenti di una categoria e si dettano i requisiti oggettivi necessari per appartenere a questa categoria(11).

Che così debba essere si deduce anche dal testo della Regola B, secondo la quale, in caso di sua applicabilità, dovrà considerarsi titolare effettivo "la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito il trust", ovvero la categoria di soggetti a cui è destinato il capitale in trust. È quindi evidente che, se la Regola B presuppone l'identificazione di una categoria come titolare effettivo, la sua fattispecie presuppone atti istitutivi di trust ove l'identificazione

dei beneficiari avvenga mediante ricorso ai criteri di definizione di una categoria.

Le categorie possono essere aperte o chiuse. Queste ultime si esprimono mediante una lista di nomi o un evento passato (ad esempio, "i diplomati al conservatorio nell'anno 1990" oppure "gli investitori che abbiano fornito mezzi finanziari al trustee entro il termine indicato nell'atto istitutivo"). Non si applica la Regola B alle categorie chiuse di beneficiari, nelle quali il novero dei soggetti che vi possono rientrare è ormai determinato. Infatti, se la categoria è chiusa ed i membri hanno un diritto "quesito", si applica il criterio di identificazione del titolare effettivo previsto al n. 1). La Regola B non si applica nemmeno a quei beneficiari che ormai siano entrati a far parte della categoria e non ne possano uscire, anche

Note:

(10) Differente scelta è stata fatta nella normativa antiriciclaggio inglese, dove di questa regola si è voluto espressamente fare una regola di applicazione generale e non un semplice complemento della Regola A. Infatti, nelle "Money Laundering Regulations 2007" emesse dalla Financial Services Authority inglese, si prevede il ricorso al criterio di identificazione mediante la classe per "ogni trust diverso da quelli che sono istituiti o operano interamente per beneficiari che hanno una posizione giuridica tale da farli considerare titolari effettivi secondo (l'equivalente della Regola A)", ovvero "any trust other than one which is set up or operates entirely for the benefit of individuals falling within sub-paragraph (A)". Mentre la norma italiana indica la regola del ricorso all'identificazione mediante il rinvio alla classe di soggetti nel cui interesse principale il trust è istituito nel caso in cui esista un'identificazione dei beneficiari mediante il ricorso a criteri oggettivi di composizione di una categoria e sia previsto che ai componenti della categoria debba essere attribuito il capitale in trust ("se le persone che beneficiano del [trust] non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituita o agisce [il trust]"). La norma italiana è l'esatto calco della previsione dell'art. 6, III comma, lett. B), n. II) Direttiva 2005/60/CE ("se le persone che beneficiano dell'istituto giuridico o dell'entità giuridica non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce l'istituto giuridico o l'entità giuridica"). La norma inglese, invece, rappresenta un'estensione nazionale del campo di applicazione della regola comunitaria. Quindi, nessun giovamento, ai fini del chiarimento della portata della norma italiana, può procurare direttamente l'analisi della posizione inglese sulla regola corrispondente. Tuttavia, l'esigenza sentita dalla normativa inglese di modificare il dettato della norma comunitaria per estenderlo a tutti i trust conferma indirettamente che il testo della normativa comunitaria (e del suo calco italiano nella Regola A) non avrebbe permesso e non permetterebbe di applicare il criterio del ricorso alla classe o categoria come criterio generale di identificazione del titolare effettivo per tutti i trust che non rientrino nel campo di applicazione della Regola A).

(11) Questa regola, quindi, si applica nel caso in cui i beneficiari del (capitale in) trust non siano ancora stati determinati, ma siano presenti nell'atto istitutivo criteri tali da renderli determinabili oggettivamente e ad essi è previsto vada il capitale del trust, in una quota determinata o determinabile oggettivamente. Quindi, presupposto per l'applicazione di questa regola è che, sebbene non siano ancora individuati i soggetti facenti parte della categoria, i beneficiari siano individuabili, ma senza intervento dell'arbitrio di terzi (in quanto, in questo caso, i beni in trust sarebbero esclusivamente sotto il controllo di tali terzi e diverrebbe applicabile esclusivamente la Regola C, che presuppone solo questo controllo).

se la categoria non è chiusa. Questi sono ormai beneficiari determinati, anche se il *quantum* a loro spettante potrebbe variare in ragione dell'ingresso di altri elementi nella categoria. Ad essi, quindi, si potrebbe eventualmente applicare la Regola A, se la posizione giuridica di cui sono titolari in quel momento gli rendesse disponibile almeno il 25% del capitale in trust.

Occorre tenere, infine, ben presente che nella Fattispecie B non ricadono i trust nei quali è rimesso al trustee o ad altro soggetto il potere di individuare il beneficiario o i beneficiari, all'interno di una classe dai contorni predefiniti dal disponente. In questo caso, come vedremo, si è di fronte ad un trust che rientra esclusivamente nel campo di applicazione della Regola C, perché il maturare del diritto ad ottenere una quota del capitale in trust non deriva dall'appartenenza alla classe dei beneficiari sulla base di criteri oggettivi, ma da scelte discrezionali di un soggetto. Il capitale in trust è nell'esclusivo controllo di tale soggetto, senza che nessun beneficiario possa vantare diritto alcuno alla sua percezione.

Secondo la Regola B dovrà considerarsi titolare effettivo, ai sensi della normativa antiriciclaggio, "la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito il trust", ovvero la categoria alla quale è destinato il capitale in trust.

La descrizione della categoria deve avvenire come i "figli ed i nipoti del disponente", la "famiglia di B" o "i poveri della città di Roma", ad esempio⁽¹²⁾. Non occorre un'identificazione per nome dei singoli componenti questa categoria⁽¹³⁾, anche qualora questi fossero identificati. D'altra parte, anche da un punto di vista linguistico occorre ricordare che una "categoria" di soggetti è una cosa diversa da una "pluralità" di soggetti. Infatti, il concetto di categoria richiede la predefinitività di criteri logici che permettano di comprendere se un soggetto ha i requisiti per rientrare, appunto, nella categoria. Solo se l'atto di trust li contenga si potrà parlare di categoria di soggetti, ai fini dell'applicazione di tale norma. Se invece, l'atto si limitasse ad identificare più soggetti, nominalmente, come beneficiari del trust non si sarebbe in presenza di una "categoria".

Qualora l'atto istitutivo preveda diverse possibili categorie di beneficiari che possano ricevere il capitale in trust, a seconda del verificarsi di eventi specifici, sarà da considerarsi titolare effettivo la categoria che ha maggior probabilità di ricevere il capitale in trust.

In caso di concorso tra le diverse categorie di beneficiari nella ripartizione del capitale in trust, dovrà essere indicato come titolare effettivo la categoria di beneficiari che ha diritto di ricevere la maggior quota dello stesso.

Vediamo meglio, quindi, l'applicazione della Regola B ai principali tipi di trust.

a. Trust con beneficiari del capitale in trust individuati con riferimento agli elementi costitutivi di una categoria, la posizione giuridica dei quali è ormai divenuta un diritto di credito avente come contenuto la percezione di una quota del capitale in trust ed è un diritto non soggetto a condizione sospensiva. Questa è una categoria di beneficiari del trust che non possono essere considerati titolari effettivi del trust in base alla Regola B, ma rientrano nella Fattispecie A. Per rientrare nella Fattispecie B, il diritto del beneficiario non deve essere un diritto "vested", come, invece, richiesto dalla Fattispecie A. Ad esempio, non rientra nella Fattispecie B il caso di un trust in cui i beneficiari del capitale in trust siano i "figli di Tizio che abbiano raggiunto la maggiore età". In questo caso, i beneficiari sono determinati, in quanto la loro posizione è "vested". Sebbene individuati per classe nell'atto istitutivo, essi sono ormai esattamente ed oggettivamente individuati nella dinamica della vita del trust. Quindi, il fatto che siano stati inizialmente individuati come classe non ha nessuna implicazione per l'applicazione della Regola B. Essi ormai sono "determinati", come richiesto dalla Fattispecie A ed ad essi si applica la Regola A. Se Tizio, invece di essere morto, fosse ancora in vita ed in grado di procreare, la questione non cambierebbe. Il fatto che la classe si possa arricchire e che altri beneficiari determinati si possano aggiungere non pregiudicherebbe la stabilità della posizione di coloro che ne sono entrati a far parte, ma può solo farne variare il *quantum* di loro spettanza e farli eventual-

Note:

(12) Secondo il § 7.8.5 della Notice MLR8, Preventing money laundering and terrorist financing, emesso dalla HM Revenue and Customs, in questi casi "the class should be described, e.g. 'A's children and grandchildren' or 'B's family' or 'poor and homeless persons in Greater London'".

(13) Considerando n. 9 della Direttiva 2005/60/CE: "Nei casi in cui i singoli beneficiari di un'entità giuridica quale una fondazione o di un istituto giuridico quale un trust debbano ancora essere determinati e sia pertanto impossibile identificare un singolo quale titolare effettivo, sarebbe sufficiente identificare la categoria di persone intese quali beneficiarie della fondazione o del trust. Questa prescrizione non comporterebbe l'identificazione dei singoli all'interno di tale categoria di persone".

mente scendere al di sotto della soglia (25%) di rilevanza della Regola A. Eventuali variazioni di questo tipo saranno poi comunicate in attuazione delle *due diligence* periodiche che il contraente del trustee è tenuto a fare secondo la Disciplina Antiriciclaggio.

b. Trust con beneficiari del capitale in trust, individuati con riferimento agli elementi costitutivi di una classe, la posizione giuridica dei quali in concreto non è ancora divenuta un diritto di credito avente come contenuto la percezione di una quota del capitale in trust, in quanto è ancora pendente una condizione o un termine a cui questo divenire è collegato. Questa è una categoria di beneficiari del trust che possono essere considerati titolari effettivi del trust in base alla Regola B. Per rientrare nella Fattispecie B, infatti, la posizione giuridica dei beneficiari, individuati nell'atto costitutivo mediante riferimento agli elementi costitutivi di una categoria, deve essere ancora potenziale e non "vested". Ad esempio, lo è la posizione giudica di quel figlio di Tizio che è ancora minorenne, di fronte ad un atto istitutivo che prevede che il capitale in trust sarà destinato ai figli di Tizio che raggiungano la maggiore età.

c. Trust discrezionale con beneficiari del capitale in trust individuati con riferimento agli elementi costitutivi di una categoria, tra i quali il trustee (o altro soggetto) possa determinare a chi e quanto distribuire del capitale il trust. Un trust con queste caratteristiche non rientra nel campo di applicazione della Regola B. Infatti, i beneficiari di un trust discrezionale in cui il trustee ha il potere di decidere a chi attribuire il capitale e quanto attribuirne non rientrano nella Fattispecie B, anche se l'atto istitutivo menziona espressamente il fatto che tale scelta debba essere fatta all'interno di una categoria di soggetti individuata dal disponente. Per rientrare nel campo di applicazione della Regola B, occorre che il divenire o meno beneficiario individuato non dipenda da una scelta discrezionale di un qualche soggetto (in questo caso, i beni, infatti, sarebbero sotto il "controllo" di tale soggetto ed andrebbe applicata la Regola C, come vedremo). Infatti, il fatto che l'atto istitutivo faccia riferimento ad una classe non è di per se sufficiente per l'integrazione della Fattispecie B. Essa, essendo una coordinata della Regola A, richiede non la determinatezza dei beneficiari, ma la determinabilità secondo le regole oggettive previste dall'atto istitutivo.

d. Trust con beneficiari dei redditi, individuati con riferimento agli elementi costitutivi di una cate-

goria. Si è in presenza di un atto istitutivo che individua i beneficiari con riferimento agli elementi costitutivi di una categoria ed attribuisce ai beneficiari il diritto di percepire parte dei redditi dei beni in trust. Come per la Fattispecie A, la Fattispecie B presuppone il collegamento tra la posizione giuridica dei beneficiari in questione ed il capitale in trust. Mancando questa nel caso di specie, non sarà applicabile la Regola B.

e. Trust discrezionale con beneficiari dei redditi, individuati mediante riferimento agli elementi costitutivi di una categoria, ed attribuzione al trustee del potere di determinare in favore di chi impiegare i redditi dei beni in trust ed in che quota. Le considerazioni per ritenere inapplicabile la Regola B a questi beneficiari sono la combinazione delle argomentazioni espresse sopra.

Regola C.

Sulla base del criterio indicato dalla Regola C sarà titolare effettivo il trustee, ma potrà anche esserlo il guardiano o il disponente, se costoro hanno poteri di veto o di indirizzo con riferimento alle azioni del trustee.

Al contrario della Regola A e della Regola B, tale regola non ha una fattispecie costruita in modo da restringerne il campo di applicazione. Essa, quindi, è di applicazione generale. Questo criterio si applica ai trust di scopo, che sono privi di beneficiari in senso giuridico, legittimati ad agire nei confronti del trustee per l'adempimento del trust, ed ai trust discrezionali, nei quali il disponente ha conferito ad un soggetto (ad esempio, trustee o guardiano) il potere di scegliere a quale beneficiario erogare il capitale in trust e quanto erogarne. Essa, però, si applica anche ai trust che ricadono nel campo di applicazione della Regola A o B. Infatti, indipendentemente dal fatto che ci sia un titolare effettivo identificato secondo queste, in ogni caso ci sarà un trustee o un guardiano che controlla il capitale in trust durante la vita del trust.

Per controllo si intende un potere che sia esercitabile congiuntamente o disgiuntamente, con o senza previo consenso di un altro soggetto. Tale controllo può derivare dall'atto istitutivo del trust o dalla legge e consiste nel potere di mutare, amministrare, investire, lasciar godere, gestire, erogare, impiegare, disporre dei beni in trust e di indirizzare l'esercizio di questi poteri o di esercitare un veto al loro esercizio.

Non può, però, dirsi che un trustee eserciti un controllo rilevante ai sensi della Regola C, in quan-

to titolare del potere di mutuare, amministrare, investire, lasciar godere, gestire, erogare, impiegare, disporre dei beni in trust, se l'esercizio di questi poteri è condizionato ad un veto o consenso di un altro soggetto. Sarà, infatti, quest'ultimo ad essere individuabile come titolare effettivo e non il trustee, secondo la Regola C.

■ Il titolare effettivo in caso di beneficiari, trustee e guardiani persone giuridiche

Una questione rimane da affrontare: cosa avviene quando l'applicazione delle regole di cui sopra porta all'individuazione di un soggetto che non sia una persona fisica. Ad esempio, beneficiario del capitale in trust è il trustee di un altro trust o una società o una fondazione oppure il trustee di un trust è una società?

Le risposte potrebbero essere due: o la regola risulta inapplicabile oppure occorre individuare il titolare effettivo di tale società o ente, secondo le regole previste per questi dalla Disciplina Antiriciclaggio. Questa seconda scelta potrebbe apparire la più sensata da un punto di vista logico. Tuttavia necessita di un percorso giuridico articolato per giungere ad una soluzione positiva.

La Disciplina Antiriciclaggio in tema di trust non contiene una regola espressa che permetta di superare il velo di enti e società che controllano o possiedono il trust, al contrario di ciò che dispone per le società. Per queste, con riferimento al titolare effettivo del diritto di voto, l'allegato tecnico prevede che sia la persona fisica che "in ultima istanza" lo eserciti, direttamente o indirettamente, per il tramite del controllo della società in cima alla catena societaria. Una regola analoga non è prevista per il trust. Unico appiglio per generarla, in via interpretativa, potrebbe essere il riferimento al concetto di "titolare effettivo" come "la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente" (Art. 1, II comma, lett. u) della Disciplina Antiriciclaggio). Tuttavia, occorre ricordare che questa disposizione non è precettiva, ma contiene una definizione stipulativa, risultando una parentesi linguistica che serve a rinviare a quelle che sono le vere e proprie regole di identificazione del titolare effettivo previste nell'allegato tecnico, articolo 2, lett. b), le quali dettano in quali casi un soggetto possa essere detto colui che possiede e controlla il trust. È quindi evidente che, se l'espressione "in ultima istanza" contenuta nell'arti-

colo 1, comma II, lett. u) non è contenuta in una regola vera e propria, non possa fungere da parametro per la generazione analogica, in via di semplice interpretazione, di una regola per il trust. Quindi, occorre concludere per l'inapplicabilità di una delle Regole previste per l'identificazione del titolare effettivo di un trust quando la loro applicazione porti all'individuazione, in prima battuta, di un ente o società diversa da una persona fisica, per giungere al superamento di tale ente o società. Per giungere a questo risultato – certamente più conforme a logica – occorrerebbe un intervento sulla disciplina, primaria o secondaria.

■ Conclusioni

Giunti al termine di questo percorso nell'applicazione della Disciplina Antiriciclaggio al trust, non si può che concordare con le affermazioni della Law Society inglese, che consiglia di avvalersi dell'opinione di uno specialista di trust per non compiere improprie valutazioni.

È, infatti, evidente che il problema dell'individuazione del titolare effettivo non sia un problema semplice. Sarebbe ingiustificabile adottare metodi e ragionamenti semplicistici.

Il percorso svolto ha, infine, permesso di comprendere che anche questa volta il legislatore, nel disciplinare il trust, non è stato particolarmente diligente, mancando di comprendere i meccanismi dello stesso, e è giunto ad adottare tecniche legislative che non producono risultati conformi a logica e, forse, alle stesse intenzioni del legislatore.

Italia – Corte di Cassazione

Insolvenza del debitore, *final sequestration* e dichiarazione di fallimento

Insolvenza del debitore – diritto sudafricano – spossessamento dei beni – trustee – “final sequestration” – sequestro conservativo

Il provvedimento di *final sequestration* dei beni del debitore insolvente, previsto dall'art. 12, dell'Insolvency Act della Repubblica del Sudafrica, differisce dal provvedimento di sequestro conservativo dell'ordinamento italiano, potendo più propriamente essere assimilato alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, in quanto presuppone l'insolvenza del debitore e comporta, per lui, lo spossessamento in via definitiva, e non cautelare, di tutti i suoi beni, affidati ad un trustee nell'interesse della massa dei creditori.

■ **Corte di Cassazione, Proto V., Pres., De Chiara C., Cons. Rel., Panebianco U.R., Nappi A., Panzani L., Conss., 1° luglio 2007, n. 16991 [K.H. c. V.A.M.G.]**

TESTO DELLA SENTENZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con citazione del 24 maggio 2004 il sig. K.H., nella qualità di amministratore fiduciario (trustee), nominato dall'autorità giudiziaria sudafricana, del patrimonio del debitore insolvente sig. V.A.M.G., conveniva quest'ultimo davanti alla Corte di appello di Roma per sentir dichiarare esecutivo in Italia, ai sensi della L. 31 maggio 1995, n. 218, artt. 64 e 67, il provvedimento emesso dall'Alta Corte della Repubblica del Sudafrica in data 5 marzo 2002, con il quale erano stati posti in sequestro definitivo, e dunque definitivamente espropriati, i beni ovunque ubicati di proprietà del convenuto. Quest'ultimo resisteva in giudizio, e la Corte di appello dichiarava inammissibile la domanda, con condanna dell'attore alle spese di lite, osservando:

che il modello del trust adottato in Sudafrica è compatibile con l'ordinamento italiano, corrispondendo l'incarico di amministrazione fiduciaria a quello di “custode nelle procedure concorsuali italiane”;

che tuttavia nella specie il provvedimento straniero di sequestro non indicava “né i beni specifici da aggredire

(anche al fine di individuare la competenza di questa Corte a provvedere ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 67, comma 1)”, né l'entità dei crediti da soddisfare;

che, poiché, a norma della L. cit., art. 67, comma 2, il provvedimento cautelare straniero di cui era chiesto il riconoscimento, sostanzialmente equiparabile ad un sequestro conservativo, costituiva “titolo per l'attuazione e per l'esecuzione forzata”, la Corte doveva “verificare e sindacare i presupposti per l'eseguibilità in Italia” del medesimo;

che, invero, come evidenziato dal convenuto, qualora fosse stata riconosciuta l'esecutività del provvedimento, la genericità della sua formulazione non avrebbe “permesso all'esecutato di conoscere la quantità/qualità dell'adempimento liberatorio e satisfattivo delle ragioni creditorie, autorizzando invece una disponibilità/esecuzione su tutti i beni del convenuto”;

che, pertanto, “avendo l'attore richiesto non solo il riconoscimento ma anche l'attuazione in Italia” del provvedimento, “non sembra dubitabile che, per il suo contenuto, detto provvedimento non può essere azionato nel ter-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dalla banca dati “La legge plus”, IPSOA.

ritorio nazionale e, quindi, vi è una palese carenza di interesse ad agire del K.”.

Il sig. K. ricorre quindi per cassazione sulla base di cinque motivi. L'intimato sig. V. ha depositato “atto di costituzione” con allegato atto di nomina di un difensore rogato presso il consolato d'Italia a (...), in virtù del quale il predetto difensore ha partecipato alla discussione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione e falsa applicazione delle norme in materia di interesse ad agire ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 67, nonché vizio di motivazione. Il ricorrente sostiene che non poteva disconoscersi il suo interesse concreto ed attuale a chiedere la declaratoria di esecutività in Italia del menzionato provvedimento del giudice sudafricano del 5 marzo 2002, dato che aveva prodotto alla Corte di appello l'autorizzazione, rilasciatagli dall'Alta Corte sudafricana il 16 luglio 2002, ad agire “per sequestrare ed espropriare qualsiasi proprietà di V.A.M.G. che si trova a Roma” (oltre che a sequestrare ed espropriare qualsiasi conto bancario posseduto dal medesimo), e l'interesse ad esercitare l'azione di cui alla L. n. 218 del 1995, art. 67, può essere desunto da qualsiasi elemento o documento acquisito al processo, e non solo dal delibando provvedimento straniero.

2. - Con il secondo motivo si denuncia violazione di norme di diritto per l'omessa menzione, nella sentenza impugnata, dello specifico requisito di cui alla L. n. 218 del 1995, art. 64, che si assume non soddisfatto, nonché per lesione dei diritti di difesa di cui all'art. 24 Cost.. Premesso che il giudizio di cui alla L. cit., art. 67, si conclude con una sentenza di mero accertamento dei requisiti per il riconoscimento della sentenza straniera tassativamente stabiliti dall'art. 64, il ricorrente lamenta che la Corte di appello abbia dichiarato inammissibile la sua domanda senza chiarire quale dei predetti requisiti non fosse soddisfatto.

3. - Con il terzo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto per il diniego di riconoscimento sulla base di un requisito non previsto dalla L. cit., art. 64. Il ricorrente, ribadito il carattere tassativo dei requisiti del riconoscimento della sentenza straniera previsti dall'art. 64, lamenta che la Corte di appello abbia subordinato l'accoglimento della domanda di riconoscimento ad un requisito non previsto da tale norma, ossia l'assimilazione della sentenza straniera ad un equivalente provvedimento contemplato dall'ordinamento italiano, ed abbia, di conseguenza, illegittimamente preteso che il provvedimento straniero contenesse caratteristiche proprie del sequestro conservativo ai sensi dell'art. 671 c.p.c., (peral-

tro erroneamente assimilando i due tipi di provvedimento, secondo quanto illustrato nel motivo successivo), quali l'individuazione specifica dei beni da aggredire e l'entità dei crediti da soddisfare.

4. - Con il quarto motivo si denuncia violazione e falsa applicazione di norme di diritto, per erronea qualificazione giuridica e travisamento della natura e del contenuto del provvedimento straniero oggetto di riconoscimento, nonché vizio di motivazione. Il ricorrente nega che il provvedimento dell'autorità giudiziaria sudafricana, di cui è chiesta la delibazione, sia assimilabile al sequestro conservativo del diritto italiano, essendo, invece, un provvedimento di definitiva espropriazione e confisca dei beni del debitore insolvente, equiparabile, semmai, alla dichiarazione di fallimento nell'ordinamento italiano, come si ricava dal disposto dell'art. 8, art. 10, lett. c), art. 11, n. 1, art. 12, n. 2, art. 18, e art. 20, comma 1, lett. a), b) e c), art. 22, e art. 23, n. 2, dell'Insolvency Act sudafricano. Aggiunge che la Corte di appello ha, contraddittoriamente, prima assimilato l'incarico di amministratore fiduciario secondo il diritto sudafricano a quello di “custode” nelle procedure concorsuali italiane, e poi sostenuto la natura cautelare del provvedimento con cui viene conferito il medesimo incarico, peraltro non considerando che, se effettivamente si trattasse di provvedimento cautelare, esso non sarebbe riconoscibile per mancanza del requisito della definitività, non certo di altri requisiti propri del provvedimento italiano di sequestro.

5. - Detti motivi (ciascuno dei quali si conclude con un quesito di diritto - ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., introdotto dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, art. 6, - coerente con la sua illustrazione) possono essere esaminati congiuntamente, data la loro connessione.

5.1. - Giova premettere che, come chiarito anche dalle Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza 23 ottobre 2006, n. 22663, nel procedimento di cui alla L. n. 218 del 1995, art. 67, l'accertamento del Giudice ha natura puramente dichiarativa (non costitutiva), risolvendosi nel mero accertamento della sussistenza dei requisiti prescritti perché l'atto straniero possa esplicare i propri effetti in Italia, e la corte di appello adita per la delibazione deve limitarsi ad accertare l'esistenza di tali requisiti, indicati (per le sentenze) dall'art. 64, non potendo procedere né ad una nuova statuizione sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio dinanzi al giudice straniero, né ad accertamenti o statuizioni su questioni estranee al mero accertamento di quei requisiti. Le Sezioni Unite hanno altresì chiarito che anche la presenza in Italia di beni da sottoporre ad esecuzione forzata, e la conseguente possibilità o meno di procedere a tale esecuzione in base al provvedimento straniero-

ro, è questione che esula dall'ambito degli accertamenti demandati al giudice della delibazione: sia sotto il profilo dell'interesse ad agire, dato che la norma richiede soltanto che, non essendo stata data attuazione alla sentenza, si renda necessario procedere all'esecuzione, essendo irrilevante in questa sede se potrà soddisfarsi il credito esecutivamente; sia sotto il profilo della determinazione della competenza territoriale, dato che questa va individuata con il criterio del luogo di attuazione e, se tale criterio non sia utilizzabile (ad esempio perché l'attore, pur indicando che intende porre in esecuzione la sentenza, non indica dove si trovino i beni che dovrebbero formarne oggetto), vengono in rilievo le ordinarie regole sulla competenza territoriale.

A completamento delle predette considerazioni può aggiungersi, sul tema dell'interesse ad agire nell'azione di accertamento ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 67, che la relativa questione va affrontata tenendo presenti i principi elaborati in tema di interesse ad agire nelle azioni di mero accertamento in genere, e dunque verificando se dall'accertamento richiesto al giudice derivi per l'attore una utilità giuridicamente apprezzabile.

Ebbene, tra i presupposti dell'azione l'art. 67, cit., comma 1, menziona, in via alternativa, oltre alla necessità di "procedere ad esecuzione forzata", anche la "mancata ottemperanza" o la "contestazione del riconoscimento della sentenza straniera". E anche la mera inottemperanza al diritto (ossia la sua violazione) o la sua contestazione costituiscono, appunto, situazioni in cui, pacificamente, si è sempre ritenuto sussistere l'interesse ad agire del titolare del diritto violato o contestato, in relazione alla utilità che gli reca già la sola eliminazione della situazione di obbiettiva incertezza. Sicché la questione dell'interesse ad agire per il riconoscimento del provvedimento straniero ai sensi dell'art. 67, cit., si risolve nell'accertamento della sussistenza anche di uno soltanto dei tre presupposti indicati dalla norma (inottemperanza, contestazione o necessità dell'esecuzione forzata), ciascuno dei quali è in sé sufficiente a configurare il requisito di cui all'art. 100 c.p.c., senza necessità di ulteriori verifiche non richieste dalla legge.

5.2. - Nella specie, la Corte di appello, sulla base della ritenuta assimilazione del delibando provvedimento del giudice straniero a un sequestro conservativo ai sensi dell'art. 671 c.p.c., italiano, ha affermato che il provvedimento straniero, non contenendo l'indicazione dei beni sequestrati e dell'entità del credito, mancava "dei presupposti per l'eseguibilità in Italia" e non poteva essere "azionato nel territorio nazionale", onde difettava nell'attore l'interesse ad agire per il suo riconoscimento.

Le ragioni per cui dalla mancata indicazione dei beni e dell'entità del credito nel provvedimento deriverebbe la ineseguibilità o la "non azionabilità" del medesimo e, con essa, il difetto di interesse ad agire dell'attore non sono spiegate nella sentenza, né sono, invero, di intuitiva evidenza. Certo è, però, che il ragionamento della Corte di appello è errato sia nella sua premessa che nella sua conclusione.

È errato nella premessa - ossia l'assimilazione del provvedimento di "final sequestration" dei beni del debitore insolvente, previsto dall'Insolvency Act della Repubblica del Sudafrica (art. 12), all'istituto cautelare italiano del sequestro conservativo - perché detto provvedimento, che presuppone l'insolvenza del debitore, è distinto e successivo a quello di sequestro provvisorio ("provisional sequestration" di cui all'art. 10), è emesso - a differenza del precedente - all'esito di un'udienza davanti al Giudice con la partecipazione del debitore (art. 11) e comporta, per quest'ultimo, lo spossessamento in via definitiva di tutti i suoi beni, affidati ad un trustee nell'interesse della massa dei creditori (ed è pertanto assimilabile, semmai, alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore nell'ordinamento italiano, come sostiene il ricorrente). Ciò si ricava inequivocamente dall'esame dell'Insolvency Act: in particolare dai richiamati artt.: art. 10 (nella traduzione italiana prodotta dal ricorrente: "Sequestro provvisorio. - Se la corte nei confronti della quale è stata presentata domanda di sequestro del patrimonio di un debitore è dell'opinione prima facie che (a) il creditore richiedente ha avanzato una pretesa nei confronti del debitore come menzionato nel sub paragrafo (1) dell'art. 9; e (b) il debitore ha commesso un atto di insolvenza o è insolvente; e (c) c'è motivo per credere che sarà nel vantaggio dei creditori del debitore se il suo patrimonio venga sottoposto a sequestro, può emettere un ordine che sottopone a sequestro provvisoriamente il patrimonio del debitore.") e art. 12 ("Sequestro definitivo o rigetto della richiesta di sequestro. - (1) Se all'udienza in base alla suddetta norma la corte si convince che (a) il creditore richiedente ha avanzato nei confronti del debitore una pretesa come previsto nel sub paragrafo (1) dell'art. 9; e (b) il debitore ha commesso un atto di insolvenza o è insolvente; e (c) c'è ragione per credere che sarà nel vantaggio dei creditori del debitore se il suo patrimonio venga sequestrato, essa può sequestrare il patrimonio del debitore..."), nonché art. 18 ("Nomina di un trustee provvisorio da parte del Master. - (1) Appena un patrimonio è sottoposto a sequestro (sia provvisoriamente che definitivamente)(...) il Master può nominare un trustee provvisorio per il patrimonio in questione che dovrà dare garanzia per la soddisfazione del Master per la corretta ese-

cuzione dei suoi doveri come trustee provvisorio e deve mantenere la carica sino alla nomina del trustee (...)” (che verrà scelto successivamente dai creditori: n.d.r.)) e art. 20 (“Effetto del sequestro sul patrimonio dell’insolvente. - (1) L’effetto del sequestro di un patrimonio di un insolvente deve essere (a) spogliare l’insolvente del suo patrimonio e affidarlo al Master fino a che non venga nominato un trustee e, alla nomina di un trustee, assegnare il patrimonio a lui (...”). Il ragionamento della Corte di appello è, poi, errato nella conclusione - la negazione, cioè, dell’interesse ad agire del sig. K. - in quanto essa non è basata sulla esclusiva verifica dei presupposti, sopra richiamati, previsti dalla L. n. 218 del 1995, art. 67, comma 1, ma su altre considerazioni invero non chiare, come si è visto, e comunque non rilevanti.

5.3. - Ciò comporta l’accoglimento del quarto e del primo motivo di ricorso, che censurano la sentenza impugnata sotto i due profili considerati, rispettivamente, della qualificazione del provvedimento straniero da delibare e della sussistenza dell’interesse ad agire.

5.4. - Il secondo ed il terzo motivo sono invece inammissibili, perché non corrispondono alla ratio decidendi della sentenza. Essi, infatti, presuppongono che la Corte di appello abbia statuito nel merito della domanda di riconoscimento, escludendolo per ragioni non precisate (secondo motivo) o comunque non contemplate dalla L. n. 218, art. 64 (terzo motivo); invece la statuizione della Corte non è di merito, ma di inammissibilità della domanda per difetto di interesse ad agire.

6. - L’accoglimento del primo e del quarto motivo di ricorso, comportando la cassazione con rinvio (come meglio si vedrà appresso) della sentenza impugnata, assorbe il quinto motivo di ricorso, relativo al capo accessorio delle spese processuali.

7. - Non è possibile decidere la causa nel merito ai sensi dell’art. 384 c.p.c., comma 2 (nel testo modificato dal D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 12), come richiesto dal ricorrente, ed è invece necessario disporre il giudizio di rinvio, perché nella sentenza impugnata - che, come si è visto, si limita a statuire l’inammissibilità della domanda per difetto dell’interesse ad agire - mancano del tutto gli accertamenti in fatto necessari per la verifica della sussistenza in concreto dei requisiti del riconoscimento previsti dalla L. n. 218 del 1995, art. 64.

Il Giudice di rinvio, indicato in dispositivo, si atterrà ai seguenti principi di diritto:

il provvedimento di final sequestration dei beni del debitore insolvente, previsto dall’art. 12, dell’Insolvency Act della Repubblica del Sudafrica, differisce dal provvedimento di sequestro conservativo dell’ordinamento italia-

no, presupponendo l’insolvenza del debitore e comportando, per lui, lo spossessamento in via definitiva, e non cautelare, di tutti i suoi beni, affidati ad un trustee nell’interesse della massa dei creditori;

l’interesse ad agire per l’accertamento dei requisiti del riconoscimento di sentenza straniera, ai sensi della L. n. 218 del 1995, art. 67, sussiste tutte le volte in cui, in concreto, ricorra almeno uno dei presupposti di cui al comma 1 di tale norma, e cioè la mancata ottemperanza alla sentenza straniera, o la contestazione del suo riconoscimento, o la necessità di procedere ad esecuzione forzata.

Al Giudice di rinvio è rimessa anche la decisione sulle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte di appello di Roma in diversa composizione.

Italia – Tribunale di Milano

Trust liquidatorio nullo e sequestro giudiziario

Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – nullità – beni aziendali – sequestro giudiziario – requisito del “fumus boni iuris” – requisito del “periculum in mora” – sussistenza

Può essere concesso il sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ., con conseguente nomina di un custode giudiziario, sui beni aziendali vincolati da una società in stato di insolvenza in un trust liquidatorio a favore dei creditori, dovendosi ritenere sussistenti tanto il requisito del *fumus boni iuris* (attesa la nullità del trust stesso in quanto volto a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali) sia del *periculum in mora* (attesa la concreta ed effettiva possibilità che siffatti beni vengano dimessi o liquidati dal trustee, anche stante la natura liquidatoria propria del trust istituito).

■ **Tribunale di Milano, Sezione VIII civile, A. Mambriani, 17 luglio 2009 [Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione c. I.T.C. S.r.l.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

– letti il ricorso ex art. 670 c.p.c. depositato il 08.06.2009 dal Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione nonché dei soci illimitatamente responsabili G. G. e I. B. (innanzi: il Fallimento), assistito dall'Avv. Francesco Dimundo come da delega in calce al ricorso medesimo, e gli allegati documenti;

– letta la memoria di costituzione depositata dalla resistente I.T.C. S.r.l. in data 29.6.2009 (innanzi: ... ITC);

– udite le parti all'udienza svoltasi l'1 luglio 2009 ed a scioglimento della riserva assunta all'esito,

ha emesso la seguente

ORDINANZA

I) Eccezione di incompetenza

L'eccezione di incompetenza sollevata preliminarmente da parte resistente – che ha sostenuto essere competente il Tribunale di Como come foro del convenuto ex art. 19 c.p.c. o come foro del luogo in cui si troverebbe “il compendio aziendale” ex art. 21 c.p.c. – non può trovare accoglimento. L'art. 669 ter c.p.c. prevede che la competenza cautelare ante causam appartiene al “giudice competente a conoscere del merito”.

Nel caso di specie il Fallimento ricorrente ha preannunziato domande di merito aventi ad oggetto, in via gradata: - accertamento e dichiarazione dell'estraneità del Trust F. s.n.c. di G. G. (innanzi: Trust F.) ex art. 13 Convenzione Aja 1.7.1985; - nullità del Trust in quanto contrastante con norme imperative; simulazione del Trust; revoca o dichiarazione di inefficacia ex art. 64 l.f. dell'atto in data 8.11.2007 con cui F. di G. G. & C. in liquidazione (innanzi: F.) ha trasferito la proprietà dell'azienda a G. G. quale trustee; inefficacia ex art. 43 e 44 l.f. dell'atto 23.4.2009 con cui B. I. ha nominato come nuovo trustee I.T.C. conseguente condanna di I.T.C. e di G. G. a consegnare al fallimento i beni tutti conferiti nel trust.

Ciò posto, la competenza del Tribunale di Milano ex art. 24 l.f. è indiscutibile sia con riferimento alle azioni ex art. 43, 44, 64 l.f., sia con riferimento alle azioni di nullità e simulazione poiché esse sono prospettate (e vengono ritenute: v. postea) in relazione o alla contrarietà del Trust di cui si tratta ai principi fondanti della normativa fallimentare intesi quali norme inderogabili di ordine pubblico, oppure alla sua natura fraudolenta ed elusiva delle norme po-

.....
Pubblichiamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

L'ordinanza del medesimo Tribunale, in data 16 giugno 2009, richiamata nel testo può leggersi in questa Rivista, 2009, 533, con commento di Emiliano Raganella e Marco Regni, *supra*, 598.

ste a tutela dei creditori. Si tratta infatti di azioni che, in quanto insorgono in relazione al presupposto della procedura fallimentare – lo stato di insolvenza della società e dei soci illimitatamente responsabili – ovvero alla tutela dei principi stessi che la connotano – garanzia della tutela effettiva e concreta della corretta formazione della massa fallimentare e della par condicio creditorum – per ciò stesso subiscono una deviazione dello schema tipico per effetto della disciplina del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti (Cass., sez. I, n. 13496 del 2004; Cass., sez. I, n. 17440 del 2004; Cass., sez. I, n. 9156 del 1997; Cass., sez. I, n. 3634 del 1989; Cass., sez. I, n. 4909 del 1988).

II) Fumus boni iuris

Si deve premettere che sussiste, tra ricorrente e resistente, una controversia attuale sul possesso dei beni costituenti il patrimonio di F, che sono stati conferiti nel Trust F e che il Trust medesimo si è rifiutato di consegnare al Fallimento (doc. 22-31 ric.).

Che lo strumento cautelare del sequestro giudiziario possa avere ad oggetto tali beni, in quanto oggetto di restituzione al Fallimento all'esito, ipoteticamente vittorioso, delle azioni di merito che quegli può spiegare verso ITC, appare altrettanto pacifico (tra le tante: Cass., sez. II, n. 3923 del 1989; Cass., sez. II, sent. n. 10333 del 1993).

Ciò posto, il quesito concernente la sussistenza del *fumus boni iuris* si risolve in quello circa la fondatezza (da valutare secondo i parametri vigenti in questa sede cautelare) delle azioni sopra menzionate che il Fallimento prefigura nei confronti di ITC.

Orbene, in proposito, questo Giudice concorda appieno con quanto affermato da questo medesimo Tribunale – Giudice dr. F. D'Acquino – in ordinanza pronunciata il 16.6.2009 in un procedimento cautelare speculare al presente (n. ... r.g.) in quanto promosso da I.T.C. ed avente ad oggetto l'inefficacia dell'atto di revoca, ad opera del Fallimento, del trustee G. G. con nomina del dott. ... e la conferma del trustee in persona della stessa I.T.C.

Conviene qui riportare per intero i passi qui rilevanti del provvedimento citato:

“1.4.1 - Il problema posto dal fallimento resistente in sede di costituzione nel presente procedimento - oltre alla natura simulata del *trust* secondo la legge istitutiva dello stesso - è quello della sopravvivenza al fallimento del disponente dell'atto istitutivo del *trust* che conferisca in *trust* il patrimonio del disponente, istituendo come beneficiari i creditori del medesimo (e, in via graduata, i creditori postergati e i soci). Il problema riguarda la compatibilità del *trust* con la disciplina di diritto interno del fallimento

sopravvenuto del disponente e la possibilità che il *trust* che vede come beneficiari i creditori (tutti) di un imprenditore sopravviva alla dichiarazione di fallimento del disponente. La Convenzione dell'Aja prevede, come si è accennato, all'art. 13 che “nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della scelta della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione”. Tale disposizione, pur non apparendo chiarissima, viene intesa dalla quasi totalità dagli interpreti - come accennatosi supra 1.2 - nel senso che il giudice possa negare il riconoscimento del *trust* interno laddove l'utilizzo del *trust* si ponga, in concreto, come elusione di norme imperative dell'ordinamento italiano, ossia laddove la causa in concreto perseguita dal disponente con il programma negoziale non sia comunque meritevole di tutela. La convenzione prevede, inoltre, una particolare tutela per alcuni settori dell'ordinamento, laddove statuisce all'art. 15 che “la Convenzione non ostacolerà l'applicazione delle disposizioni di legge previste dalle regole di conflitto del foro, allorché non si possa derogare a dette disposizioni mediante una manifestazione della volontà” nella materia della protezione di creditori in casi di insolvibilità”.

In linea di principio non può ritenersi incompatibile con la disciplina concorsuale – e quindi abusivo ex art. 13 conv. - un *trust* liquidatorio che persegua per conto del disponente in *bonis* finalità di tutela nei confronti dei creditori quali beneficiari del *trust*. Il debitore potrebbe conferire in *trust* alcuni beni laddove tale conferimento assicurasse la miglior utilizzazione di quei beni. Questo, del resto, ove non costituisca elusione della disciplina societaria in materia di patrimoni separati in materia di società di capitali ex art. 2447 bis e ss. (non operante nel caso di specie), perché in questo caso dovrebbe rendersi applicabile ex art. 13 conv. cit. la disciplina dei patrimoni separati. Il *trust* costituirebbe una alternativa alle procedure concorsuali come nel caso di concordati stragiudiziali, ovvero di operazioni temporanee che servano a coadiuvare promuovendo procedure concorsuali minori. Tale interpretazione, già riconosciuta dalla giurisprudenza citata *supra* pare ulteriormente avallata dalla modifica dell'art. 76 l.f., che non prevede più lo scioglimento del contratto di mandato in caso di fallimento del mandante, consentendo che il programma negoziale avviato prima della dichiarazione di fallimento sia perseguito dal mandatario per conto del curatore del fallimento del mandante. Il disponente può, pertanto, astrattamente costituire in *trust* alcuni beni (es. i crediti contenziosi), se tale segregazione consente di per-

seguire, come in effetti persegue, l'interesse di ottimizzare l'interesse dei beneficiari (i creditori). Tale valutazione è, peraltro, condizionata dalla qualità dell'articolazione del programma negoziale contenuto nell'atto istitutivo. Nel qual caso, in caso di dichiarazione di fallimento del disponente, i beni conferiti in *trust* potrebbero conservare - come rileva la resistente B. I., guardiano del *trust* (la posizione di F. s.n.c. nel presente procedimento è priva di legittimazione passiva in quanto società dichiarata fallita) - la natura di patrimonio separato - impignorabili in caso di fallimento del *trustee* in via analogica ex art. 46, n. 3, l.f. (assimilandosi il *trust* al fondo patrimoniale) e non aggredibili dai creditori del disponente (impersonati dal curatore), che conservano nei confronti del *trustee* (impersonati dal curatore) l'*actio mandati* nei confronti del *trustee* (azione di rendiconto), salvo l'esperimento dell'azione revocatoria nei confronti dell'atto istitutivo nel caso che ricorrano i presupposti. Né pare che al caso dei beni conferiti in *trust* possa applicarsi la diversa disposizione di cui all'art. 155 l.f. relativa ai patrimoni destinati ad uno specifico affare - che attribuisce la gestione al curatore sia pure "con gestione separata" stante la diversità strutturale e normativa che caratterizza i patrimoni separati rispetto al *trust*.

In questa prospettiva, il conferimento di alcuni beni della fallita in *trust* astrattamente sopravvive al fallimento salvo l'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, laddove il curatore dimostri che l'atto istitutivo del *trust* abbia impoverito il patrimonio del disponente con la colpevolezza del medesimo.

1.4.2 - Quello che il *trust* non può sortire è sostituirsi o, peggio, precludere la liquidazione fallimentare, laddove si ponga come *trust* liquidatorio dell'intero compendio aziendale della società poi fallita. Laddove la causa concreta dell'istituzione del *trust* sia quella di segregare tutti i beni dell'impresa in danno dei creditori del disponente (oltre che dei creditori del *trustee* che in caso di società di persone parzialmente coincidono ex art. 48 l.f.), di fatto precludono l'apprensione alla curatela fallimentare del disponente, il *trust* persegue finalità estranee a quelle dell'ordinamento italiano e con essa incompatibili. Tanto più se questo avvenga, come nel caso di specie, in caso di soggetto insolvente che non aveva altra strada che ricorrere, sin dal momento in cui istituiva la segregazione patrimoniale, a una procedura di insolvenza.

Si tratta, ben inteso, di due ipotesi tra loro ben diverse di conflitto tra *trust* e fallimento sopravvenuto. Nel primo caso il *trust* liquidatorio è istituito a tutela della massa dei creditori quando la società disponente non era insolvente.

Nel secondo caso il *trust* viene istituito quando il disponente era già insolvente, per cui era già obbligato - per

intervenuta perdita dei propri mezzi - a fare ricorso agli istituti concorsuali.

Nel primo caso il *trust*, originariamente lecito, si sovrappone alla liquidazione fallimentare ed entra - come correttamente rilevato dalla curatela resistente - in conflitto con la disposizione dell'art. 15, lett. c) conv. Aja. Si pensi a un *trust* in cui (come nella specie) siano stati conferiti tutti i beni del disponente (l'intero patrimonio), in cui i creditori non abbiano ricevuto sino a quel momento alcuna utilità (come, nella specie, magari per cattiva gestione del *trustee* piuttosto che per scarsa redditività dei beni conferiti in *trust*) e chiedano e ottengano il fallimento. Con il fallimento si attua una segregazione *ex lege* (e non per volontà del disponente) dei beni del disponente i quali, peraltro, risultano già segregati per volontà del disponente e non aggredibili dai suoi creditori. La liquidazione concorsuale non potrebbe avere luogo per alcun bene e il curatore, in rappresentanza di beneficiari (i creditori) dovrebbe limitarsi a chiedere al *trustee* di far luogo al rendiconto di gestione, come da atto istitutivo del *trust* o, semmai, perorare presso il guardiano la sostituzione del *trustee*. Il che vale a dire che l'eventuale istituzione di un *trust* liquidatorio, pur non precludendo la dichiarazione di fallimento sul presupposto che i creditori non avrebbero beni su cui soddisfarsi, attribuirebbe al curatore la sola azione di rendiconto nei confronti del *trustee*, salvo l'esperimento dell'azione revocatoria.

Si tratta di soluzione incompatibile con la liquidazione concorsuale. Una volta dichiarato il fallimento la gestione o liquidazione degli *asset* del disponente fallito non può essere più perseguita sulla base di un regolamento negoziale del disponente, ma invito domino secondo le regole della liquidazione concorsuale, che impongono effetti dirompenti sulla persona del fallito (spossessamento), norme speciali di regolazione dei rapporti pendenti, per la liquidazione dei beni (si pensi al programma di liquidazione ex art. 104-ter) e per il rispetto pressoché assoluto della *par condicio* in sede di riparto, che non tollera neanche assegnazioni in natura dei beni. Per non parlare della natura di vendita forzata (*invito domino*) della liquidazione, con conseguente efficacia purgativa della vendita operata in sede fallimentare.

Non pare, pertanto, compatibile con l'ordinamento la conservazione di un istituto fiduciario di fonte privatistica quale il *trust* - laddove abbia causa concreta la segregazione del patrimonio del disponente in favore di creditori - in caso di sopravvenuto fallimento, posto che la segregazione del patrimonio del disponente si verifica in sede di apertura di una procedura concorsuale con le regole proprie della liquidazione fallimentare (spossessamento).

L'effetto proprio del fallimento di spossessamento del debitore a tutela dei creditori e l'emersione del curatore quale figura che, invito domino, e per conto della massa dei creditori, amministra e liquida i beni del fallito rende incompatibile con l'ordinamento italiano un *trust* che, seppur originariamente lecito, conferisce a un *trustee* l'intero patrimonio del disponente fallito. In questo caso di fallimento sopravvenuto si configura come causa sopravvenuta di scioglimento dell'atto istitutivo del *trust*, analogamente a quelle ipotesi negoziali la cui prosecuzione è incompatibile con la dichiarazione di fallimento. Pur non essendovi una espressa norma di regolazione del conflitto nella legge fallimentare (come anche nella convenzione dell'Aja), possono applicarsi in via analogica quelle disposizioni che prevedono lo scioglimento *ex lege* di fattispecie negoziali stipulate dall'impresa in *bonis* la cui prosecuzione non è compatibile con la liquidazione fallimentare (artt. 76, 77 e soprattutto art. 78 l.f.). Al contrario, potrebbe porsi un problema di sopravvivenza degli effetti del *trust medio tempore* verificatisi, come nel caso in cui il curatore intenda avvalersi dell'effetto segregativo dell'atto istitutivo per far valere titoli di prelazione costituiti sui beni in *trust* dopo l'istituzione del *trust* e prima della dichiarazione di fallimento del disponente.

1.4.3 – Del tutto incompatibile con il combinato disposto degli artt. 13, 15 lett. c) conv. Aja è, invece, il *trust* che venga disposto a tutela dei creditori nel momento in cui l'impresa era già insolvente. In questo caso non ci si trova di fronte a un atto negoziale originariamente lecito che si scioglie per incompatibilità con la liquidazione concorsuale, ma a fronte di un atto che era illecito sin dall'origine e, quindi, non riconoscibile ex art. 11 conv. cit. in quanto elusivo della disciplina fallimentare del Paese in cui viene posto in essere.

Un *trust* liquidatorio che si ponga come dichiarato scopo quello di tutelare i creditori ricorrendo alla segregazione patrimoniale di tutto il patrimonio aziendale, quando l'impresa era già insolvente (e, quindi, avendo perso i mezzi propri, avrebbe dovuto immediatamente accedere agli istituti concorsuali) è incompatibile *ab origine* con la clausola di salvaguardia di cui all'art. 15 lett. c). In questo caso non si tratta di una ipotesi di scioglimento di un atto negoziale *ab origine* lecito – causa la segregazione universale del patrimonio del fallito avvenuta invito *domino* per intervenuto fallimento – bensì di un atto privatistico che mira dissimulatamente a sottrarre agli organi della procedura la liquidazione dei beni in assenza del presupposto sul quale poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, ossia che l'impresa sia dotata di mezzi propri.

Ragionando diversamente, potrebbe essere consentito a qualunque imprenditore insolvente che intenda evitare il fallimento e lo spossessamento conferire tutti i suoi beni in *trust* (magari affidandoli a se stesso con un *trust* autodichiarato), rendendo i beni non aggredibili né dai suoi creditori (disponente) né del *trustee*. In questo caso la causa in concreto perseguita dal disponente collide con le norme di cui agli artt. 13, 15 lett. c) conv. cit., comporta la nullità dell'atto istitutivo del *trust* e, conseguentemente, anche la nullità dell'effetto segregativo che ne è scaturito. Il *trust* così istituito non ha lo scopo di proteggere i beneficiari (i creditori), ma proprio l'opposto scopo di danneggiare i creditori sottraendo loro l'intera garanzia patrimoniale. Il dichiarato scopo di protezione del beneficiario costituisce, pertanto, abusivo utilizzo del *trust* per sottrarre il disponente alla legislazione concorsuale italiana o, comunque, atto negoziale in frode alla legge ex art. 1344 c.c., mirante a realizzare effetti ripugnanti per l'ordinamento in cui dovrebbe essere riconosciuto quali la sottrazione del patrimonio dell'imprenditore insolvente ai creditori.

1.4.4 – Tale è la situazione sottesa al caso di specie.

Il *trust* si è posto genericamente lo scopo di operare la liquidazione per tutelare i creditori, conferendo al *trustee* ogni potere, senza un apparente programma strategico e con clausole di stile. Nel far ciò, l'atto istitutivo del *trust* conferisce al *trustee* l'intero patrimonio aziendale, sostanzialmente senza alcuna limitazione.

È agevole notare, come documentato dal fallimento, che F. s.n.c. era, alla data dell'8.11.2007 (ovvero alla data del 21.11.2007, data in cui l'atto istitutivo del *trust* assume data certa ex art. 2704 c.c. nei confronti dei creditori) insolvente, posto che a tale data la società mostrava debiti (certi) per Euro 1.392.343,48 e un attivo apparente per Euro 1.453.202,4. In realtà parte di questo attivo è costituito da immobilizzazioni per oltre Euro 338.000,00 – che comporta uno sbilancio tra attività correnti (ridotte a beneficio della attività immobilizzate) e passività correnti – nonché da “cause attive”, ossia da crediti contenziosi stimati in Euro 605.862,00 a fronte – come risulta dagli atti del procedimento – di un valore nominale di cause pari ad Euro 659.000,00 con una svalutazione – come rilevato dal Fallimento – di meno del 10% rispetto al valore nominale. Svalutazione non prudente, se si tiene conto che non risulta stata fatta adeguata *due diligence* in ordine a fondatezza della domanda e solvibilità delle controparti (una delle controparti I. s.p.a. debitrice per Euro 37.889,71 risulta incontestatamente fallita).

Una valutazione prudente (e non troppo), avrebbe dovuto consigliare al disponente di svalutare i propri crediti contenziosi (al netto del credito vantato nei confronti di

I. s.p.a.), pari a circa Euro 621.000,00 quanto meno del (salomonico) 50% e appostarli per Euro 311.000,00 (azze-
rando il credito nei confronti di I. s.p.a. in quanto fallita),
anziché appostarli per Euro 605.862,34, con una impru-
dente maggior valorizzazione (solo sui crediti contenziosi)
di circa Euro 295.307,00. Basterebbe tale circostanza a
portare il patrimonio netto della società in liquidazione da
Euro 60.858,94 a Euro -234.448,00 (patrimonio negativo).

Se si tiene conto, poi, del fatto che la società era stata
già sfrattata dalla propria sede legale e che, presumibil-
mente, aveva cessato da molti mesi la propria gestione car-
atteristica (lavorazione materiali ferrosi e non ferrosi), è
probabile (non è stata svolta alcuna deduzione sul punto)
che le stesse rimanenze di magazzino per Euro 11.135,95
celassero ulteriori minusvalenze occulte. La società in li-
quidazione presentava, pertanto, alla data del 7.11.2007,
un patrimonio netto negativo.

L'insolvenza della F. s.n.c. alla data del 7.11.2007 è,
poi, ulteriormente evidenziata – oltre che dall'assenza di
mezzi propri – anche dal fatto che la F. s.n.c. aveva subito,
già prima del 7.11.2007 alcuni decreti ingiuntivi provvisoriamente
esecutivi (doc. 10 fasc. resistente), uno dei quali
di un importo particolarmente consistente (oltre Euro
100.000,00: doc. 11 fasc. resistente) circostanza che rende
evidente lo stato di insolvenza della F. s.n.c. alla data del
7.11.2007 e dell'impossibilità di remunerare le passività
correnti con mezzi normali di pagamento.

La F. s.n.c. avrebbe, pertanto, dovuto fare ricorso sin
dal 7.11.2007 alla tutela concorsuale.

Deve, pertanto, ritenersi che il *trust* in oggetto non
persegue interessi meritevoli di tutela, essendo la causa in
concreto perseguita dal disponente diretta ad eludere le
norme imperative che presiedono alla liquidazione con-
corsuale in violazione degli artt. 13, 15 lett. c) conv. Aja
e, pertanto, è nullo, nullità di cui questo giudice può co-
noscere essendosi chiesta la manutenzione del *trust* da par-
te del *trustee* nominato dal guardiano.

Stante la nullità del *trust*, il ricorso del ricorrente non
può essere accolto per difetto del *fumus boni iuris*. Deve,
pertanto, darsi atto che anche la posizione del resistente
C. S. è priva di titolo, in quanto fondata su un *trust* non ri-
conoscibile in Italia, dichiarandosi il difetto di legittima-
zione passiva di C. S. (oltre che di F. s.n.c.) nel presente
procedimento”.

I medesimi motivi che hanno portato il Giudice pre-
viamente adito dall'odierna resistente a respingere la ri-
chiesta di cautela avanzata in quella sede – cioè la ricono-
sciuta nullità del Trust F. – induce questo Giudice a rite-
nere sussistente il *fumus boni iuris* invocato in questa sede
dal Fallimento.

L'accoglimento del primo motivo fatto valere dal ri-
corrente a sostegno del presupposto cautelare di cui qui si
tratta, fa ritenere assorbiti gli altri.

III) Periculum in mora

È noto che:

“Per la concessione del sequestro giudiziario non si ri-
chiede come per il sequestro conservativo, che occorra il
pericolo, concreto ed attuale di sottrazione o alterazione
del bene. Ai fini della valutazione circa l'estremo dell'op-
portunità, richiesta dall'art. 670 n. 1 c.p.c., è necessario e
sufficiente che lo stato di fatto esistente in pendenza del
giudizio comporti la mera possibilità, sia pure astratta, che
si determinino situazioni tali da pregiudicare l'attuazione
del diritto controverso” (tra le tante: Cass., sez. I. sent. n.
2694 del 1964; Cass., sez. III, sent. n. 854 del 1982).

Nel caso di specie, non pare revocabile in dubbio non
solo la sussistenza di quella mera possibilità, ma la fonda-
tezza, in capo al Fallimento ricorrente, del timore che il
suo diritto all'apprensione dei beni della fallita, nelle mo-
re del giudizio necessario per tutelarlo, subisca un grave
pregiudizio costituito, nella specie, dal concreto rischio
che il Trust F. compia atti dispositivi e/o liquidativi con ciò
rendendo impossibile o comunque molto più onerosa l'at-
tuazione di una sentenza di merito che riconosca il diritto
del Fallimento alla restituzione dei beni medesimi.

Tale conclusione si fonda su plurimi, gravi e concor-
danti elementi presuntivi.

Anzitutto il *trust* di cui si discute ha ad oggetto proprio
la liquidazione dei beni di F.

In secondo luogo il Trust ha assunto concreti compor-
tamenti nettamente oppositivi rispetto non solo all'ap-
prensione dei beni della società fallita da parte del Falli-
mento, ma anche rispetto alla ostensione dei documenti
che diano conto dell'attività sinora svolta. In particolare il
Trust ha rifiutato alla curatela la consegna di un automez-
zo di proprietà della fallita (doc. 28 ric.), ha rifiutato, no-
nostante espressa richiesta del Fallimento, di rendere il
conto della gestione (doc. 26 ric.), ha proposto un ricorso
ex art. 700 c.p.c., rivelatosi del tutto infondato, volto ad
estromettere il *trustee* nominato dal curatore fallimentare
ed in cui ha rappresentato l'intenzione di procedere nella
gestione e liquidazione dei beni della fallita.

IV) Conclusioni

Stante la sussistenza degli indicati presupposti di legge,
il richiesto sequestro giudiziario deve essere concesso in fa-
vore del ricorrente, su tutti i beni costituenti patrimonio
aziendale della fallita conferiti nel Trust F. di G. G. & C.

in liquidazione, beni meglio indicati nell'atto costitutivo del predetto Trust datato 8.11.2007.

Deve essere nominato, ai sensi di legge, un custode giudiziale dei beni sopra indicati, che si identifica nell'Avv. ..., che eserciterà tutti i poteri di legge richiedendo, ove occorra, indicazioni in proposito a questo Tribunale.

Si rimette la decisione sul regime delle spese alla successiva fase processuale di merito.

P.Q.M.

Visti gli art. 669 bis e ss., 670 c.p.c.,

AUTORIZZA

Il Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione ad

eseguire secondo le norme di legge sequestro giudiziario su tutti i beni costituenti patrimonio aziendale della fallita conferiti nel Trust F. di G. G. & C. in liquidazione, beni meglio indicati nell'atto costitutivo del predetto Trust datato 8.11.2007.

Visto l'art. 676 c.p.c.,

NOMINA

custode dei beni sequestrati l'Avv. ... - con studio in Milano, via ..., tel. ..., fax ... -, che eserciterà i poteri di legge richiedendo, ove occorra, indicazioni in proposito a questo Tribunale.

Manda la cancelleria per la notifica via fax del presente provvedimento alle parti costituite ed al custode nominato.

Italia – Tribunale di Milano

Sequestro conservativo e trust liquidatorio

Trust liquidatorio – sequestro conservativo in corso di causa – “fumus boni iuris” – “periculum in mora” – insussistenza – ricorso – respinto

Deve essere respinto il ricorso per sequestro conservativo presentato da un creditore di una società in liquidazione avente ad oggetto l'immobile che la società debitrice aveva segregato in un trust con finalità liquidatorie volto a conservare il valore dell'impresa in funzione della sua cessione al migliore prezzo, nel comune interesse dei creditori sociali e dei soci della società stessa.

■ **Tribunale di Milano, Sezione Distaccata di Legnano, G. Fedele, G. D., 8 gennaio 2009**
[K. c. X.]

TESTO DEL DECRETO

Il G.D.

– sciogliendo la riserva di cui al verbale in data 16.12.2008 nel sequestro conservativo in corso di causa introdotto nel procedimento RG. ...;

– letti gli atti e i documenti di causa;

– rilevato che, anche a voler ritenere sussistente il requisito del *fumus boni iuris*, limitatamente ai danni quantificati nell'elaborato peritale, occorre verificare l'esistenza del presupposto, che deve contemporaneamente ricorrere, del *periculum in mora*, sotto forma di fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito, ai sensi dell'art. 671 c.p.c.;

– ritenuto che quest'ultimo sia da commisurare ad un reale pericolo e non al mero apprezzamento soggettivo del creditore, né può valere ad argomentare in senso contrario l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il *periculum* può essere alternativamente desunto da elementi oggettivi ovvero da elementi soggettivi, vale a dire dall'atteggiamento del debitore, poiché quest'ultimo deve essere desumibile da elementi concreti, tali da lasciare fondatamente presumere che egli ponga in essere atti dispositivi idonei a provocare il depauperamento del suo patrimonio;

– ritenuto di dover anzitutto differenziare le posizioni della convenuta X da quella della Y chiamata in causa dalla Z;

– ritenuto che il ricorso sia senz'altro infondato con riferimento alla Y, difettando quest'ultima di legittimazione passiva, non essendo intercorsi tra essa e il ricorrente K rapporti né di natura contrattuale né di tipo processuale;

– ritenuto infatti che, trattandosi di ricorso per sequestro conservativo in corso di causa, e non avendo nella causa di merito il K svolto domande nei confronti della Y, neppure a seguito della chiamata in causa, non possa dirsi che il rapporto processuale si sia *sic et simpliciter* esteso alla Y a seguito della chiamata in causa, che è stata effettuata a scopo di garanzia e non al fine di fare dichiarare il terzo quale unico obbligato nei confronti dell'attore in vece del convenuto; si precisa a tal proposito che “il principio dell'estensione automatica della domanda principale al terzo chiamato in causa dal convenuto non opera quando lo stesso venga evocato in giudizio come obbligato solidale o in garanzia propria od impropria, essendo necessaria la formulazione di una espressa ed autonoma domanda da parte dell'attore” (Cass. n. 23308/07), e ciò “stante l'autonomia sostanziale dei due rapporti, ancorché confluiti in un unico processo” (Cass. n. 7273/03);

– rilevato inoltre che difetterebbe il requisito del *periculum* con riferimento alla X non potendo essere lo stesso ravvisato nel semplice fatto che la X sia proprietaria di un solo immobile, costituito da un opificio, poiché a parte il corretto rilievo che trattasi di stabile di considerevoli dimensioni e libero da qualsiasi vincolo pregiudizievole, non è ipotizzabile sottoporre a sequestro conservativo i beni di tutti i debitori che siano proprietari di un unico bene immobile, tanto più quando, come nel caso di specie, non vi siano stati mutamenti nella situazione patrimoniale rispet-

.....
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

to al momento in cui è sorto il credito, né sono stati dedotti altri profili relativi ad un eventuale comportamento del debitore, che possano integrare il *periculum* sul piano oggettivo;

– ritenuto che il requisito del *periculum* vada escluso anche quanto alla Y per la quale valgono le stesse considerazioni innanzi esposte circa l'esiguità del patrimonio immobiliare, mentre la circostanza che la stessa sia stata posta in liquidazione nel giugno del 2008, non può di per sé integrare il predetto requisito, neppure sotto il profilo soggettivo, non essendo peraltro dedotti dal ricorrente concreti e specifici aspetti che possano far presumere la volontà di sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni;

– ritenuto anzi che gli elementi emersi nel corso dell'udienza del 16.12.08 consentano di escludere che la scelta di porre la società in liquidazione sia riconnessa alla volontà di sottrarsi all'adempimento delle proprie obbligazioni poiché è stata acquisita agli atti la copia dell'atto di costituzione in data 15.12.08 del Trust X in liquidazione, nel quale sono stati conferiti tutti i beni sociali - atto in corso di registrazione alla data dell'udienza, come risulta dal certificato rilasciato dal Notaio V, certificato pure prodotto, e dal quale risulta individuata quale beneficiario in primo grado la massa dei creditori risultanti dalle scritture contabili;

– rilevato che dall'ultimo bilancio di X, anch'esso agli atti, non risulta la presenza di altri creditori per importi rilevanti, rispetto ai quali per ipotesi dovrebbe essere preferita la posizione del K ricorrente, qualora il ricorso per sequestro conservativo fosse accolto;

– ritenuto che l'utilizzo, quale strumento liquidatorio, del predetto trust, oltre ad escludere di per sé la possibilità di confusione del patrimonio sociale con quello del trustee, tuteli in maniera più che soddisfacente l'interesse del K creditore, tanto più alla luce dello scopo istitutivo, espressamente enunciato, di "operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace realizzando e garantendo la conservazione del valore dell'impresa in funzione del migliore realizzo, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci della Disponente";

– ritenuto in definitiva di dover respingere il ricorso in quanto infondato anche nei confronti di X;

– ritenuto che, trattandosi di cautelare in corso di causa, le spese vadano regolate unitamente alla definizione del merito;

P.Q.M.

– rigetta il ricorso;

– spese alla definizione del merito.

Italia – Tribunale di Napoli

Trust liquidatorio nel concordato preventivo

**Società – concordato preventivo – autorizzazione – accollo delle obbligazioni – creditori
– garanzia – trust liquidatorio**

Può essere dichiarata aperta la procedura di concordato preventivo di una società in liquidazione la cui proposta preveda anche l'istituzione di un trust liquidatorio in favore di tutti i creditori sociali, del quale il Tribunale nomini il trustee, e del quale guardiano sia il commissario giudiziale, che abbia ad oggetto l'intero patrimonio della stessa società sottoposta alla procedura concorsuale, nonché quello della società controllante che si sia accollata le obbligazioni concordatarie.

■ **Tribunale di Napoli, Sez. VII, Dacomo, Pres., De Matteis, G. Rel., 19 novembre 2008
[I.C.C. S.r.l. in liquidazione]**

TESTO DEL DECRETO

In seguito ai rilievi formulati dal tribunale con decreto del 15-21.10.2008, la I.C.C. S.r.l. ha modificato sostanzialmente il ricorso depositato in data 29.07.2008 con cui ha proposto domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.

1. Il piano

Ed infatti il ricorso depositato in data 29.07.2008 (pag. 15 e 16) era fondato su un piano che sostanzialmente prevede(va):

“A) L'attribuzione delle attività dell'impresa Castaldo Costruzioni in liquidazione ad un terzo soggetto, - la Sofip s.p.a.- Società Finanziaria Partecipazioni S.p.a (con sede legale in Napoli (NA) alla Via dei Mille n. 74, codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Napoli 01250760582, partita IVA 00977261007, iscritta al R.E.A di Napoli con n. 707651) in qualità di assuntore mediante accollo delle obbligazioni relative al concordato.

All'uopo si precisa che la Sofip S.p.a. controlla l'istante essendo titolare di quote pari al 99,75% del capitale sociale;

B) Eventuale costituzione di un trust, per effetto del quale i beni offerti ai creditori, siano essi del solo debitore ovvero di Sofip s.p.a., pur passando nella proprietà del trustee, costituiranno patrimonio separato e destinato al soddisfacimento degli stessi secondo il piano concordatario.

In tale eventualità potrebbe essere nominato Protector il Commissario Giudiziale e trustee un professionista (si allega bozza di trust proposta).

C) Cessione o fitto d'azienda ed in subordine prosecuzione dell'attività da parte dell'impresa Castaldo, pur se nella fase liquidatoria.

Sono in corso trattative avanzate per la cessione o il fitto del ramo d'azienda comprensivo dei contratti di appalto in questione.

Allo stato non sono state concluse a causa sostanzialmente del timore dei potenziali acquirenti di subire azioni revocatorie in quanto atti non posti in essere in esecuzione di procedure concorsuali ai sensi dell'art. 67, lettera e).

Ove le trattative, nelle more dell'eventuale decreto di ammissione alla procedura, avessero esito positivo, il ricavato della vendita o il fitto d'azienda che l'istante riceve-

.....
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

Si rende noto che successivamente all'apertura della procedura, ma prima dell'inizio delle operazioni di voto, la I.C.C. S.r.l. in liquidazione, rilevato che l'istituzione del trust avrebbe comportato un aggravio di oneri fiscali al quale non sarebbe stato possibile far fronte per indisponibilità di somme sufficienti, tanto da parte di questa, quanto da parte della Sofip S.p.a. che si era accollata le obbligazioni discendenti dal concordato, ha presentato un'istanza con la quale ha proposto la sostituzione dello strumento del trust con altro strumento di garanzia, ritenuto idoneo per le finalità del concordato dal Tribunale di Napoli con decreto del 25 febbraio 2009.

Sull'applicazione del trust nell'ambito del concordato preventivo si v. anche: Tribunale Mondovì, 16 settembre 2005, in questa Rivista, 2009, 182; Tribunale Parma, 3 marzo 2005, *ivi*, 2005, 409.

Il decreto è commentato da Giovanni Lo Cascio, *supra*, 587, e sarà commentato da Giorgio Semino sul prossimo numero della Rivista.

rebbe, rappresenterebbero un surplus da destinare ai creditori chirografari.

A tal proposito, si rappresenta, inoltre, che in assenza di cessione o fitto d'azienda lo svolgimento dell'attività consentirebbe di non disperdere valori aziendali positivi, preservando la funzionalità dei beni che la compongono, pur senza generare utili.

In tale ipotesi, verrebbe implementata una politica aziendale di persecuzione di maggiore efficienza aziendale attraverso il contenimento dei costi del personale, anche con il ricorso ad ammortizzatori sociali (CIGS), la soppressione di uffici non più funzionali (es. ufficio gare), l'outsourcing di diverse attività".

(omissis)

2. La dichiarazione di assunzione delle obbligazioni concordatarie

La I.C.C. S.r.l. si è procurata una nuova dichiarazione di assunzione delle obbligazioni concordatarie da parte della Sofip S.p.A.

Ed infatti, con la nota depositata in data 13.10.2008, la Sofip S.p.A. aveva chiarito che "alla proposta di pagamento ai creditori ed ai tempi di liquidazione [...] sono state prese in considerazione tre ipotesi e, cioè, la prosecuzione dell'attività da parte dell'impresa, la cessione del ramo d'azienda o il fitto del ramo d'azienda comprensivo dei contratti di appalto in corso. In ciascuna ipotesi e nei relativi piani finanziari di pagamento di somme ai creditori, ogniquale volta vi è carenza di liquidità alla scadenza del termine per il rimborso di tranches ai creditori, è previsto l'intervento dell'assuntore, anche attraverso la liquidazione di parte del patrimonio proprio".

Il tribunale, con decreto del 15-21.10.2008 aveva però rilevato che "l'assunzione della Sofip S.r.l., che - è bene ricordarlo - risulta essa stessa debitrice della I.C.C. S.r.l. per il rilevante importo di €1.616.616,98 (superiore ad 1/10 dell'attivo previsto), è limitata in un duplice senso: da un lato, alla somma di €2.434.851,05 nel caso di prosecuzione dell'attività da parte della I.C.C. S.r.l. (pag. 20 del ricorso) e di €1.534.851,05 nel caso di cessione e fitto del ramo di azienda (pag. 22 e 23 del ricorso); dall'altro, lungi dall'essere prevista l'immissione di "danaro fresco", vi è il limitato impegno a pagare (nei ricordati limiti) solo "ogniquale volta vi è carenza di liquidità alla scadenza del termine per il rimborso di tranches ai creditori".

Prendendo atto del rilievo, la I.C.C. S.r.l. ha depositato in data 5.11.2008 una nuova dichiarazione di assunzione da parte di Sofip S.p.A. valevole per l'intero fabbisogno

concordatario indipendentemente dalle sorti dell'attività d'impresa (prosecuzione, fitto o cessione) e dalla realizzazione delle previsioni di cui ai piani finanziari.

Nella dichiarazione del 5.11.2008, a firma dell'amministratore unico si legge infatti che la Sofip S.p.A. "dichiara di assumere irrevocabilmente l'intero fabbisogno concordatario derivante dalla domanda di concordato preventivo depositata in data 25-29/07/08 dalla Impresa Castaldo Costruzioni S.r.l. in liquidazione, indipendentemente dalle sorti dell'attività d'impresa (prosecuzione, fitto o cessione) e dalla realizzazione delle previsioni di cui ai piani finanziari. Pertanto chiarisce che la SOFIP S.p.a. assume l'impegno di pagare tutti i debiti della I.C.C. s.r.l. in liquidazione e per l'intero della promessa concordataria non riservandosi, ed in ciò modificando la originaria proposta, alcun beneficium ordinis".

2.1. La modalità di soddisfazione dei creditori

Le precisazioni di cui innanzi consentono di individuare le forme attraverso le quali la I.C.C. S.r.l. intende soddisfare i suoi creditori.

L'art. 160 l.fall. individua nel piano l'elemento centrale della proposta concordataria in quanto il legislatore, pur consentendo un ampio accesso alla procedura, non vuole che essa si apra (com'è stato attentamente rilevato) "al buio". Ed è per questo che nel piano occorre individuare non solo le operazioni economiche attraverso le quali si intende realizzare l'obiettivo dichiarato, ma anche i criteri con i quali si intendono soddisfare i creditori.

La legge non sembra però porre limiti in ordine agli strumenti utilizzabili nel piano. Ed allora non par dubbio che tutto verta intorno all'affidabilità del piano ed alla sua concreta realizzabilità, secondo le modalità rappresentate dal debitore. In questo senso va anche considerata l'eterogeneità delle scelte che il debitore può adottare e la varietà delle concrete prospettive che si possono offrire ai creditori nella realizzazione del fine ultimo al quale è destinato il concordato preventivo.

Per questo diffusamente si ritiene che l'elemento caratterizzante della novella del 2005 (e successive modificazioni) risieda nell'assoluta flessibilità e nella straordinaria duttilità dei contenuti che il piano formulato dal debitore può concretamente assumere ai fini del soddisfacimento dei creditori. Indipendentemente dalla tecnica redazione dell'art. 160 l.fall., infatti, elemento ineludibile del concordato è "la soddisfazione dei crediti" (letteralmente riferita alla sola ipotesi sub a), che a monte presuppone "la ristrutturazione dei debiti".

Nel caso di specie, il piano proposto dalla I.C.C. S.r.l.

prevede “A) l’attribuzione delle attività della Impresa Castaldo Costruzioni in liquidazione ad un terzo soggetto, - la Sofip s.p.a.- Società Finanziaria Partecipazioni S.p.a (con sede legale in Napoli (NA) alla Via dei Mille n. 74, codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Napoli 01250760582, partita IVA 00977261007, iscritta al R.E.A di Napoli con n. 707651) in qualità di assuntore mediante accollo delle obbligazioni relative al Concordato” (pag. 15 della proposta concordataria depositata il 29.07.2008).

È dunque abbastanza evidente che la I.C.C. S.r.l. si sia ispirata alla lett. b) del comma 1 dell’art. 160 l.fall. ai sensi del quale il piano ben può prevedere che le attività dell’impresa debitrice siano attribuite ad un assuntore, figura ante riforma del 2005 menzionata con esclusivo riferimento al concordato fallimentare.

In concreto, lo schema giuridico dell’operazione assume la veste di un accollo del debito concordatario di natura cumulativa.

Nella specie, l’assuntore (la Sofip S.p.A.) controlla la I.C.C. S.r.l. essendo titolare di quote pari al 99,75% del capitale sociale.

Benché la lett. b) del comma 1 dell’art. 160 l.fall. menzioni espressamente tra gli assuntori “i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato”, non è escluso che la qualità di assuntore possa essere rivestita anche dalla società controllante l’impresa debitrice come è possibile desumere sia dalla stessa lett. b) che prevede “l’attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato” ed utilizza la congiunzione “anche” (“possono costituirsi come assuntori anche”), sia dalla precedente lett. a), ove vi è tra l’altro menzione di “altre operazioni straordinarie”. Peraltro, prima della riforma la figura dell’assuntore era pressoché esclusivamente individuata in un’impresa commerciale più o meno indirettamente collegata con quella insolvente.

Ciò posto, occorre rilevare che la Sofip S.p.A. non si è accollata genericamente l’intero onere del concordato (v. dichiarazione irrevocabile di assunzione depositata in data 5.11.2008), ma si è anche resa disponibile a predisporre un sistema legale che consenta non soltanto l’assunzione del suo obbligo, ma anche la sua concreta esecuzione.

Ed infatti, a pag. 15 della proposta di concordato è prevista la costituzione di un trust “per effetto del quale i beni offerti ai creditori, siano essi del solo debitore ovvero di Sofip s.p.a., pur passando nella proprietà del trustee, costituiranno patrimonio separato e destinato al soddisfacimento degli stessi secondo il piano concordatario”.

Facendo seguito a questa previsione, all’udienza del 5.11.2008, C. M., n. q. di amministratore unico della Sofip S.p.A., ha dichiarato che “l’assuntore è disponibile a conferire nell’eventuale trust l’intero patrimonio immobiliare così come individuato nella perizia del geom. Antogiovanni”.

Nella fattispecie ricorrono dunque i due elementi costitutivi del concordato per assunzione, quello obbligatorio (“accollo delle obbligazioni relative al Concordato”: pag. 15 della proposta concordataria depositata il 29.07.2008) e quello traslativo. Mancando una disciplina convenzionale, ritiene il tribunale che il passaggio dei beni all’assuntore si verificherà al momento dell’esatto adempimento degli obblighi concordatari (Trib. Latina, 26 novembre 1992, in DF, 1993, II, 538).

Non è prevista la liberazione del debitore (che il tribunale non ritiene invero consustanziale al tipo di concordato in esame), così che non si verifica nella fattispecie alcuna successione dell’assuntore (la Sofip S.p.A.) nella titolarità degli obblighi concordatari, che continuano a far capo al debitore (la I.C.C. S.r.l.), cui l’assuntore – per non essere previsto il cd. *beneficium ordinis* (v. dichiarazione depositata dalla Sofip il 5.11.2008) - si affianca nella semplice posizione di coobbligato (v. Cass. 12909/1995) ai sensi degli artt. 1292 ss. c.c.

Quali coobbligati, la Sofip S.p.A. e la I.C.C. S.r.l. assicurano la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti della debitrice attraverso la “garanzia atipica” rappresentata dalla costituzione di un trust in cui confluirà l’intero patrimonio immobiliare di entrambe le società.

Ed in specie per quanto riguarda la Sofip S.p.A. si tratta di uno strumento che – nell’ambito delle ragionevoli garanzie che l’assuntore deve offrire in vista dell’esatto adempimento - consentirà la concreta esecuzione delle obbligazioni concordatarie assunte irrevocabilmente – senza *beneficium ordinis* - con dichiarazione depositata in data 5.11.2008.

(omissis)

5.1. I mezzi a disposizione
per l’esecuzione del concordato

(omissis)

In ogni caso ritiene il tribunale che la fattibilità del piano derivi direttamente dall’assunzione della Sofip S.p.A., la quale con dichiarazione irrevocabile del 5.11.2008 si è accollata – senza *beneficium ordinis* - l’in-

tero fabbisogno concordatario dichiarandosi disponibile “a conferire nell’eventuale trust l’intero patrimonio immobiliare così come individuato nella perizia del geom. Antogiovanni”, patrimonio stimato dallo stesso geom. in € 18.104.300,00 alla data del 15.12.2006.

Ed è appena il caso di precisare che il patrimonio della Sofip S.r.l. risulta – per la massima parte – libero da pesi e/o vincoli.

(omissis)

6. La previsione del trust

La I.C.C. S.r.l. e la Sofip S.p.A., in sostituzione dell’immissione di danaro fresco ed a garanzia degli impegni assunti, propongono “la costituzione di un trust per effetto del quale i beni offerti ai creditori, siano essi del solo debitore ovvero di Sofip s.p.a, secondo le indicazioni del Tribunale, costituiranno patrimonio separato il cui ricavato a seguito di vendita sarà destinato al soddisfacimento dei creditori. La costituzione di un trust anche con gli immobili dell’assuntore, renderebbe il patrimonio indisponibile per l’assuntore e per eventuali futuri creditori del medesimo” (pag. 5 dell’integrazione depositata in data 5.11.2008).

All’udienza del 5.11.2008, C. M., n. q. di amministratore unico della Sofip S.p.A., ha dichiarato che “l’assuntore è disponibile a conferire nell’eventuale trust l’intero patrimonio immobiliare così come individuato nella perizia del geom. Antogiovanni”. La I.C.C. S.r.l. e la Sofip S.p.A. hanno dichiarato inoltre “di volersi attenere – quanto alla costituzione del trust – alle indicazioni che il tribunale intenderà adottare”.

Nel caso in esame, il trust risulta dunque caratterizzato:

a) dalla devoluzione della piena proprietà di tutto il patrimonio immobiliare della I.C.C. S.r.l. (stimato in € 3.101.513,00) e della Sofip S.p.A. (stimato in € 18.104.300,00 alla data del 15.12.2006: v. perizia del geom. Antogiovanni);

b) dalla nomina a trustee di un soggetto designato dal tribunale, garantendo così alla procedura non solo la segregazione del patrimonio dedotto, ma altresì la devoluzione delle somme ricavate dalla sua alienazione alla massa dei creditori.

c) dalla espressa indicazione delle finalità perseguite con il trust, ovverosia la devoluzione di ogni ricavato dalla vendita degli immobili (secondo le determinazioni del tribunale e quindi del trustee) al soddisfacimento dei creditori in concordato.

6.1. L’ammissibilità del trust nell’ordinamento interno

In merito alla proposta di concordato della I.C.C. S.r.l., è preliminarmente opportuno evidenziare che mediante il trasferimento di beni ad un soggetto quale trustee si verifica immediatamente un effetto, detto segregativo, tale per cui i beni, seppur entrano pienamente nel patrimonio del ricevente, sono esclusivamente deputati al perseguimento degli obbiettivi indicati dall’atto istitutivo. Di conseguenza: a) essi sono insensibili alle vicende personali e patrimoniali del trustee (per cui, ad esempio, i suoi creditori personali non possono soddisfarsi su detti beni; così come, in caso di sua morte non entrano nell’asse ereditario); b) essi sono trasferiti di diritto, in caso di decesso, revoca o sostituzione del precedente trustee, al nuovo trustee nominato secondo le modalità previste dall’atto istitutivo.

Sul punto, rileva il collegio che esiste un orientamento – sia in dottrina che in giurisprudenza – largamente favorevole all’ammissibilità nell’ordinamento italiano del trust (Trib. Bologna 1° ottobre 2003, in Foro It., 2004, I, 1295; Trib. Bologna 30 settembre 2003, in Guida al dir., 2003, fasc. 45, 52; Trib. Bologna 16 giugno 2003, in Guida al dir., 2003, fasc. 31, 43; Trib. Verona 8 gennaio 2003, in Trusts, 2003, 409; Trib. Parma 21 ottobre 2003, in Guida al dir., 2003, fasc. 45, 67; Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in Notariato, 2002, 383. In senso dubitativo v. invece Trib. Firenze 5 giugno 2002, in Toscana giur., 2003, 17), in ragione di una corretta interpretazione non solo della Convenzione dell’Aja del 1° luglio 1985, come resa esecutiva con la legge 364/1989, ma dei profili interpretativi innescati dalla sua piena operatività per l’ordinamento italiano, sia avuto riguardo alla causalità del trasferimento, da rinvenirsi correttamente nel collegato negozio istitutivo del trust (Trib. Parma 3 marzo 2005, in Fallimento, 2005, 553), sia in ragione della configurabilità di negozi traslativi atipici, purché sorretti da una causa lecita, in ragione di una lettura estesa dei principi cui agli artt. 1324 e 1322 c.c. (ex multis Cass. 10612/1991). Peraltro, la possibilità di segregare una parte di patrimonio da destinare ad uno specifico scopo, che nella specie è quello di garantire il soddisfacimento dei creditori concorsuali, può essere, a seguito dell’introduzione dell’art. 2645 ter c.c., più facilmente applicata anche con riferimento agli effetti reali che il negozio in esame può consentire. Detto altrimenti, il riconoscimento, nel nostro ordinamento, dei trust c.d. interni sembra aver trovato riconoscimento da parte del nostro Legislatore con la previsione dell’art. 2645 ter c.c. che, nel prevedere la possibilità di trascrivere atti di destinazione diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela ex

art. 1322 comma 2, c.c., sembra riconoscere implicitamente all'autonomia privata la possibilità di creare rapporti giuridici rientranti nella definizione di trust secondo l'art. 2 della Convenzione de L'Aja.

6.1.1. La meritevolezza degli interessi concretamente perseguiti

Quanto alla meritevolezza degli interessi che condiziona la validità del trust, occorre valutare se l'atto istitutivo del trust è (o non è) portatore di interessi che sono meritevoli di tutela per l'ordinamento giuridico senza limitarsi alla semplice definizione dello "scopo", ma estendendo l'analisi al "programma" che si è prefissato il disponente nel momento in cui ha deciso di dar vita al trust (Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in Guida al Diritto, 2005, n. 41, 57).

In altri termini, occorre esaminare la meritevolezza della causa "concreta" del trust (quella "astratta", del trust "amorfo" delineato nella generica formulazione dell'art. 2 della Convenzione, è già stata definita e riconosciuta dal legislatore della Legge 364/1989, di ratifica della Convenzione de L'Aja): come sostiene la dottrina, "la causa del negozio istitutivo di trust è il programma della segregazione di una o più posizioni soggettive o di un complesso di posizioni soggettive unitariamente considerato (beni in trust) affidate al trustee per la tutela di interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela (scopo del trust)".

Sul punto occorre rilevare che l'estrema duttilità del trust lo rende il mezzo ideale per risolvere situazioni che, impiegando gli strumenti posti a nostra disposizione dall'ordinamento giuridico italiano, non troverebbero soluzioni altrettanto efficienti.

Ed è per questo che è già stato ritenuto ammissibile in relazione a problematiche connesse alla tutela del minore (Trib. Perugia, 26 giugno 2001, in Trusts, 2002, 52; Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in Trusts, 2002, 584 e Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, in Trusts, 2004, 254; il giudice tutelare ha, rispettivamente, concesso autorizzazioni per il compimento di atti in relazione ad un trust con beneficiari minorenni, ha autorizzato il tutore di un minore a far aderire il minore stesso ad un trust istituito dai suoi familiari), del disabile (ad es. Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in Notariato, 2002, 383, ha disposto che fosse rimossa la riserva apposta dal Conservatore dei Registri Immobiliari di Pisa alla registrazione di un trust mediante il quale la disponente si autodichiarava trustee di un immobile di sua proprietà a favore del fratello disabile, ammettendo al contempo la validità del trust medesimo in forza dell'avvenuta ratifica della Convenzione de L'Aja; più recentemente v. Trib. Genova, 14 marzo 2006, in Nuova Giur. Civ.,

2006, 1209), degli interessi della famiglia (ad es. Trib. Milano, 20 ottobre 2002, in Trusts, 2003, 265, con cui il Tribunale, pronunciandosi sulle contrapposte richieste di due ex coniugi (italiani e residenti a Milano) di rimozione dalle rispettive funzioni di trustee del trust istituito in sede di separazione a beneficio della figlia minorenni, applicando il diritto inglese provvede a rimuovere e a sostituire entrambi i trustee nell'interesse della beneficiaria e del trust) e per la risoluzione di problemi di natura successoria (ad es. App. Firenze, 9 agosto 2001, in Trusts, 2002, 244, laddove è stata dichiarata la validità del testamento che nomina un trustee erede di tutto il patrimonio del testatore affinché questi lo gestisca e attribuisca rendite periodiche e discrezionali ai beneficiari indicati dal de cuius, perché ciò non configura una sostituzione fedecommissaria) e commerciale (ad. es. v. Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in Giur. mer., 2008, 707, secondo cui "l'istituzione del trust appare meritevole di tutela allorché i beni dell'accomandatario (di una società in accomandita semplice posta in liquidazione) siano stati "segregati" nell'interesse dei creditori della società, che hanno così assunto la qualità di beneficiari del trust").

Con riguardo al fallimento, un curatore è stato autorizzato a cedere i crediti fiscali ad un trustee affinché questi provvedesse a riscuoterli e a distribuire il ricavato secondo l'approvato piano di riparto (Trib. Roma, sez. fall., 4 aprile 2003, in Trusts, 2003, 411 e Trib. Roma, 4 aprile 2003, in Trusts, 2004, 406).

Più specificamente con riguardo ad un concordato preventivo si è rilevato che "la costituzione del trust in esame consente di superare le incertezze interpretative registrate nel recente passato sul concordato misto e sulle modalità della sua attuazione (il richiamo d'obbligo è alle problematiche relative alla trascrizione ex art 2649 codice civile) assicurando la meritevole composizione degli interessi coinvolti nella procedura concordataria, non unilateralmente definibili e valutabili con riferimento al solo debitore concordatario in quanto parallelamente assistiti dall'adempimento del terzo" (Trib. Parma, 3 marzo 2005, in Fallimento, 2005, 553).

In effetti, com'è stato autorevolmente osservato, la costituzione del trust (ad opera di un terzo disponente) può rappresentare uno strumento alternativo alla concessione di una garanzia reale sui beni, che consente tramite la costituzione di un vincolo di destinazione, in forza del quale il trust è finalizzato alla liquidazione del patrimonio ed alla destinazione del ricavato al soddisfacimento dei creditori concordatari, di assicurare in forme più semplici ed efficaci l'effettiva destinazione dei beni, nei limiti della percentuale concordataria offerta, al pagamento dei creditori. E la

nomina del commissario giudiziale o di soggetto indicato dagli organi della procedura a trustee, assicura l'effettivo adempimento delle finalità per le quali il trust è stato costituito. Effetti questi che di certo il terzo non potrebbe raggiungere con un atto di destinazione ex art. 2645 ter c.c.

Peraltro è noto che la giurisprudenza a più riprese ha ritenuto che l'art. 2740 c.c. non costituisca più un principio supremo ed inderogabile del nostro ordinamento (Trib. Bologna, 1 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 67, secondo cui "l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come un "dogma sacro ed intangibile" del nostro ordinamento").

Ma più in generale è a livello normativo che il sistema sta mutando (si pensi, ad es., ai patrimoni destinati), tanto che vi è chi ipotizza che il rapporto tra i due commi dell'art. 2740 c.c. non più istituzionalmente di regola-eccezione, ma di sussidiarietà nel senso che vi sarebbero aree di responsabilità patrimoniale solo al netto delle quali varrebbe la regola residuale della genericità della garanzia. È dunque il sistema della limitazione della responsabilità delle cause legittime di prelazione (art. 2740 e 2741 c.c.) che sta progressivamente arretrando a tutto vantaggio dell'autonomia privata nel campo della costituzione delle garanzie attraverso la segregazione dei beni nella "titolarità" del creditore secondo la tecnica cd. degli ostaggi.

Non sembra dunque che il programma negoziale del trust proposto dalla I.C.C. S.r.l. e (soprattutto) dalla Sofip S.p.A. possa essere giudicato negativamente per il sistema italiano, anche perché (quest'ultimo) prevede ordinari strumenti civilistici che consentono di conseguire il medesimo obiettivo. Si pensi alla costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447 bis c.c., che secondo qualificata dottrina potrebbe essere utilizzato come una forma evoluta di garanzia ovvero come un raffinato strumento per l'adozione di disegni diretti a preferire particolari creditori o categorie di creditori. Si pensi ancora alla costituzione di una società in cui conferire le risorse finanziarie destinate ai creditori.

Ed è appena il caso di aggiungere che, trattandosi di costituzione in trust dei beni tutti della controllante (la Sofip S.p.A.) al 99,75% a garanzia dei creditori della controllata (la I.C.C. S.r.l.) "per gli importi di cui alla proposta concordataria approvata dagli stessi" (art. 3 dello schema trust; v. anche art. 10) ed assunta dalla stessa Sofip S.p.A. (v. dichiarazione irrevocabile di assunzione depositata in data 5.11.2008), è ben possibile affermarne non solo la strumentalità rispetto all'oggetto sociale della controllante, ma anche la rispondenza ad un interesse meritevole di tutela rivendendo il disponente-assuntore un vantaggio economico direttamente dalla cessione delle attività della I.C.C.

S.r.l. (trattasi di una sorta di corrispettivo per l'assunzione una volta che la Sofip S.p.A. si è impegnata ad adempiere gli obblighi concordatari anche con mezzi propri), ma anche dal fatto che la prestazione di "garanzia" è finalizzata a salvaguardare, contestualmente alla sopravvivenza economico-finanziaria della società controllata (diversamente destinata al fallimento), anche il valore della partecipazione della controllante (in arg. v. Trib. Bari, 31 gennaio 2006, in www.giurisprudenzabarese.it; Trib. Alessandra, 6 settembre 2002, in *Giur. It.* 2003,1413; Trib. Bologna, 12 settembre 2001, in *Dir. fall.*, 2001, II, 1423). In questo senso va intesa, e secondo questo senso va pienamente condivisa, quella giurisprudenza che, nel porsi davanti a casi analoghi a quello in esame, finisce sostanzialmente col risolvere la funzionalità allo scopo sociale nella sussistenza di un interesse economico della società fideiubente (si veda, Cass. 8159/2000, e più recentemente Cass. 3615/2004). Il giudice di legittimità insegna altresì che la sussistenza di un interesse economico è questione di merito.

Peraltro, nella specie, trattasi di garanzia rappresentata dal patrimonio dello stesso coobbligato-cessionario delle attività della I.C.C. S.r.l. (l'assuntore Sofip S.p.A.), cosicché non sarebbe dato comprendere perché la sicurezza dell'adempimento delle obbligazioni concordatarie non possa essere accresciuta mediante l'offerta in garanzia (in tal caso atipica per effetto della costituzione di un trust) del patrimonio dello stesso assuntore, stimato capiente, una volta che pacificamente si ritiene che l'adempimento degli obblighi dell'assuntore possa avvenire sia con mezzi propri sia con i proventi del ricavato dei beni dell'imprenditore in procedura di concordato preventivo.

Conclusivamente, quali coobbligati, la Sofip S.p.A. e la I.C.C. S.r.l. assicurano la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti della debitrice attraverso la "garanzia atipica" rappresentata dalla costituzione di un trust in cui confluirà l'intero patrimonio immobiliare di entrambe le società.

Ed in specie per quanto riguarda la Sofip S.p.A. si tratta di uno strumento che consentirà la concreta esecuzione delle obbligazioni concordatarie assunte irrevocabilmente – senza *beneficium ordinis* - con dichiarazione depositata in data 5.11.2008.

Trattasi perciò di una scelta da apprezzare positivamente non soltanto perché fornirà maggiore spazio alle intese tra debitore e creditori destinate al superamento della crisi imprenditoriale, ma soprattutto perché agevolerà gli accordi negoziali che stanno alla base del piano di risanamento, assicurando al contempo una maggiore affidabilità a chi deve pur sempre aderire ad una prospettiva incerta di regolamentazione dei suoi diritti creditori.

6.1.2. Le possibili iniziative dei creditori della Sofip S.p.A.

Si è detto che la costituzione del trust è a tutto vantaggio dei creditori della I.C.C. S.r.l.

Ed infatti se la Sofip S.p.A. si fosse limitata ad assumere gli impegni concordatari, i suoi creditori – non essendo l'assuntore vincolato alla procedura – ben avrebbero potuto aggredire il patrimonio con azioni esecutive, di sequestro, d'iscrizione di ipoteche giudiziali anche in pendenza di procedura.

Questo rischio dovrebbe però essere scongiurato con la costituzione del trust, nel cui ambito far confluire (anche) tutto il patrimonio immobiliare dell'assuntore Sofip S.p.A.

Ed infatti, il collegio non può esimersi dal rilevare che parte della giurisprudenza esclude il diritto dei creditori del disponente di assoggettare ad esecuzione forzata i beni immobili costituiti in trust (Trib. Brescia, 12 ottobre 2004, in *Trusts*, 2005, 83, secondo cui il creditore del disponente non può aggredire, con azione esecutiva di espropriazione, i beni che il debitore ha trasferito al trustee con atto avente data certa anteriore al pignoramento; analogamente, in un procedimento cautelare per sequestro, Trib. Siena, 16.01.2007, in *Trusts*, 2007, 266, ha statuito che “i creditori personali del trustee non possono aggredire i beni del trust e dunque questi beni non sono neppure sequestrabili o pignorabili alla stessa stregua dei beni costituiti in fondo patrimoniale, fino a che sia vigente ed operativo il vincolo del trust o fino a che il vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o revocazione del negozio costitutivo”; Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 707, secondo cui “dal riconoscimento del trust, istituito in conformità alla legge regolatrice, deriva (automaticamente) l'effetto segregativo del patrimonio del trustee, e la conseguente impossibilità per i creditori di quest'ultimo di attaccare i beni trasferiti”).

Sulla stessa lunghezza d'onda, già Cass. 2295/1978 aveva affermato che (nel concordato preventivo) i beni oggetto di cessione da parte del terzo risulta(va)no vincolati alla procedura secondo la disciplina dettata dall'art. 168 l.fall., negando di conseguenza al creditore pignoratizio (independentemente dalla figura del trust all'epoca inipotizzabile) il diritto di realizzare la garanzia ai sensi dell'art. 53 l.fall. e di avvalersi delle norme generali dettate in materia di pegno. Opinione questa più recentemente smentita da Cass. 6671/1998, secondo cui “il divieto per i creditori, disposto dall'art. 168, comma 1, l. fall., di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore, e quindi di realizzare il diritto di pegno, “dalla data della presentazione

del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo e fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione”, non è estensibile al creditore titolare del diritto di pegno su bene oggetto della cessione offerta da un terzo”.

Peraltro, parte della dottrina, anche a seguito della privatizzazione dell'istituto del concordato preventivo e del contenuto della decisione di omologazione, oggi assunta (non più con sentenza, bensì) con decreto, continua a ritenere che i beni del terzo siano sottratti all'azione esecutiva dei suoi creditori personali successivamente all'omologazione del concordato preventivo, anche se in senso contrario si è notato che la nuova connotazione che il concordato preventivo ha assunto fa sì che l'effettività degli apporti patrimoniali del terzo possa essere ricercata ed individuata esclusivamente sul piano negoziale della proposta offerta ai creditori.

In ogni caso, è escluso che attraverso il riconoscimento degli effetti del trust si possa derogare alle norme ed ai principi di ordine pubblico della legge richiamata dalle norme di conflitto del foro.

Quindi il trust non può essere impiegato in violazione dei diritti dei creditori personali del terzo, che siano già venuti in essere.

A tale proposito occorre sottolineare che i creditori, pur non potendo agire sui singoli beni costituenti il patrimonio costituito in trust per agevolare l'esecuzione degli obblighi concordatari da parte dell'assuntore, in ragione del vincolo di segregazione derivante dal trust stesso, sicuramente possono, secondo alcuni, impugnare la costituzione del trust con l'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, secondo altri agire (non contro l'atto istitutivo del trust - che non produce effetti dispositivi - bensì) contro l'atto di trasferimento al fiduciario ovvero contro l'atto con il quale i beni sono posti sotto il controllo dello stesso o ancora contro l'atto di segregazione del patrimonio del disponente. I creditori possono inoltre far valere la nullità del trust, ove si tratti di contratto in frode alla legge.

Di tanto dovranno essere informati i creditori della I.C.C. S.r.l. che saranno chiamati ad esprimere il loro voto.

6.1.3. La trascrivibilità del trust

La giurisprudenza degli ultimi anni ritiene che il trust immobiliare sia trascrivibile nei RR.II. (Trib. Bologna, 28 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Chieti 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, 372; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, 241; Trib. Milano, 29.10.2002, in *Trusts* 2003, 270; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Trusts*, 2004, 73; Trib. Napoli, 14 luglio 2004, in *Corriere del merito*, 2005,

13; Trib. Milano, 23 febbraio 2005, in Riv. notariato, 2005, 850; Trib. Napoli, 16 giugno 2005, in InfoUtet; Trib. Genova, 14 marzo 2006, in Nuova Giur. Civ., 2006, 1209; Trib. Reggio Emilia, 14 luglio 2007, in Giur. mer., 2008, 707). Anche nel regime tavolare è stata generalmente ammessa la pubblicità dei trust (Trib. Trento, Sezione distaccata di Cavalese, 20 luglio 2004, in Trusts, 2004, 574; Trib. Trento, Sezione distaccata di Cles, 7 aprile 2005, in Trusts, 2005, 406); Trib. Trieste, 23 settembre 2005, in Guida al Diritto, 2005, n. 41, 57; Trib. Trieste, 7 aprile 2006, in Foro it., 2006, I, 1935).

Si tratta di provvedimenti che ammettono la trascrizione dei trust "interni" (che ora sembra trovare conferma nella trascrivibilità degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.) e dei trust autodichiarati (ove la trascrivibilità è generalmente riconosciuta richiamando l'affinità dell'istituto al fondo patrimoniale, pacificamente trascrivibile ai sensi dell'art. 2647 c.c.).

Il ragionamento favorevole alla trascrivibilità del trust in esame è - come ben rilevato - il seguente:

- il legislatore, nel prevedere l'art. 2645 c.c., ha inteso attribuire rilevanza al mutamento giuridico che gli atti producono indipendentemente dalla natura dell'atto dal quale esso deriva;

- l'art. 2645 ter c.c. non menziona espressamente il trust e non rappresenta la norma che ne legittima la trascrizione;

- l'art. 12 della Convenzione de l'Aja, norma di diritto materiale uniforme, legittima esplicitamente il trustee a richiedere a proprio nome l'iscrizione dei beni mobili o immobili;

- il trustee, indipendentemente dall'art. 12 della Convenzione, è pieno e legittimo proprietario dei beni in trust e, come tale, pur trattandosi di una proprietà qualificata ha diritto, al pari di chiunque altro, di trascrivere a proprio nome tali beni. Se così non fosse, non potrebbe trovare attuazione il fondamentale effetto della segregazione patrimoniale, elemento fondamentale dell'istituto, poiché, in mancanza di pubblicità, non si potrebbe opporre ai terzi l'esistenza di un patrimonio separato.

6.2. Le previsioni del trust proposto dalla I.C.C. S.r.l. e dalla Sofip S.p.A.

Attualmente la disciplina del concordato preventivo, quale risultante a seguito dell'emanazione del decreto legge 11.03.2005 n. 35, convertito con l. 80/2005, e successive modifiche (da ultimo d.lgs. n. 169/2007) non prevede più modelli predefiniti, ma lascia ampio margine alla discrezionalità del ricorrente.

Deve, dunque, ritenersi pienamente ammissibile anche un piano concordatario che, nel prevedere l'attribuzione delle attività della I.C.C. S.r.l. in concordato ad un assunto (la Sofip S.p.A.), venga attuato (anche) tramite il conferimento della piena proprietà di tutti i beni immobili del debitore in stato di crisi e dell'assuntore in un trust liquidatorio con fine quello di agevolare la concreta esecuzione degli obblighi concordatari.

Nella specie, l'atto istitutivo del trust proposto dalla I.C.C. S.r.l. e dalla Sofip S.p.A. (secondo lo schema pubblicato in Trust, 2005, 302) intende operare come "garanzia" per i creditori della I.C.C. S.r.l. "per gli importi di cui alla proposta concordataria approvata dagli stessi" (art. 3 dello schema trust; v. anche art. 10) fin che "la procedura di Concordato Preventivo non sia chiusa e/o il Trustee, una volta liquidate tutte le posizioni attive e passive del Trust, abbia reso il suo finale rendiconto al Protector e questi ne abbia fatto approvazione" (art. 11 dello schema trust), senza che sia "in alcun modo consentito ai "Disponenti" di revocare il "Trust" anteriormente a detta scadenza" (art. 11 dello schema trust).

Al Trust spetteranno altresì tutti i proventi che deriveranno da tali beni e diritti nonché i beni ed i diritti acquistati mediante la spendita e/o lo scambio dei beni e dei diritti o il reimpiego del prezzo dei beni e dei diritti costituiti in Trust (art. 9 dello schema trust).

È previsto un protector nella persona del commissario giudiziale, che "eserciterà sul Trustee i medesimi poteri che il Giudice Fallimentare esercita nei confronti dei Commissari giudiziari" (art. 4 dello schema trust).

È previsto che il trustee venga nominato dal tribunale (v. verbale d'udienza del 5.11.2008).

Quanto agli obblighi che gravano sul trustee nello svolgimento delle proprie funzioni, essi si sostanziano nel dover impiegare quella diligenza che è tipica di un commissario giudiziale di un concordato preventivo, a cui va "sommata" la diligenza necessaria per consentire il perseguimento delle finalità proprie del trust in questione. Il trustee è legittimato a compiere qualsiasi atto di amministrazione (ordinaria e straordinaria) sui beni in trust, ha la legittimazione processuale attiva e passiva in relazione ad essi, e può comparire in tale sua qualità innanzi a qualsiasi pubblica autorità, senza che mai possa essergli contestata mancanza o indeterminatezza di poteri; può delegare in parte l'amministrazione del trust, può avvalersi di consulenti e professionisti per risolvere quei problemi che non rientrano nella sfera delle sue competenze professionali, e deve provvedere agli adempimenti di natura tributaria connessi alla gestione dei beni in trust. Naturalmente viene poi prevista la segregazione dei cespiti rispetto al patri-

monio personale del trustee, esclusa la possibilità che vengano compiuti alcuni atti da ritenersi configuranti ipotesi di conflitto di interessi, e previsto un obbligo di rendiconto nei confronti dei beneficiari (creditori), del giudice delegato e del protector. Sono previsti meccanismi di sostituzione del trustee.

In ogni caso, all'udienza del 5.11.2008, la I.C.C. S.r.l. e la Sofip S.p.A. hanno dichiarato "di volersi attenere – quanto alla costituzione del trust – alle indicazioni che il tribunale intenderà adottare".

Per la costituzione del trust, il tribunale assegna il termine di giorni 60 dalla data del deposito del presente provvedimento.

6.2.1. La nomina del commissario giudiziale

La complessità e delicatezza della procedura induce il collegio a ritenere opportuna la nomina di un commissario giudiziale collegiale, composto da due dottori commercialisti e da un professore universitario in materie giuridico-commerciali, esperto di procedure concorsuali.

Va inoltre considerato che nella determinazione delle spese occorrenti per la procedura deve tenersi conto sia della collegialità dell'incarico conferito, sia dei compensi spettanti al trustee, oltre che delle spese vive previste e degli accantonamenti per eventuali compensi a terzi (periti stimatori, legali, dipendenti da mantenere presso le società in ausilio degli organi della procedura).

Appare peraltro necessario che i commissari, nella verifica della proposta, procedano alla quantificazione dei valori medi dei loro compensi (e di quello del trustee), secondo le tariffe di legge, in modo da individuare in dettaglio i costi della procedura, ai fini del calcolo della probabile percentuale di soddisfo dei creditori (effettuando altresì opportuni accantonamenti prudenziali).

È infine opportuno che i commissari nella valutazione delle partecipazioni in altre società procedano ad un sommario accertamento sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria di queste ultime, ai fini della verifica di congruità dei valori espressi all'attivo e comunque verifichino approfonditamente tutti gli aspetti segnalati nel decreto del 15-21.10.2008.

(omissis)

P.Q.M.

Visti gli artt. 160 e 163, co. 1°, l. fall.;

dichiara aperta la procedura di concordato preventivo proposta dalla I.C.C. S.r.l. con sede in Giugliano in Cam-

pania (Na), località Ponte Riccio, Zona ASI s.n.c., c.f. 01836140630;

delega alla procedura il Giudice dott. Stanislao De Matteis;

ordina la convocazione dei creditori davanti al G.D. per l'udienza del 23 dicembre 2008, h. 9,15;

fissa il termine di giorni 20 da oggi per la comunicazione di questo provvedimento ai creditori stessi a cura del commissario giudiziale;

nomina commissario giudiziale l'organismo collegiale (che svolgerà anche il ruolo di protector) composto dal prof. avv.to Astolfo Di Amato e dai dott.ri Luciano Bifulco e Giuseppe Castellano;

nomina trustee l'avv.to Gennaro Stradolini;

stabilisce il termine di giorni 15 da oggi per il deposito da parte della ricorrente nella cancelleria della sezione fallimentare del tribunale della somma di euro 150.000,00, pari al 50% delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, mediante versamento sul conto corrente intestato alla procedura presso il Banco di Napoli;

dispone che il presente decreto sia pubblicato e notificato nelle forme previste dall'art. 166 l.fall., nonché mediante inserzione sul giornale La Repubblica e che il commissario giudiziale notificchi, a norma degli artt. 88 e 166 l.fall., un estratto del presente decreto agli uffici competenti per l'annotazione sui pubblici registri;

manda alla cancelleria perché predisponga i libri contabili depositati dal ricorrente onde favorire le annotazioni prescritte dall'art. 170 l.fall. con restituzione di essi al legale rappresentante della società.

Italia – Tribunale di Reggio Emilia

Fallimento dell'emittente un prestito obbligazionario garantito per mezzo di trust e opposizione degli obbligazionisti

Prestito obbligazionario – fallimento della società emittente – trust – dei diritti degli obbligazionisti – ammissione allo stato passivo – legittimazione degli obbligazionisti – insussistenza

La legittimazione ad insinuarsi al passivo fallimentare di una società emittente un prestito obbligazionario che sia stato oggetto di un trust istituito allo scopo di assicurare il rispetto del relativo regolamento spetta esclusivamente al trustee il quale abbia, nella sua qualità di creditore, chiesto il fallimento della società stessa, divenuta insolvente, con lo scopo di procedere alla distribuzione della somma ottenuta in conseguenza della liquidazione dell'attivo fallimentare tra tutti gli obbligazionisti garantiti dal trust, in proporzione ai rispettivi crediti.

- **Tribunale di Reggio Emilia, M. Gattuso, Pres., D. S. Tanasi, G. Rel., L. Poppi, 5 giugno 2009 [C. P., C. M. c. Fallimento Ondulati La Veggia S.p.a., The Law Debenture Trust Corporation P.l.c.]**

TESTO DEL DECRETO

(omissis)

Nel proc. n. ... promosso da C.P. e C.M. ex art. 98 L.F. nei confronti del Fallimento Ondulati La Veggia S.p.a. e The Law Debenture Trust Corporation P.l.c., ha emesso il seguente

decreto

occorre in primo luogo esaminare l'eccezione proposta dalla curatela di inammissibilità e/o nullità della domanda in quanto priva dei requisiti essenziali di legge.

A tal proposito deduce la curatela che le premesse dell'atto lamentano che il credito vantato dagli oppositori quali titolari delle obbligazioni garantite dalla fallita non sia stato ammesso al passivo fallimentare e che invece il credito del Trustee quale rappresentante comune degli obbligazionisti sia stato ammesso, mentre nelle conclusioni viene domandata l'ammissione del credito al passivo del fallimento senza tuttavia richiedere l'esclusione del credito del Trustee.

Nonostante il tenore non perspicuo dell'atto, dalla prospettazione svolta complessivamente in ricorso (v. in

particolare sub pag. 6) è possibile evincere come da un lato si contesti la mancata ammissione al passivo fallimentare del credito (configurandosi sul punto quale opposizione allo stato passivo), e dall'altro come la correlativa domanda da parte del Trustee sia stata accolta (e presentandosi quale impugnazione del credito ammesso), il che risulta confermato dal fatto che il ricorso è stato notificato sia alla curatela fallimentare che al Trustee, e perciò la relativa eccezione deve essere rigettata.

Quanto al merito, si rileva quanto segue.

Nel mese di novembre 2001 La Veggia Finance S.A., società di diritto lussemburghese con sede a Lussemburgo, emetteva obbligazioni per un importo di 100 milioni di Euro ed il rimborso del prestito era garantito da Ondulati La Veggia spa con sede in Reggio Emilia (dichiarata fallita con sentenza 15 febbraio 2008 del Tribunale di Reggio Emilia).

.....
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

Sulla legittimazione del trustee ad agire in qualità di creditore della società Ondulati La Veggia S.p.a. si v. la sentenza della Cour d'Appel del Lussemburgo, 30 gennaio 2008, arrêt n. 32497, in questa Rivista, 2009, 298, con commento di G. Fanticini, Giudici europei di *civil law* e il trustee degli obbligazionisti, ivi, 255.

L'emissione delle obbligazioni è stata accompagnata dalla sottoscrizione in data 14 novembre 2001 tra La Veggia Finance S.A. in qualità di emittente, la Ondulati La Veggia spa quale garante e la Law Debenture Trust Corporation, società inglese che opera abitualmente quale trustee, di un "trust deed", prodotto in atti con traduzione in italiano non contestata, con il quale veniva regolata sia l'emissione delle obbligazioni, sia la disciplina dei titoli emessi, sia i termini e le condizioni dell'incarico fiduciario conferito al trustee, ed al quale accede il regolamento delle obbligazioni contenuto nel prospetto informativo, allegato al Trust Deed e parimenti prodotto in atti.

In particolare, l'art. 2.2 del Trust Deed prevede che la legittimazione a ricevere il pagamento delle somme dovute in relazione alle obbligazioni nei confronti dell'emittente e del garante compete al Trustee.

Analogamente l'art. 12 del Regolamento stabilisce che compete al trustee l'adozione dei procedimenti che egli ritenga adeguati nei confronti dell'emittente e del garante per dare esecuzione forzata all'accordo fiduciario, e viene correlativamente previsto che nessun portatore di obbligazioni o di cedole possa procedere direttamente contro tali soggetti a meno che il trustee, tenuto ad agire, si astenga dal farlo entro un tempo ragionevole e tale inadempimento si protragga (ipotesi evidentemente non ricorrente nel caso di specie atteso che il Trustee si è tempestivamente insinuato al passivo fallimentare).

Sottesa a tale meccanismo contrattuale è la previsione dell'art. 6 del Trust Deed che prevede che tutte le somme ricevute dal trustee in relazione alle obbligazioni saranno detenute dallo stesso per poi essere distribuite ai singoli obbligazionisti in proporzione al rispettivo credito.

Si può quindi ritenere che in forza del contratto si sia creata una scissione tra il diritto di proprietà sulle obbligazioni, che fa capo agli obbligazionisti portatori delle stesse (diritto peraltro riconosciuto esplicitamente dall'art. 1.2 dell'allegato al Trust Deed, che riconosce al portatore di qualsiasi obbligazione o cedola la proprietà esclusiva) e dal quale consegue il diritto alla distribuzione proporzionale al credito da parte del trustee, ed il diritto di azionare diritti nei confronti dell'emittente e del garante che invece compete al trustee.

Tale legittimazione prevista contrattualmente in favore del trustee non può essere vanificata, come vorrebbero gli oppositori, dal fatto che il portatore delle obbligazioni risulti descritto dal richiamato allegato quale "legittimo proprietario per qualsiasi fine", elemento che farebbe ritenere che permangano i poteri collegati alla titolarità tra cui quello di rivendicare direttamente il credito, e ciò in quanto se così fosse verrebbe totalmente cancellato e

svuotato della sua intrinseca natura il meccanismo contrattuale descritto, dovendosi invece interpretare la clausola nel senso che il diritto al rimborso derivante dal titolo sia assoluto ed insensibile a pretese di terzi sullo stesso.

Il trustee quindi assume il controllo delle posizioni giuridiche connesse alle obbligazioni, le quali restano materialmente nella disponibilità degli obbligazionisti, ed a beneficio degli stessi.

Né si può fondatamente ritenere, come sostenuto dalla difesa degli oppositori, che le condizioni di vendita del bond e le previsioni del Trust Deed siano inopponibili nei loro confronti in quanto titoli destinati solo ad investitori istituzionali; infatti, come documentato dalla curatela, la parte frontale della cedola reca un richiamo alle condizioni riportate sull'obbligazione cui la cedola si riferisce e quindi il regolamento contrattuale era perfettamente conoscibile da parte degli investitori dotati di un minimo di diligenza.

Ne consegue che, come condivisibilmente rilevato dalla difesa del trustee, la domanda di ammissione al passivo è stata presentata da quest'ultimo nell'interesse di tutti gli obbligazionisti, compresi i ricorrenti, e nell'ottica e con la finalità di una distribuzione tra tutti gli obbligazionisti alla chiusura della procedura fallimentare in proporzione al credito di ciascuno e che gli stessi siano privi di autonoma legittimazione ad insinuarsi nel passivo del fallimento.

Non è dato peraltro comprendere quale sarebbe l'utilità pratica che discenderebbe dall'ammissione al passivo in favore di ricorrenti se in ogni caso, come rilevato in precedenza, la somma ottenuta dal trustee sarà oggetto di distribuzione tra tutti gli obbligazionisti in proporzione dei rispettivi crediti.

La proposta opposizione deve pertanto essere rigettata.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta l'opposizione.

Condanna gli oppositori al pagamento delle spese del giudizio che liquida, per ciascuna delle parti, in euro 2.840,00 di cui euro 756,00 per competenze ed euro 2.084,00 per onorari oltre spese generali iva e cpa.

Italia – Tribunale di Bari

Fallimento e aggiudicazione dei beni a un trust

Fallimento – asse fallimentare – vendita ai pubblici incanti – trust – partecipazione – aggiudicazione

Può essere disposto il trasferimento a un trust dei beni facenti parte di un asse fallimentare che siano stati venduti ai pubblici incanti qualora il trust stesso, partecipando alle operazioni di vendita, ne sia risultato aggiudicatario e abbia provveduto a depositare il relativo prezzo di aggiudicazione.

■ Tribunale di Bari, Luigi Claudio, G.D., 21 dicembre 2007 [Fallimento X S.p.a.]

■ Tribunale di Bari, Luigi Claudio G.D., 6 novembre 2008 [Fallimento X S.p.a.]

TESTO DEL DECRETO

Fallimento X S.p.a.

Il Giudice Delegato,

letto il verbale di vendita dal quale risulta che in data 15 febbraio 2007, gli immobili sotto descritti sono stati aggiudicati mediante pubblico incanto a “Trust ...” per la somma di €2.730.000,00 (duemilionesettecentotrentamila/00) il lotto n. 2 e di €1.280.000,00 il lotto n. 3;

rilevato che l’aggiudicatario ha depositato regolarmente il prezzo di aggiudicazione, nei modi e nei termini indicati dall’ordinanza di vendita del 16.11.2006;

visto l’art. 586 c.p.c.;

TRASFERISCE

a “Trust ...” con sede in Bari alla via ..., c.a.p. 70124 C.F. e partita IVA ..., in persona del suo Trustee ... nato a ... il ... codice fiscale ..., i seguenti immobili nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano e come meglio descritti nella relazione di c.t.u. in atti e già di proprietà di ... S.p.a. con sede in Bari, cod. fisc. e p. Iva ...

LOTTO n. 2: (omissis)

prezzo interamente versato €2.730.000,00= (duemilionesettecentotrentamila/00);

LOTTO n. 3: (omissis)

prezzo interamente versato €1.280.000,00= (unmilioneseduecentotantamila/00);

ORDINA

al sig. Conservatore dei Registri Immobiliari di Bari, esonerandolo da ogni responsabilità, di procedere, limitatamente agli immobili trasferiti, alla cancellazione di tutte

le eventuali iscrizioni ipotecarie e trascrizioni e precisamente:

Iscrizione ipotecaria a favore di: (omissis)

Annotazione di surrogazione parziale a favore di: (omissis)

INGIUNGE

alla fallita ... S.p.a. e per essa al Curatore dott. ... via ... Bari – o a chiunque lo detenga a qualsiasi titolo, di rilasciare l’immobile sopra descritto nella piena disponibilità di “Trust ...”, con sede in 70124 Bari alla via ..., C.F. e partita IVA ..., come sopra generalizzata.

TESTO DEL DECRETO

Il Giudice Delegato

Letta l’istanza depositata in cancelleria il 14 luglio 2008 con cui si chiede l’integrazione del decreto di trasferimento immobiliare del 21/12/2007, rep. ...

visto il parere favorevole del curatore;

DISPONE

integrarsi il decreto di trasferimento immobiliare del 21/12/2007, rep. ... nel senso che

– deve intendersi trasferita al “Trust ...” con sede in

.....
Pubblichiamo il testo dei decreti dal loro originale.

Bari alla via ... C.F. e partita IVA ..., in persona del suo Trustee, ..., nato a ... il ..., codice fiscale ... anche la particella ... del foglio ... del N.C.T. di Bari relativamente al lotto 3;

– è ordinato al conservatore dei registri immobiliari di Bari, con esonero da responsabilità e limitatamente agli immobili oggetto del menzionato decreto, la cancellazione delle seguenti formalità:

1. la trascrizione della Sentenza Dichiarativa di Fallimento n. ... del ...;

2. la trascrizione del Concordato Preventivo n. ... del ...;

3. rinnovo effettuato il 16/06/2008, ai numeri ... delle ipoteche del ...;

4. iscrizione ipotecaria ...;

5. il contestuale privilegio;

6. l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (Decreto Ingiuntivo ...);

7. l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (Pignoramento ...).

Italia – Tribunale di Milano

Nomina di conciliatore da parte del Presidente del Tribunale

Conciliatore – nomina – atto istitutivo – Presidente del Tribunale – competenza - ricorso per volontaria giurisdizione

Il Presidente del Tribunale può procedere alla nomina del conciliatore per la risoluzione delle controversie concernenti un trust disciplinata dall'atto istitutivo del trust stesso, atteso che siffatta nomina è presupposto necessario per ogni ulteriore azione innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria.

■ Tribunale di Milano, L. Pomodoro, Pres., 17 luglio 2009 [L. R. e G. P.]

TESTO DEL DECRETO

Letto il ricorso presentato nell'interesse di L. R. e G. P. per la nomina del conciliatore previsto dall'art. 36 dell'atto istitutivo del Trust “...” in data 6.7.2006;

letti gli atti allegati e sentita la difesa dei ricorrenti;

rilevato che gli eventuali controinteressati non si sono presentati avanti al Presidente delegato per l'istruttoria;

ritenuto che, ai sensi della clausola 36 dell'atto istitutivo del Trust, la nomina del conciliatore da parte di questo Presidente è presupposto necessario per ogni ulteriore azione avanti all'autorità giudiziaria;

nomina

il conciliatore previsto dall'art. 36 dell'atto istitutivo del Trust “...” in data 6.7.2006 nella persona dell'avv. prof. Paolo Carbone, presso studio legale BIN Avvocati Associati, sito in via Sala dei Longobardi n° 2, 20121 Milano.

.....
Pubblichiamo il testo del decreto dal suo originale.

In senso contrario, sebbene con riferimento alla diversa ipotesi della nomina di un nuovo guardiano, si è espresso il Trib. Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37.

Italia – Tribunale di Crotone

Nomina di un curatore speciale per i beneficiarî minori, sostituzione del guardiano e ruolo del Presidente del Tribunale

Guardiano – nuova nomina – beneficiarî minorenni – nomina di un curatore speciale – Presidente del Tribunale – competenza – ricorso per volontaria giurisdizione – inammissibilità

È infondata e quindi deve essere respinta la domanda delle beneficiarie minorenni di un trust volta ad ottenere la nomina di un curatore speciale e contestuale autorizzazione del medesimo a presentare istanza di nomina del guardiano del trust al Presidente del Tribunale, poiché la previsione dell'atto istitutivo del trust che rimetta siffatta nomina al Presidente del Tribunale viola i principî inderogabili e di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano in punto di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione.

■ **Tribunale di Crotone, Sez. civ., M. L. Mingrone, Pres., G. Russo, Rel., A. Basta, 26 maggio 2009 [V.V. e L.V.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

IL TRIBUNALE DI CROTONE

Sezione civile

sciogliendo la riserva del 25.05.2009, letto il ricorso ex art. 321 c.c. depositato in data 22.04.2009 con il quale le minori V. V. e V. L. hanno chiesto la nomina di un curatore speciale e, contestualmente, l'autorizzazione del curatore medesimo alla presentazione dell'istanza per la nomina del Protector del trust denominato "Trust R. V." del quale le minori stesse sono beneficiarie;

esaminati gli atti allegati;
acquisito il parere del giudice tutelare;
sentiti i genitori delle ricorrenti;

OSSERVA

La richiesta è infondata e, in quanto tale, deve essere respinta.

La nomina del curatore speciale ex art. 321 c.c. richiesta dalle minori è finalizzata al compimento di un atto – per il quale si chiede contestualmente l'autorizzazione – che si appalesa inammissibile: la presentazione dell'istanza al Presidente del Tribunale per la nomina del Protector (Guardiano) del trust interno denominato "Trust R. V." istituito con atto pubblico del 7.08.2008 a rogito del Notaio Giulio Capocasale di Crotone e modificato con atto pubblico del 5.11.2008 rogato dal medesimo Notaio.

Le ragioni di inammissibilità, già evidenziate dal Presidente del Tribunale di Crotone con provvedimento del 29.09.2008 e condivise da questo Collegio, non sono state interamente rimosse.

.....
Pubblichiamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.

Circa la validità della clausola che rimette la sostituzione del guardiano al Presidente del Tribunale si era già espresso in senso negativo il medesimo Trib. Crotone, con sentenza 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37.

L'atto istitutivo del trust in oggetto, pubblicato in questa Rivista, 2009, 227, con commento di M. Lupoi, Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti, ivi, 133, è stato modificato con atto pubblico consultabile in M. Lupoi, Trust per la gestione indipendente di un gruppo societario: variazioni, ivi, 576.

Le modifiche apportate con l'atto del 5.11.2008 al testo dell'art. 6 dell'atto istitutivo del trust relativo alla nomina e ai poteri del Protector non hanno eliminato la previsione che rimette al Presidente del Tribunale la nomina del Guardiano, anche se la sua scelta non è più vincolata, come nel testo precedente, a due nominativi indicati dal disponente.

Tale previsione negoziale non ha alcun supporto normativo e, in quanto tale, si pone in palese violazione con il sistema delle norme imperative e di ordine pubblico – al rispetto delle quali il trust interno è vincolato – ed in particolare con il principio di tipicità che governa i provvedimenti di volontaria giurisdizione.

Siffatto principio è preordinato, da un lato, a garantire che l'esercizio dell'autonomia dei privati non possa essere limitato oltre i casi considerati dalla legge (e, quindi, ad evitare che l'autonomia negoziale sia soggetta a restrizioni imposte dall'autorità giudiziaria al di fuori delle ipotesi e dei modi previsti dalla legge) e, dall'altro, ad impedire una privatizzazione della funzione giurisdizionale. Rimettere alla volontà dei privati la scelta di attivare l'intervento del giudice a loro piacimento significherebbe non soltanto far gravare sulla collettività i costi dell'uso privato della funzione giurisdizionale, ma soprattutto porre in pericolo l'autonomia e l'indipendenza del giudice.

La necessità di individuare una espressa previsione di legge che attribuisca al giudice il potere di intervento nell'attività negoziale di diritto privato è ancor più evidente se si segue l'orientamento della dottrina dominante secondo cui la volontaria giurisdizione è attività soltanto formalmente giurisdizionale, ma sostanzialmente amministrativa. È indubbio, infatti, che per l'attività della pubblica amministrazione viga il principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi quale diretto corollario del principio di legalità.

La questione della validità della clausola contenuta nell'art. 6 dell'atto istitutivo del "Trust R. V." non può essere superata sostenendo che per effetto della ratifica della Convenzione de L'Aja dell'1.07.1985 sono state introdotte in Italia nuove ipotesi extra codices di provvedimenti di volontaria giurisdizione, né ritenendo che l'intervento giudiziale sia legittimato nel caso in cui beneficiario del trust sia un minore d'età o una persona incapace.

Sotto il primo profilo, anche a voler ritenere che la legge straniera scelta dal disponente ex art. 6 della Convenzione comprenda non soltanto le disposizioni di carattere sostanziale, ma anche quelle di carattere processuale (in considerazione dell'interpretazione estensiva del termine "legge" dettata dall'art. 17 della Convenzione), oc-

correrebbe comunque rinvenire nella legge straniera una espressa disposizione che consenta al giudice di nominare il Protector per non incorrere nella violazione del principio di tipicità sopra richiamato che, in quanto principio di ordine pubblico, si pone come limite all'applicazione delle disposizioni della Convenzione (cfr. art. 18 della Convenzione stessa). Nel caso di specie non risulta che la legge inglese, alla quale l'atto istitutivo qui in esame rinvia, preveda la possibilità di rimettere al giudice la nomina del Protector. Quindi, comunque, mancherebbe una fonte normativa anche di diritto straniero.

Sotto il secondo profilo non può essere fatta confusione tra le disposizioni di legge in materia di tutela degli incapaci e le disposizioni di legge che consentono al giudice di intervenire in materia negoziale. Né può essere confuso l'interesse del beneficiario-incapace al corretto funzionamento del trust con l'interesse ad un intervento diretto del giudice nella nomina degli organi necessari per l'operatività del trust stesso.

Il potere del giudice di intervenire a supporto dei soggetti incapaci non può spingersi fino a consentire a questi ultimi di compiere atti che sono vietati all'autonomia privata. In particolare se ad un soggetto pienamente capace di agire e beneficiario di un trust non è consentito di adire l'autorità giudiziaria per la nomina del Guardiano, a ciò non può essere legittimato un minore o un soggetto incapace neanche per il tramite di un curatore speciale.

In sostanza non si può eludere la questione relativa alla tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione invocando le disposizioni di legge in materia di soggetti incapaci. Lo stesso art. 311 c.c. prevede il potere del giudice di nominare un curatore speciale (nel caso in cui i genitori congiuntamente o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà non possono o non vogliono compiere uno o più atti di interesse del figlio, eccedente l'ordinaria amministrazione), ma non può costituire il supporto normativo per il compimento di un atto inammissibile.

Per quanto fin qui esposto la richiesta di nomina del curatore speciale deve essere respinta, non potendosi autorizzare il curatore – anche per non incorrere nel vizio di ultrapetizione – al compimento di atti diversi da quello indicato nel ricorso stesso, stante comunque il vincolo costituito dall'art. 6 dell'atto istitutivo che, salvo future ulteriori modifiche, allo stato non consente a soggetti diversi dal Presidente del Tribunale di nominare il Protector.

P.Q.M.

respinge il ricorso.

Italia – Tribunale di Bari

Intestazione fiduciaria di quote di s.r.l. e inadempimento del fiduciario

Quote di s.r.l. – intestazione fiduciaria – obbligazione di ritrasferimento – inadempimento – termine di prescrizione

Quote di s.r.l. – intestazione fiduciaria – “pactum fiduciae” – prova

Quote di s.r.l. – intestazione fiduciaria – inadempimento al patto fiduciario – sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ.

Il diritto del fiduciante al trasferimento delle quote societarie intestate fiduciarmente a un terzo si prescrive nel termine ordinario decennale decorrente dal giorno in cui il fiduciario abbia rifiutato di adempiere la richiesta del fiduciante.

Risulta provato il *pactum fiduciae* fra due coniugi, sottostante alla intestazione fiduciaria di quote di una s.r.l., allorché il fiduciante ha provveduto a versare i tre decimi di capitale sociale della società anche per la quota di spettanza del fiduciario; ha integralmente percepito gli utili della società; ha provveduto a far interamente fronte, con il proprio patrimonio personale, ai debiti della società, estinguendoli; ha fatto confluire nel patrimonio sociale l'intero proprio patrimonio immobiliare senza che il fiduciario apportasse alcunché.

Può essere provata per testimoni l'intesa fra due coniugi, in forza della quale una quota di s.r.l. veniva intestata a uno di essi senza che a suo carico nascesse alcuna obbligazione di natura sociale, ma solo quella di trasferire la quota all'altro o a terzi da lui indicati.

Il trasferimento di quote societarie in favore del fiduciante che ne abbia fatto richiesta può essere ordinato ex art. 2932 cod. civ. a fronte del rifiuto del fiduciario di provvedervi.

■ Tribunale di Bari, Sez. IV civile, M. Monteleone, 17 dicembre 2008 [V.S. c. E.L.]

TESTO DELLA SENTENZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato il 4.9.1997, l'ing. V. S. conveniva in giudizio l'ex coniuge, sig.ra E. L., esponendo di aver costituito con quest'ultima, in data 15.10.1985, con atto per Notar D'Innella Biallo rep. n. ..., la società a responsabilità limitata denominata “Immobiliare Bari Nord”, con capitale sociale sottoscritto, pari a Lire 90.000.000 (vecchio conio), suddiviso in due quote del valore nominale di Lire 81.000.000 e Lire 9.000.000, intestate, rispettivamente, all'ing. S. ed alla sig.ra L.

L'attore riferiva di aver costituito la predetta società per “far confluire” nella stessa “una parte cospicua del proprio patrimonio immobiliare realizzato attraverso l'esercizio dell'impresa edile di cui è titolare”.

Aggiungeva, quindi, che la società Immobiliare Bari Nord s.r.l. “avrebbe avuto ad oggetto l'attività di concessione in locazione” dei predetti immobili.

Sosteneva che, per “realizzare il suddetto intento”, aveva “concluso con il coniuge”, sig.ra E. L., “nei cui confronti, stante il rapporto di coniugio, nutriva ampia fiducia”, “un accordo fiduciario”, non manifestato in un atto scritto, che prevedeva l'intestazione fiduciaria in favore della L. di una quota del 10%, con l'obbligo da parte della stessa di esercitare i diritti e le facoltà inerenti alla qualità di socio nell'interesse del S. – fiduciante –, attenendosi alle sue disposizioni, e di ritrasferire la quota all'ing. S. o a terzi, su richiesta del fiduciante.

Precisava che, in forza dell'accordo fiduciario, l'ex co-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.
La sentenza è commentata da Giuseppe Tucci, *supra*, 593.

niuge, sig.ra L., a fronte dell'intestazione della quota societaria del 10%, non aveva effettuato alcun conferimento, né al momento della costituzione della società, né successivamente.

Riferiva di aver versato, con proprio denaro, sia l'intero importo dei tre decimi del capitale sociale, a mezzo assegno bancario di vecchie Lire 27.000.000, ivi compresa la quota della sig.ra L., sia l'intero importo del capitale sociale, pari a vecchie Lire 90.000.000.

Dichiarava, altresì, che, conformemente alla finalità di far confluire il proprio patrimonio immobiliare nella s.r.l. Immobiliare Bari Nord, aveva "venduto" a quest'ultima numerosi immobili di sua proprietà, specificati negli atti di compravendita esibiti in giudizio.

Affermava che, con i predetti atti di compravendita, le parti avevano pattuito, a titolo di corrispettivo della vendita, il pagamento in denaro di una parte del prezzo e l'accollo, per le restanti somme, dei mutui gravanti sugli immobili, pari a vecchie Lire 1.344.599.444.

Aggiungeva che, in realtà, il predetto versamento di denaro, da parte della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, non veniva eseguito e che, successivamente alla stipula dei menzionati atti di compravendita, l'attore provvedeva, con proprio denaro, utilizzando "le somme depositate sul proprio conto personale", ad estinguere il predetto mutuo, per il complessivo importo di Lire 1.344.599.444.

Riferiva che, a seguito del giudizio di separazione personale dei coniugi promosso nel 1989, veniva meno il rapporto fiduciario sottostante all'intestazione, in favore della sig.ra L., della quota del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, per cui ne chiedeva "la restituzione" in forza "dell'accordo intercorso".

Aggiungeva che, con lettera - diffida del 5.10.1995, a mezzo del proprio difensore, invitava la sig.ra L. a recarsi dal Notaio "per sottoscrivere l'atto di trasferimento delle quote in questione", ma tale invito non sortiva alcun effetto.

Riferiva, altresì, che la sig.ra L. "non aveva mai esercitato i diritti sociali inerenti alla quota a lei intestata".

A sostegno della domanda, l'attore depositava la documentazione come da indice del fascicolo di parte.

Sulla base di tali premesse e ritenendo sussistente la "tipica fattispecie di intestazione fiduciaria (di tipo romanistico) di partecipazioni societarie", nonché la legittimazione ad esercitare l'azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., l'attore rassegnava, nei confronti della convenuta sig.ra E. L., le seguenti richieste e conclusioni: "1) accertare l'esistenza del negozio fiduciario concluso tra l'ing. S. e la sig.ra L., avente ad oggetto la sottoscrizione, al momento della costituzione della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, da parte della sig.ra L. - fiduciaria -, della quota so-

cietaria del 10% del capitale sociale, pari al valore nominale di vecchie Lire 9.000.000, con l'obbligo della sig.ra L. di ritrasferire la quota sociale all'ing. S. - fiduciante -, o a terzi indicati dall'attore; 2) accertare l'inadempimento, da parte della sig.ra L., del *pactum fiduciae* ed emettere, in luogo dell'obbligo, non adempiuto, di trasferire la quota, sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c., disponendo, in favore dell'ing. S., il trasferimento della quota di partecipazione societaria intestata alla convenuta".

Con comparsa di risposta del 9.12.1997 si costituiva in giudizio la convenuta sig.ra E. L., la quale, preliminarmente, eccepiva "la prescrizione dei diritti e delle azioni invocate dall'attore", ritenendo applicabile la prescrizione quinquennale ex art. 2949 c.c., il cui termine, secondo la convenuta, avrebbe incominciato a decorrere dalla data di intestazione delle quote societarie (15.10.1985) e si sarebbe, quindi, compiuto con il decorso di cinque anni in data 15.10.1990.

Nel merito, la convenuta, sig.ra L., contestava la domanda in quanto infondata in fatto ed in diritto e, comunque, non provata.

Sosteneva l'inesistenza del *pactum fiduciae*, precisando di non essersi obbligata a "ritrasferire" all'ing. S. la propria quota di partecipazione societaria nella s.r.l. Immobiliare Bari Nord.

Eccepiva, comunque, l'inammissibilità e l'improponibilità della domanda attorea, sostenendo che "il *pactum fiduciae* per essere efficace dovrebbe risultare da atto scritto".

Aggiungeva, altresì, che il *pactum fiduciae* doveva considerarsi "inesistente", in quanto l'atto costitutivo della società prevedeva la "cedibilità delle quote a terzi, salvo il diritto di prelazione dei soci".

Affermava, altresì, di aver "subito rimborsato" all'ing. S. l'importo corrispondente alla propria quota parte dei tre decimi del capitale sociale, già versato dall'attore al momento della costituzione della società.

Pertanto, la convenuta chiedeva il rigetto della domanda attorea.

Con ordinanza del 27.11.1999, il Giudice Istruttore, ritenuta la rilevanza ai fini decisori, ammetteva gli interrogatori formali richiesti dalle parti e le prove testimoniali in forma diretta e contraria.

All'esito degli interrogatori formali e delle prove testimoniali, il Giudice Istruttore, con ordinanza del 14.3.2005, disponeva la comparizione personale delle parti, per il tentativo di conciliazione.

Nonostante gli inviti rivolti dal Giudice, le parti, nei successivi verbali d'udienza, davano atto di non aver trovato un accordo transattivo (ritenuto auspicabile attesa la particolare delicatezza ed obiettiva incertezza della natura

e dell'oggetto del giudizio) e chiedevano fissarsi udienza di precisazione delle conclusioni.

All'udienza del 17.06.2008 le parti precisavano le conclusioni, come da verbale, e la causa veniva riservata per la decisione, con l'assegnazione dei termini di legge per il deposito di memorie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, va evidenziato che l'eccezione sollevata dalla convenuta, in ordine alla prescrizione breve quinquennale, ex art. 2949 c.c., del diritto fatto valere dall'attore, è infondata e, pertanto, va rigettata.

Infatti, la prescrizione breve quinquennale invocata dalla convenuta, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2949 c.c., è applicabile esclusivamente ai diritti che si fondano sul contratto sociale, mentre non trova applicazione in ordine a tutti gli altri diritti nascenti dagli ordinari rapporti giuridici che una società può contrarre al pari di ogni altro soggetto (cfr., sul punto, tra le altre, Corte di Cassazione n. 6107/93; Cassazione n. 1475/82; Cassazione n. 5489/78; Cassazione n. 10570/94).

Nel caso di specie il diritto fatto valere dall'attore non si fonda sul contratto sociale, ma sul negozio fiduciario, ovvero sull'intestazione fiduciaria di quota societaria.

In altri termini, il presente giudizio, non riguarda i diritti originati dal contratto di società, ma ha ad oggetto la domanda di accertamento del negozio fiduciario (rectius: intestazione fiduciaria di quota di società a responsabilità limitata) e di inadempimento del c.d. pactum fiduciae, ovvero dell'accordo interno tra le parti, con cui il fiduciario si assume l'obbligo di "ritrasferire" al fiduciante la quota societaria intestatagli, nonché la relativa azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

Ne consegue che il diritto fatto valere dall'attore nel presente giudizio non è soggetto alla prescrizione breve quinquennale ex art. 2949 c.c., ma alla prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c.

È altresì infondata l'eccezione sollevata dalla convenuta, secondo cui la prescrizione inizierebbe a decorrere dal giorno dell'intestazione fiduciaria della quota societaria (15.10.1985).

Come è noto, infatti, le norme che stabiliscono i termini di prescrizione dei diritti vanno lette ed interpretate alla luce dell'art. 2935 c.c., secondo cui il termine di prescrizione inizia a decorrere dalla data in cui il diritto può essere fatto valere.

Non v'è dubbio che, nell'ipotesi di intestazione fiduciaria di quote societarie, il diritto del fiduciante ad ottenere il "ritrasferimento della quota" da parte del fiduciario

possa essere fatto valere, in mancanza di diversa previsione nel pactum fiduciae, dal giorno in cui il fiduciario riceve la richiesta di restituzione e rifiuta l'adempimento, considerato che, prima di tale data, sussiste solo un obbligo di trasferimento a richiesta del fiduciante e non una obbligazione inadempita.

Con specifico riferimento a casi analoghi al presente giudizio, la Suprema Corte, chiamata ad esprimersi sull'applicazione della disciplina della prescrizione in tema di intestazione fiduciaria di quote societarie, ha, infatti, affermato il principio secondo cui "il diritto del fiduciante di ottenere la restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive con il decorso del termine ordinario di dieci anni, che ha inizio, in difetto di una diversa previsione nel pactum fiduciae, dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il trasferimento del bene" (cfr., ex plurimis, Corte di Cassazione, sez. I, 16.11.2001, n. 14375, in Giur. it., 2002).

Alla luce dei principi di diritto e dell'orientamento della giurisprudenza innanzi richiamati, quindi, è evidente che il diritto fatto valere dall'attore nel presente giudizio è soggetto alla prescrizione ordinaria decennale ex art. 2946 c.c., la quale inizia a decorrere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2935 c.c., dal giorno in cui il fiduciario ha rifiutato la richiesta del fiduciante di "ritrasferimento" delle quote societarie.

Nel caso di specie, come risulta dalla documentazione depositata in atti, il termine ordinario di prescrizione non è decorso, atteso che, a seguito della richiesta di "ritrasferimento della quota societaria", formulata dall'attore, ing. S., con lettera del 5.10.1995, la convenuta, sig.ra L., ha comunicato il proprio rifiuto ad effettuare il richiesto trasferimento, con lettera del 10.10.1995.

Da tale ultima data, quindi, comincia a decorrere il termine ordinario di prescrizione del diritto dell'attore e tale termine è stato interrotto a seguito della notifica dell'atto di citazione, avvenuta il 4.9.1997.

Parimenti infondate sono le eccezioni di inammissibilità ed improponibilità della domanda attorea, nonché di inammissibilità della prova testimoniale, sollevate dalla convenuta, secondo cui "il pactum fiduciae per essere efficace dovrebbe risultare da atto scritto".

È pacifico, infatti, in giurisprudenza ed in dottrina, il principio secondo cui per la costituzione e validità del negozio fiduciario, in particolare dell'intestazione fiduciaria di quote di società, non è richiesta la forma scritta ad substantiam e la prova dell'intestazione fiduciaria può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale, non trovando applicazione gli artt. 2721, 2722 e 2725 c.c., atteso che l'intestazione fiduciaria si configura come interposizione reale di persona, e non come interposizione

fittizia, ed il pactum fiduciae non amplia né modifica il contenuto di un altro negozio, ma fa sorgere in capo al fiduciario solo l'obbligo di adempimento (cfr., tra le altre, Corte di Cassazione, sez. I, 2.5.2007, n. 10121, in Giust. civ. Mass., 2007, 5; Corte di Cassazione, 10.11.1998, n. 11296, in; Corte di Cassazione, 11.3.2003, n. 3556, in; Corte di Cassazione, sez. I, 28.9.1994, n. 7899, in Società, 1995, 342; Corte di Appello Firenze, 23.6.2003; Trib. Firenze, 11.8.2001; Corte di Appello Milano, 22.10.2002, in Giur. milanese, 2003, 279; in dottrina, tra gli altri, F. Gazzoni, Manuale di Diritto Privato, Il negozio fiduciario).

Pertanto, la predetta eccezione formulata dalla convenuta è infondata e va quindi rigettata.

Sgombrato il campo dalle infondate eccezioni e questioni sollevate, è evidente che il thema decidendum della presente controversia riguarda l'accertamento in ordine all'esistenza dell'intestazione fiduciaria, nei confronti della sig.ra L., della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, all'inadempimento del pactum fiduciae e, conseguentemente, al diritto dell'attore ad ottenere una pronuncia costitutiva ex art. 2932 c.c.

Occorre premettere che l'oggetto della presente controversia è particolarmente complesso e delicato, atteso che il negozio fiduciario, ovvero l'intestazione fiduciaria di quote di società, della cui operatività nell'ambito della generale autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. non v'è dubbio in giurisprudenza ed in dottrina, è un negozio c.d. atipico, non espressamente disciplinato dal codice civile, che deve essere tenuto distinto da negozi apparentemente affini come la simulazione ovvero l'interposizione fittizia.

Invero, l'intestazione fiduciaria di quote di società integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, configurandosi allorché il soggetto – fiduciante trasferisce, senza corrispettivo, ad un altro soggetto fiduciario la, titolarità delle azioni o delle quote societarie, ma con il patto interno, c.d. pactum fiduciae, che l'intestatario – fiduciario sarà tenuto ad utilizzare un certo comportamento ed a disporre del bene o delle quote o azioni secondo le modalità ed i termini convenuti con il fiduciante, obbligandosi, altresì, a ritrasferire il bene (rectius: azioni o quote) al fiduciante, su semplice richiesta di quest'ultimo, alla scadenza pattuita, ovvero al verificarsi di una situazione che determina il venir meno del rapporto fiduciario.

Con il negozio fiduciario, ovvero con l'intestazione fiduciaria di quote di società, quindi, si realizzano due effetti giuridici: quello traslativo, consistente nel trasferimento del bene, ovvero delle quote o azioni, e quello obbligatorio, consistente nel tenere il comportamento convenuto e nel ritrasferire il bene al fiduciante.

È quindi evidente che gli elementi costitutivi dell'in-

testazione fiduciaria di quote – societarie si identificano nel trasferimento delle quote e nel pactum fiduciae, inteso come obbligo di ritrasferimento.

A tal riguardo, costituisce ius receptum il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, secondo cui *“tenuto conto che il negozio fiduciario si realizza mediante il collegamento di due negozi, l'uno di carattere esterno, realmente voluto e con efficacia verso terzi, e l'altro di carattere interno - pure effettivamente voluto - ed obbligatorio, diretto a modificare il risultato finale del primo negozio per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire il bene al fiduciante o ad un terzo, l'intestazione fiduciaria di titoli azionari o di quote di partecipazione societaria integra gli estremi dell'interposizione reale di persona, per effetto della quale l'interposto acquista, a differenza che nel caso di interposizione fittizia o simulata, la titolarità delle azioni o delle quote, pur essendo, in virtù di un rapporto interno di natura obbligatoria con l'interponente, tenuto ad osservare un certo comportamento, convenuto in precedenza con il fiduciante, nonché a ritrasferire i titoli a quest'ultimo ad una scadenza convenuta, ovvero al verificarsi di una situazione che determini il venir meno del rapporto fiduciario”* (cfr., tra le altre, Cassazione civ., sez. I, II, 6.5.2005, n. 9402, in Foro it., 2006, 7-8, 2167 e Giust. civ. Mass., 2005, 5; Cassazione civ., sez. II, 1° 4.2003, n. 4886, in Giust. civ., 2004, I, 1591; Cassazione civ., sez. I, 16.11.2001, n. 14375; Cassazione civ., sez. I, 27.11.1999, n. 13261, in Dir. e prat. soc., 2000, 4, 93; Cassazione civ., sez. I, 14.10.1995, n. 10768, in Giust. civ. Mass., 1995, fase. 10; Cassazione civ., sez. I, 29.11.1983, n. 7152, in Giust. civ. Mass., 1983, fase. 10).

I principi di diritto innanzi esposti sono stati accolti e ribaditi dalla recente giurisprudenza di merito, anch'essa chiamata ad esprimersi su questioni analoghe al presente giudizio (cfr., Tribunale Bologna, sez. III, 28.2.2007, n. 680, in Giur. merito, 2007, 11, 35; in senso conforme, Corte di Appello Milano, 22.10.2002, in Giur. milanese, 2003, 279; Tribunale Milano, 1° 2.2001, in Società, 2001, 973; Tribunale Cagliari, 10.12.1999, in Riv. giur. Sarda, 2001, 661).

Come già evidenziato, la prova del negozio fiduciario (rectius: intestazione fiduciaria di quote di società), ovvero del pactum fiduciae, per la cui esistenza e validità non è richiesta la forma scritta ad substantiam, può essere fornita con ogni mezzo, ivi compresa la prova testimoniale.

Nel caso di specie, dalle risultanze processuali sono emersi elementi idonei a provare l'esistenza dell'intestazione fiduciaria, nei confronti della sig.ra L., della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord.

Nel merito, quindi, la domanda proposta dall'attore, nei confronti della sig.ra L., per l'accertamento dell'esistenza dell'intestazione fiduciaria della quota societaria e

dell'inadempimento del pactum fiduciae, con conseguente azione di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., va accolta.

La ricostruzione sistematica dell'istituto dell'intestazione fiduciaria di quote di società innanzi effettuata risulta confermata, in punto di fatto, dalle risultanze processuali.

Dall'atto costitutivo e dallo statuto depositati dall'attore risulta che l'ing. V. S. e la sig.ra E. L., all'epoca coniugi, in data 15.10.1985, hanno costituito la società a responsabilità limitata denominata "Immobiliare Bari Nord", con capitale sociale sottoscritto, pari a vecchie Lire 90.000.000, suddiviso in due quote del valore nominale di Lire 81.000.000 e Lire 9.000.000, intestate, rispettivamente, all'ing. S. ed alla sig.ra L.

Risulta, altresì, documentalmente provato dalla documentazione bancaria depositata dall'attore (all.ti 3 e 10), che l'ing. S. ha versato, con denaro proprio, a mezzo assegno bancario, l'intero importo dei tre decimi del capitale sociale della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, pari a vecchie Lire 27.000.000, ivi compresa quindi la quota della sig.ra L. intestataria del 10% del capitale sociale.

Infatti, l'assegno bancario con cui è stato eseguito il versamento dei 3/10 del capitale sociale è tratto sul c/c n. 27/1051, intrattenuto presso il Banco di Napoli ed "intestato a S.V.", come indicato nella citata documentazione bancaria.

La convenuta, sig.ra L., invece, non ha provato di aver "rimborsato" all'ing. S. l'importo corrispondente alla propria quota parte dei tre decimi del capitale sociale.

A tal riguardo va evidenziato che è del tutto irrilevante la dichiarazione resa dal teste indicato dalla convenuta, sig. U. S., considerato che quest'ultimo, all'udienza del 23.11.2004, ha genericamente riferito che la sig.ra L. "versò la quota di sua spettanza relativa al versamento dei 3/10 del capitale sociale [...] perché aveva i soldi e quindi non c'era alcun problema" e che egli non era a conoscenza "delle modalità con cui avvenne questo versamento né chi lo effettuò materialmente".

In definitiva, quindi, come già evidenziato, l'attore ha provato documentalmente di aver eseguito il versamento dell'intero importo dei tre decimi del capitale sociale, ivi compresa la quota della sig.ra L. intestataria del 10% del capitale sociale, mentre la convenuta non ha fornito alcuna prova in ordine all'assunto "rimborso" in favore dell'ing. S.

Risulta, altresì, dalle dichiarazioni rese, in sede di interrogatorio formale, dalla convenuta, che quest'ultima non ha versato alcuna somma per la società Immobiliare Bari Nord s.r.l., né al momento della costituzione, né successivamente.

Infatti, a tal riguardo, la sig.ra L., all'udienza del

21.11.2000, con specifico riferimento alla posizione articolata al n. 4 dell'atto di citazione: "vero che non ha mai versato alcuna somma a causa o in dipendenza della sua qualità di socia della s.r.l. Immobiliare Bari Nord", ha dichiarato che "non mi è mai stata richiesta alcuna somma perché mio marito diceva che attingeva dagli utili che produceva dalla Immobiliare e che non ha mai distribuito come tuttora avviene", ammettendo, così, sostanzialmente, sia di non aver versato alcuna somma di denaro per la società, sia di non aver mai percepito gli utili.

È quindi evidente che il pagamento dell'intero importo del capitale sociale, nonché delle ulteriori spese relative alla società, è stato eseguito dall'attore.

Anche tale circostanza è idonea a provare che la quota del 10% del capitale sociale della s.r.l. Immobiliare Bari Nord sia stata intestata fiduciarmente alla sig.ra E. L.

A tal riguardo, la Suprema Corte, chiamata ad esprimersi sull'interpretazione e sulla disciplina del negozio fiduciario e sulla differenza rispetto alla interposizione fittizia, ha affermato il principio secondo cui "nel caso in cui più soggetti diano vita ad una società di capitali, per azioni o a responsabilità limitata, il cui capitale sia stato solo da uno di essi conferito effettivamente, mentre gli altri sono solo apparentemente intestatari di azioni o quote sociali, si ha una mera intestazione fiduciaria delle azioni o delle quote, la quale fa sorgere, a carico dell'intestatario, l'obbligo di trasferirle a chi ha somministrato i relativi mezzi economici [...]" (cfr., Corte di Cassazione, sez. I, 28.9.1994, n. 7899, in Giust. civ. Mass., 1994, 1164).

È proprio ciò che si è verificato nel caso di specie, considerato che le parti, con l'atto costitutivo del 15.10.1985, hanno dato vita alla società a responsabilità limitata Immobiliare Bari Nord, con capitale sociale pari a vecchie Lire 90.000.000, suddiviso in due quote del valore nominale di Lire 81.000.000 e Lire 9.000.000, intestate, rispettivamente, all'ing. S. ed alla sig.ra L., ma l'intero importo sia dei tre decimi del capitale sociale, sia del capitale stesso è stato versato solo dall'ing. S.

Inoltre, la sig.ra L., sebbene intestataria della quota societaria, non ha percepito gli utili della società, come da lei stessa dichiarato in sede di interrogatorio formale all'udienza del 21.11.2000.

Mentre risulta provato che gli utili della s.r.l. Immobiliare Bari Nord sono stati integralmente percepiti dall'ing. S., come peraltro riferito dal teste, dott. comm. S. S., il quale, all'udienza del 25.3.2003, dopo aver dichiarato di "aver svolto, in qualità di commercialista, attività professionale per la Bari Nord s.r.l.", ha riferito che "i proventi delle locazioni, al pari delle vendite di qualche unità immobiliare, confluivano nelle tasche dell'ing. S."

Anche la circostanza secondo cui i proventi (rectius: utili) della s.r.l. Immobiliare Bari Nord confluivano nelle mani dell'attore è idonea a provare che la quota del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord sia stata intestata fiduciariamente alla sig.ra L.

A tal riguardo, la giurisprudenza di merito ha, infatti, affermato che *"nell'intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali la corresponsione degli utili al soggetto che conserva la proprietà fiduciaria rientra nelle conseguenze del negozio fiduciario di intestazione in fiducia"* (cfr., Tribunale Milano, 1° 2.2001, in Società, 2001, 973).

Gli ulteriori elementi idonei a provare l'esistenza dell'intestazione fiduciaria della quota societaria, nei termini innanzi esposti, sono rappresentati dalla circostanza che, conformemente alle finalità indicate dall'attore, nella società Immobiliare Bari Nord s.r.l., è effettivamente confluito il patrimonio immobiliare personale dell'ing. S., come risulta documentalmente provato dagli atti di compravendita depositati dall'attore.

Inoltre, sebbene la società acquirente, con i predetti atti di compravendita, si sia accollata il mutuo gravante sugli immobili, obbligandosi a pagare le relative rate, tale obbligo non è stato realmente adempiuto dalla società, ma dall'attore il quale ha estinto il mutuo con denaro proprio, esistente sul citato conto corrente personale n. ... intrattenuto presso il Banco di Napoli, versando il complessivo importo di vecchie Lire 1.344.599.444, come risulta documentalmente provato dalla documentazione bancaria depositata dall'attore.

L'ulteriore elemento idoneo a provare l'esistenza dell'intestazione fiduciaria e del pactum fiduciae è costituito dalle dichiarazioni testimoniali del sig. M. B., *"collaboratore dell'impresa dell'ing. V. S. dal 1966"*.

Il teste, sig. B., infatti, all'udienza del 25.6.2002, ha confermato di *"essere stato presente al colloquio tra il sig. S. e la sig.ra L., che avvenne verso la fine dell'anno 1985"*; ha, altresì, confermato la circostanza indicata dall'attore al punto G della citazione, secondo cui, in occasione del predetto colloquio intercorso nella direzione del Grande Albergo Bari Nord, *"L'ing. S., dopo aver ribadito alla sig.ra L. l'opportunità di costituire una società a responsabilità limitata a cui avrebbe trasferito una parte del proprio patrimonio immobiliare, per conseguire vantaggi fiscali e per salvaguardarlo dai rischi connessi all'impresa individuale, propose alla sig.ra L. di costituire una società di capitali"*.

Il predetto teste ha altresì precisato che *"la stessa proposta mi era stata fatta precedentemente dall'ing. S. senza alcun dovere economico da parte mia, ma poi l'ingegnere cambiò idea e preferì intestare la quota alla moglie per non urtarne la suscettibilità"*.

Il teste ha confermato anche la posizione articolata dall'attore al punto H della citazione, secondo cui *"il S. precisò alla L. che egli avrebbe fornito tutti i mezzi economici necessari per la costituzione della società e che la L. sarebbe stata sollevata da qualsiasi pagamento dipendente dalla sua qualità di socia, tasse comprese"*.

Il teste, sig. B., ha altresì confermato la circostanza articolata al punto I dell'atto di citazione, secondo cui *"il S. precisò anche che la L. era obbligata a trasferire al S. o a terzi da questo indicati, su semplice richiesta, la quota che sarebbe stata a lei intestata"* ed ha *"precisato che negli stessi termini l'ing. S. aveva fatto analoga proposta nei miei riguardi"*.

Il predetto teste, inoltre, ha riferito che *"la sig.ra L. accettò in pieno la proposta fattale dal marito"*.

L'esistenza dell'accordo fiduciario nei termini indicati anche dal predetto teste, sig. B., non è esclusa dalle generiche dichiarazioni rese dal teste indicato dalla convenuta, sig. U. S.

Quest'ultimo, infatti, si è limitato ad esprimere una valutazione, affermando che *"escludo l'esistenza dell'accordo che sarebbe intervenuto tra il S. e la L. [...]"*, senza neanche indicare o specificare il motivo per cui ha escluso l'esistenza dell'accordo.

Alla luce di quanto esposto ed accertato, nonché dei principi di diritto e dell'orientamento della giurisprudenza innanzi citati, quindi, risulta provato il negozio fiduciario in termini di intestazione fiduciaria, nei confronti della sig.ra E. L., della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord.

Ne consegue, altresì, che, a seguito dell'inadempimento della convenuta (intestatataria fiduciaria della quota), dell'obbligo di "ritrasferire" la detta quota all'attore - fiduciante, quest'ultimo ha diritto ad ottenere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2932 c.c., il trasferimento, in proprio favore, della quota stessa.

A tal riguardo, infatti, la Corte di Cassazione, con le citate pronunce ha affermato che *"in caso di accertato inadempimento del fiduciario non può emettersi una sentenza dichiarativa del diritto di proprietà del fiduciante, essendo necessaria una sentenza costitutiva di tale diritto da pronunciarsi o con statuizione specificamente esecutiva, ai sensi dell'art. 2932 c.c., dell'obbligo di ritrasferire, o con statuizione di condanna all'adempimento di tale obbligazione"* (cfr., Corte di Cassazione civ., sez. II, 1° 4.2003, n. 4886, in Giust. civ., 2004, I, 1591; Corte di Cassazione civ., sez. I, 29.11.1983, n. 7152, in Giust. civ. Mass., 1983, fasc. 10; Corte di Cassazione, sez. I, 14.10.1995, n. 10768, in Giust. civ. Mass., 1995, fasc. 10; Tribunale Piacenza, 10.8.1993, in Banca borsa tit. cred., 1994, II, 537).

Tuttavia, attesa la particolare delicatezza ed obiettiva

incertezza delle questioni di fatto e di diritto trattate, appare conforme ad equità compensare integralmente tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Giudice monocratico, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta con atto di citazione notificato il 4.9.1997 dall'ing. V. S. nei confronti della sig.ra E. L., disattesa ogni ulteriore istanza, deduzione ed eccezione così provvede:

- rigetta le eccezioni svolte in via preliminare dalla convenuta;
- ritenuto il fondamento della domanda attorea, ac-

certa e dichiara l'esistenza del negozio fiduciario tra l'ing. V. S. e la sig.ra E. L., avente ad oggetto l'intestazione fiduciaria, nei confronti della sig.ra L., della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord;

– accerta e dichiara, altresì, l'inadempimento dell'obbligo della intestataria – fiduciaria della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, sig.ra E. L., di "ritrasferire" la detta quota al fiduciante, ing. V. S.;

– per l'effetto, applicato l'art. 2932 c.c., ordina il trasferimento, in favore dell'ing. V. S., della quota societaria del 10% della s.r.l. Immobiliare Bari Nord, intestata fiduciariamente alla sig.ra E. L.;

- compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Inghilterra e Galles – Supreme Court of Judicature

Criteri per l'imputazione dei compensi del trustee e delle spese di gestione e investimento al reddito o al capitale

Compensi del trustee – “non-executive trustee” – investimenti finanziari – spese di gestione e amministrazione – imputazione al reddito – imputazione al capitale – criterio di imputazione

L'imputazione dei compensi del trustee al reddito o al capitale del trust può avvenire in funzione della determinabilità, basata su una quantificazione precisa oppure su una stima ragionevole, della quantità di tempo che il trustee abbia dedicato agli adempimenti previsti dalla sua funzione in vantaggio, rispettivamente, dei beneficiari del reddito o dei beneficiari del capitale.

Le spese che i trustee affrontino in relazione alla gestione e all'amministrazione del reddito del trust possono essere imputate al capitale qualora esse siano state sostenute successivamente alla decisione del trustee di accumulare il reddito del trust maturato.

■ **Supreme Court of Judicature, Court of Appeal, Arden, Lloyd, Chadwick, L.J.J., 19 dicembre 2008 [Commissioners for H M Revenue & Customs v Trustees of the Peter Clay Discretionary Trust]**

TESTO DELLA SENTENZA

Sir John Chadwick:

1. This is an appeal from the order made on 15 November 2007 by Mr Justice Lindsay on an appeal and cross appeal under section 56A of the Taxes Management Act 1970 from a decision of the Special Commissioners (Mr Adrian Shipwright and Dr John Avery Jones CBE) released on 27 February 2007.

2. The issue before the Special Commissioners was whether the Commissioners for H M Revenue & Customs had been correct, in a closure notice dated 30 November 2005, to disallow the attribution in part to income in the year 2000-01 of certain expenses incurred by the trustees of a United Kingdom resident discretionary trust. That issue arose in the context of section 686 of the Income and Corporation Taxes Act 1988 (TA 1988).

3. Section 686(1) TA 1988 (as in force at the relevant time) – read with section 686(2) – provided, so far as material, that the income arising to trustees of accumulation and discretionary trusts should be taxed not at the basic rate but at the higher rates (“the Schedule F trust rate” or “the rate applicable to trusts”) specified in sec-

tions 686(1AA) and 686(1A). But that provision was subject to section 686(2AA):

“686(2AA) The rate at which income tax is chargeable on so much of any income arising to trustees in any year of assessment as –

(a) is income to which this section applies, and

(b) is treated in accordance with section 689B as applied in defraying the expenses of the trustees in that year which are properly chargeable to income (or would be so chargeable but for any express provisions of the trust), shall be the rate at which it would be chargeable on that income apart from this section, instead of at the rate applicable to trusts or the Schedule F trust rate (as the case may be).”

Section 689B TA 1988 prescribed the order in which expenses were to be set against different classes of income.

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

Manca il Sommario in quanto la sentenza è commentata da A. Quagli, *supra*, 585.

La pronuncia degli Special Commissioners che ha dato luogo alla sentenza di primo grado che ha costituito oggetto dell'impugnazione decisa in appello con la pronuncia che si pubblica, può leggersi in questa Rivista, 2008, 50, con commento di Alberto Quagli, I costi del trust tra reddito e capitale, *ivi*, 5.

In the present case nothing turned on the particular class of income against which expenses were to be set: the issue was whether the income arising to the trustees had been applied in defraying expenses which, in part, were properly chargeable to income.

4. It was common ground that the effect of section 686(2AA) TA 1988 was that, to the extent that income had been applied in defraying expenses which were properly chargeable to income, that income did not suffer tax at the higher rates applicable to the income of accumulation and discretionary trusts. The dispute between the trustees and the Revenue was whether it was proper for trustees to charge part of certain annual expenses to the income of the trust on the footing that that was what the proper application of the general law as to the incidence of trustees' expenses required. Put shortly, the trustees contended that, where a particular expense of managing the trust related partly to income, that expense could and should be apportioned fairly between income and capital; so that part was attributed to income. The Revenue contended that apportionment between capital and income was not permissible in such a case: it was only those expenses which related wholly and exclusively to income that could be attributed to income: an expense which related partly to income and partly to capital was to be charged wholly to capital.

5. The expenses in issue before the Special Commissioners fell into five categories: (i) trustees' fees, (ii) investment management fees, (iii) bank charges, (iv) custodian fees and (v) professional fees for accountancy and administration. The Special Commissioners ruled in favour of the trustees in respect of each of those categories save investment management fees. They held ([2007] UKSPC SPC00595) that:

"In accordance with the requirement to achieve a fair balance between income and capital beneficiaries, a proportion of all the expenses in issue, with the exception of the investment management fees, is attributable to income and is properly chargeable to income for the purposes of s 686(2AA)".

But that statement of principle must be read with the further qualification (at paragraph 19(3) of the decision) that no part of the fixed fee payable to the individuals identified as "non-executive trustees" was attributable to income. The Special Commissioners adjourned the appeal to enable the parties to agree the proportion (or proportions) to be attributable to income; with a direction that that question could be restored for determination if need be. They held, further, that expenses should be allocated to a particular year of assessment on the accruals basis.

6. The Revenue appealed to the High Court from the Special Commissioners' decision that a proportion of those

expenses which related partly to income and partly to capital could be attributed to income. It was made clear, however, in the skeleton argument filed on their behalf in support of that appeal (at paragraphs 22, 49 and 50) that – although contending that the Special Commissioners had erred in principle in that respect – the Revenue did not challenge the conclusion that a proportion of expenses within categories (iv) and (v) – custodian fees and accountancy and other professional fees – could be attributed to income. It was accepted that a part of those fees could be said to relate exclusively to income: so satisfying the principle for which the Revenue contended. The Revenue appealed, also, in respect of the decision that expenses be allocated on the accruals basis. The trustees cross-appealed in respect of the decision that no part of fixed fee payable to non-executive trustees or of investment management fees could be attributed to income.

7. The judge allowed the Revenue's appeal in respect of the attribution of expenses to income; but dismissed the appeal in respect of allocation on the accruals basis. He dismissed the trustees' cross-appeal. Given that there was no challenge before him to attribution of a portion of expenses within categories (iv) and (v) – nor, in the event, to the attribution of a portion of expenses within category (iii) (bank charges) – it may be that his order of 15 November 2007 (paragraph (1) of which allowed the Revenue's appeal save in respect of the decision that the accruals basis was a proper way to allocate expenses to a year of assessment) went further than he had intended.

8. It is from that order of 15 November 2007 that the trustees appeal to this Court. Permission to appeal was granted by Lady Justice Arden on 29 January 2008. There has been no cross-appeal. Further, the Revenue now accepts (as appears from paragraph 5 of the skeleton argument filed in this Court) that a proportion of the fees paid to the executive trustee is properly chargeable to income. The submissions before us have been confined to the fees paid to the non-executive trustees (that is to say, to a relatively small element of the expenses within category (i)) and to investment management fees (expenses within category (ii)).

The underlying facts

9. The trust known as "the Peter Clay Discretionary Trust" was constituted by a deed dated 5 December 1995. It is one of a family of six trusts with the same trustees and broadly similar investment policies. At the relevant time there were four trustees: two individuals (described as "non-executive trustees") who claimed only limited fees (fixed in amount) for the time spent in preparing for and attending trustee meetings; a family trust company which made no charge; and an accountant (described as the

“executive trustee”) who was remunerated on a time basis for his service as a consultant to the firm of which he was formerly the senior partner. In the year in question (2000-01) the trustees’ fees amounted to £46,712: of which £41,712 was paid for the services of the executive trustee and £5,000 was paid to the non-executive trustees.

10. The Special Commissioners made the following findings of fact as to the role of the executive trustee:

“4(2) Mr Stockwell’s role is very active. He spends about 15 hours a week on the investments and a similar amount of time on the income of the six trusts, equating to about 1-1/2 hours a week on the income of this particular trust. The work on income includes checking that the withholding taxes are deducted at the correct tax treaty rate in about 17 countries. Investments are held in a similar number of currencies. He sees daily income records of the Custodians on each account and in each currency on his computer. [...]”

(3) Rawlinson & Hunter bill quarterly for Mr Stockwell’s services as a trustee and separately for accounting services performed by other members of the firm. The amount of each part of the fee varied from quarter to quarter (although Mr Stockwell’s part is the same except for being less in one quarter) in the period under appeal from which we infer that the charges are calculated either on a time basis or on an agreed basis that was calculated in advance on the expected time. The fee is split between the six trusts on the basis of their value. [...]”

11. The trusts have three different investment managers, each with its own custodian. Each investment manager was remunerated by a fee calculated by reference to the capital value of the funds under management. The Special Commissioners found that:

“4(5) Both Mr Stockwell and Mr Custis [a director of Rathbone Trust Company Limited] drew attention to (and we accept) the changed role of investment advisers since about 1990. Originally a stockbroker would provide periodic advice on investments while the trustees dealt with transfer forms, keeping share certificates and collecting income. Now investment managers will use their nominee company, will have discretion to vary investments in accordance with trustees’ general instructions, will maintain accounts of income and capital, make payments out of each on the trustees’ instructions, produce statements of such accounts and valuations of investments, prepare annual tax information with a consolidated tax deduction certificate and compute capital gains, will check and chase up missing income, including dealing with withholding taxes.

(6) Mr Custis said (and we accept) that where trustees’ fees were based on the value of the funds he would expect between 50% and 70% to be attributed to income. [...]”

The aggregate fees paid to investment managers in the relevant year in respect of the Peter Clay Discretionary Trust was £176,136.

The Special Commissioners’ decision

12. The Special Commissioners were referred to a number of authorities including, in particular, the judgments in this Court in *In re Bennett, Jones v Bennett* [1896] 1 Ch 778 and the speeches in the House of Lords in *Carver v Duncan* [1985] 1 AC 1082. They noted, as a statement of the general rule, the observations of Lord Templeman in *Carver v Duncan* (*ibid.*, 1120B-C), that:

“Trustees are entitled to be indemnified out of the capital and income of their trust fund against all obligations incurred by the trustees in the due performance of their duties and the due exercise of their powers. The trustees must then debit each item of expenditure either against income or against capital. The general rule is that income must bear all ordinary outgoings of a recurrent nature, such as rates and taxes, and interest on charges and incumbrances. Capital must bear all costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate.”

But they accepted that the underlying general principle was to achieve fairness between those beneficiaries entitled to income and those entitled to capital. And they directed themselves (at paragraph 17 of their decision) that:

“[...] in the light of the general principle of fairness ‘expenses incurred for the benefit of the whole estate’ should not be understood widely as meaning anything that is for the benefit of both the income and capital beneficiaries should be charged to capital and should not be attributed.”

The correct approach, in their view, was that an expense should be attributed in part to income “unless the expense really is a capital expense where the interest of the income beneficiary is merely the consequential loss of income on the capital that goes to pay the expense” (*ibid.*).

13. Adopting that approach, the Special Commissioners concluded that, in principle, the fees charged in respect of the executive trustee – being fees based on time spent – could properly be attributed in part to income. But it would not be appropriate to attribute to income any part of the fixed fee paid to the non-executive trustees. The distinction lay in the fact that “the fee of the non-executive trustees does not vary according to the amount of work attributed to income, as does Mr Stockwell’s fee”. So the fixed fee paid to the non-executive trustees should properly be treated as an expense incurred for the benefit of the whole estate; and should be charged to capital.

14. The Special Commissioners found that the work of the investment managers was predominantly attributable

to capital. They were satisfied, on the facts, that the custodian did the bulk of the work relating to the income. They went on to say this (at paragraph 19(5) of their decision):

“19(5) The only part seriously contended for attribution to income is the investment of accumulated income. If the accumulation were for a particular child then it would be proper to attribute the cost of investment of those accumulations to that fund, as opposed to the capital generally. Here since accumulations of income can be paid as income of a future year they are held on different trusts from the original capital and it would be proper to charge the fund with its investment rather than the whole capital. But the real question is whether because we are dealing with income until the accumulation takes place this is to be attributed to income. In our view accumulation of income takes one beyond the point at which the expenses are ‘properly chargeable to income.’ The trustees will have resolved to accumulate the income at which point it become capital and the expenses of investing it are capital. The position might well be different if the trustees are temporarily investing income while deciding whether to accumulate it.”

The judgment in the High Court

15. The judge took the view that the question raised by the Revenue’s appeal was determined by the passage in the speech of Lord Templeman in *Carver v Duncan* to which I have already referred. He accepted (at paragraph [31] of his judgment) that it was “possible to point to real doubts as to the applicability of Lord Templeman’s ‘general rule’ as to ordinary outgoings of a recurrent nature [in what the judge described as the second sentence of that passage]”; and accepted that, in propounding the rule in that second sentence as a ‘general rule’, Lord Templeman might have contemplated that there would be many exceptions. But he went on to say this (*ibid*):

“[31] [...] But the rule or principle as to capital bearing all expenses incurred for the benefit of the whole estate in the third sentence is not dependent or consequential upon the second sentence. It appears as an independent rule and one, unlike that in the second sentence, having its own prior authority as a base. [...]”

He observed that difficulties with the second sentence did not necessarily infect the third sentence.

16. The judge held that the proposition in what he described as the third sentence in the passage of Lord Templeman’s speech in *Carver v Duncan* – “Capital must bear all costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate” – was binding upon him. He said this:

“[33] Very attractive as the ‘fairness’ argument is and powerful as it might otherwise seem to be in supporting

some apportionment of some of the Trustees’ expenses between capital and income, I fail to see, to the extent that any particular expense is to be regarded as incurred for the benefit of the whole trust estate, that I am at liberty, with respect to that expense, to ignore a principle which the House of Lords has held to be derivable from *Bennett*, to have been accepted for nearly 90 years and which the House of Lords itself, by Lord Templeman, twice re-states. Whatever doubts I might otherwise have had as to *Bennett* as intending to ground a rule of inescapable application, bound, as I am, by *Carver*, I am not free to read *Bennett* other than as establishing or re-stating the principle or rule, within the general law of trusts, as to trustees’ expenditure incurred for the benefit of the whole estate which Lord Templeman states, namely that it has to be regarded as a capital expense. Moreover, in a conflict between the second and third sentences, it is the latter, undoubtedly ratio, supported by prior authority and twice stated that has to be preferred as the more binding statement.”

He concluded (at paragraph [36] of his judgment) that the Special Commissioners had erred in law: they had been wrong in failing to apply the principle that “all costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate” were inescapably to be treated as of a capital nature for the purposes of section 686(2AA) TA 1988. In reaching that conclusion the judge observed (*ibid*) that, given the authoritative statement in *Carver v Duncan*, it did not assist the trustees that the principle “is unattractively inflexible or might in some circumstances be thought unfair”.

17. As I have said, the Revenue accepted before the judge that – consistently with the principle that all costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate must, necessarily, be treated as of a capital nature – an apportionment of bank charges, accountancy (and, I think, other professional) fees and custodian fees could properly be made “so as to attribute part of the expense to capital and part to income”. As the judge noted (at paragraph [37] of his judgment): “I have not been concerned to inquire into what has led the Revenue to accept that parts at least of such expenses were not incurred for the benefit of the whole estate”.

18. The judge rejected the trustees’ claim to charge part of the investment management fees against income. He said this:

“[38] As for the investment management fees, outstandingly the largest type of expense within the overall total [...] the Trustees accept that in the main they are properly chargeable to capital but there is an element thereof [it is said] which is properly chargeable to income. The Trustees resolved to accumulate income but there was not an accumulation, properly so-called [...] until the

Trustees had invested the income and they had before that incurred expense in being advised as to how that income was to be invested. I have not had my attention drawn to any identifiable or identified element of the overall bill for investment management fees that was attributable to that particular type of advice but, in any event, the advice amounted to advice as to how best to make the income into capital, advice which, surely, redounded for the benefit of the estate as a whole. [...]"

19. The judge rejected, also, the trustees' claim to charge part of their own fees against income. He made no distinction, in that respect, between the fee paid to the executive trustee and the fee paid to the two non-executive trustees. He observed (at paragraph [49] of his judgment) that, consistently with the principle derived from Lord Templeman's speech in *Carver v Duncan*: "The starting point [...] should be that trustees' remuneration should be regarded as incurred for the benefit of the whole estate. [...] At lowest, there must be a heavy evidential burden [...] upon those who assert some other conclusion". That burden (as he found) was not satisfied in the present case.

20. In reaching that conclusion the judge accepted (at paragraph [47] of his judgment) that it was unnecessary for him to hold, as a rule without possible exception, that trustees' remuneration in discretionary trusts falling within section 686 TA 1988 should always be regarded as having been incurred for the benefit of the estate as a whole. He recognised that "in exceptional circumstances and on particular evidence some exceptions may be discovered with respect either to some particular remuneration ascribable to the doing of a particular task, to an unusual trust provision or to the activity of some particular trustee such that it could clearly be seen that the service rendered and remunerated was not incurred for the benefit of the estate as a whole and was of an income character". But he did not find there to have been evidence of that nature before the Special Commissioners in this case. He went on to say this:

"[48]. Moreover, the very 'even hand' requirement emphasised by the Trustees [...] assists the Revenue as it may tend to show how, at the level of the Trustees in a properly administered trust, consideration of the respective interests of capital and income are often inseparable. Even a decision which has seemed at first glance to relate only to capital will, if considered properly in an even-handed way, be likely to have involved a consideration of who, if anyone, for the time being is or should be entitled to income, what his, her or their needs are and whether, having regard to them, it is nevertheless right to do as was being considered with capital. Of course, the test, in relation to a trustee's expense, is whether it was incurred for the benefit of the whole estate not whether its outlay involved con-

sideration of both the interests of capital and income but that the whole estate falls to be considered will often point also to the whole estate being intended to be benefited."

This appeal

21. In their grounds of appeal, annexed to the appellants' notice, the trustees do not seek to challenge the principle that capital must bear all costs charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate. But it is said on their behalf that the judge was in error in failing to recognise that trustees' fees and remuneration are in part incurred not for the benefit of capital but for the distinct benefit of income "in so far as it is necessary to get in, account for (and make tax returns of) income as such, and distribute or determine how to deal with the income (depending on the terms of the trust)", that these are concerns of trustees which do not in any way impinge on capital, and that accordingly part of the burden of such fees and remuneration (not being incurred for the benefit of the whole estate) is not covered by the *Carver v Duncan* principle and should be charged to income. Further, it is said that all costs of dealing with any income should be charged to that income; and that that the costs of capitalising income (like costs incurred in distributing income) are themselves costs of dealing with the income in question and should be charged to that income.

The benefit of the whole estate

22. As I have said it is common ground that expenses incurred "for the benefit of the whole estate" are chargeable to capital. But there is, I think, no true consensus between the parties as to the meaning of the expression "for the benefit of the whole estate". It is necessary, therefore, to examine the judgments of this Court in *Bennett* and the speeches in the House of Lords in *Carver v Duncan* in order to understand the sense in which that expression is used.

23. In *Bennett* the principal asset of the deceased's estate was an unsecured interest-bearing loan to a firm of wine merchants of which he had formerly been a partner. Under the agreement made on his retirement the loan was repayable on demand in the event of the breach of certain conditions intended to ensure the continued solvency of the firm. The question for the court was whether the costs of an annual audit and stock-taking of the debtor firm – which the executor and trustee deemed necessary to enable him to determine whether the conditions had been observed or the loan had become repayable – should be charged against capital or against income. It was held at first instance that expenses already incurred in connection with the first audit and stock-taking should be borne by

capital; but that future expenses of that nature should be charged against income. The Court of Appeal took a different view in respect of future expenses. Lord Justice Lindley said this (*ibid*, 784):

“[...] Why is this expense to be thrown upon the tenant for life? For whose benefit is it incurred? It is really for the benefit of the whole estate, though the practical effect of throwing it upon the whole estate will be that the tenant for life will lose the income of the sums expended.”

Lord Justice Kay was of the same opinion (*ibid*, 786):

“Then comes the question out of what should the expense of the examination come – out of capital or out of income? In the first place the object of the provisions in the agreement is to ensure repayment of the capital [...]. Surely [the provision for examination] is a provision which the testator deliberately introduced into this agreement for the purpose of making himself safe as to the repayment of this capital which he had not charged in terms upon the capital of the business. The expense is one in which the persons entitled to the capital ought to share: why then should it all be thrown upon the tenant for life? [...]”

And Lord Justice A L Smith said this (*ibid*, 787):

“Here the payment is one which the trustee, for the benefit of the tenant for life as well as of the remaindermen, may properly incur in order to see whether the 15,000l., of which the tenant for life receives the present income, and the persons entitled in remainder take the ultimate benefit, is safe or not. It is quite clear, in my judgment that the expenses of these audits are costs, charges and expenses incurred for the benefit of the whole estate, and therefore ought to come out of capital and not out of income.”

24. Two points emerge from those passages. First, the annual audit was for the benefit of both life tenant and remaindermen. It was for the benefit of the life tenant (who was entitled to the interest on the loan until repayment; and thereafter to the income derived from the monies repaid) and for the benefit of the remaindermen (who were entitled to capital on the death of the life tenant) that the firm should not default on the loan. Second, the effect of charging the expense of the audit against capital was that both life tenant and remaindermen shared the burden of that expense according to their respective interests. The life tenant bore part of the burden because (as Lord Justice Lindley explained) she lost the income on the sums expended.

25. The expenses under consideration in *Carver v Duncan* included (so far as material in the present context) premiums paid in respect of life assurance policies, and the fees of professional investment managers. The question whether those expenses were chargeable against income arose under section 16(2)(d) of the Finance Act 1973 –

which, for present purposes, posed a test indistinguishable from that under section 686(2AA)(b) TA 1988. Lord Templeman (with whose speech three other members of the House, Lord Fraser of Tullybelton, Lord Roskill and Lord Brandon of Oakbrook, expressed agreement) explained the nature of those expenses in the following passages ([1985] 1 AC 1082, 1120C-E and 1120H-1121A):

“In the present appeals, the appellant trustees of the Paul settlement paid the annual premiums on assurance policies effected by the trustees in order to obtain policy moneys corresponding to the amount of capital transfer tax payable out of the trust fund in the event of the death of the settlor before 20 November 1979. The appellant trustees of the Devonshire settlement paid the annual premiums on endowment policies assigned to the trustees and on other endowment policies effected by the trustees. All these premiums were paid by the Paul settlement trustees and the Devonshire settlement trustees for the benefit of the whole of their respective trust funds because the capital of the trust will be augmented by the policy moneys which will be received if and when the policies mature, and the income of the trust will be increased as and when such augmentation of capital takes place, but not before that event takes place.”

“The Devonshire settlement trustees also paid annual fees to a firm of investment advisers to keep under review and to advise changes in investments comprised in the trust fund. This was a recurrent charge but not an ordinary outgoing and was incurred for the benefit of the estate as a whole because the advice of the investment advisers will affect the future value of the capital of the trust fund and the future level of income arising from that capital.”

26. It is important to note that, in the paragraphs of his speech which I have just cited, Lord Templeman set out the reason why the expenses under consideration were incurred for the benefit of “the whole of their respective trust funds” or “the estate as a whole”: expressions which, as the context shows, he must be taken to have treated as synonymous with the expression “the whole estate”. In the first of those two paragraphs he explained that the premiums paid in respect of the life assurance policies were for the benefit of the estate as a whole because “the capital of the trust will be augmented by the policy moneys which will be received if and when the policies mature, and the income of the trust will be increased as and when such augmentation of capital takes place, but not before that event takes place.” In the second of those paragraphs he explained that the annual fees paid to the investment advisers were for the benefit of the estate as a whole *because* “the advice of the investment advisers will affect the future value of the capital of the trust fund and the future level of income arising from that capital.” As in

Bennett, the relevant expenses were incurred for the benefit both of the income beneficiaries and of those entitled to capital on the determination of the income trusts.

27. Lord Templeman then cited the passages from the judgments of Lord Justice Lindley and Lord Justice A L Smith in *Bennett* to which I have already referred. He went on to say this (*ibid*, 1121G-H):

“*In re Bennett* [1896] 1 Ch 778 which has been accepted law for nearly 90 years affirms the trust principle that expenditure incurred for the benefit of the whole estate is a capital expense. In accordance with the authorities and in accordance with principle, the premiums paid by the Paul and Devonshire settlement trustees in respect of capital transfer tax protection and on endowment policies and the fees paid to investment advisers were capital expenses and not income expenses.”

28. In the light of those passages in the judgments in *Bennett* and the speech of Lord Templeman in *Carver v Duncan* it is, I think, beyond argument that an expense is incurred “for the benefit of the whole estate” in the present context when the purpose or object for which that expense is incurred is to confer benefit both on the income beneficiaries and on those entitled to capital on the determination of the income trusts. The expression “expenses incurred for the benefit of the whole estate” must be understood in that sense. It is common ground – and, if it were not, this Court would be bound by the authority of *Carver v Duncan* so to hold – that expenses which are of that nature are to be charged against capital.

29. It follows, in my view, that it was not open to the Special Commissioners to approach their task on the basis that: “[...] in the light of the general principle of fairness ‘expenses incurred for the benefit of the whole estate’ should not be understood widely as meaning anything that is for the benefit of both the income and capital beneficiaries should be charged to capital and should not be attributed”: paragraph 17 of their decision. The judge was correct to hold (at paragraph [36] of his judgment) that the Special Commissioners had erred in law in that respect. They were required to accept that, under the general law, expenses incurred for the benefit of both the income and capital beneficiaries must be charged against capital. It is only those expenses which are incurred exclusively for the benefit of the income beneficiaries that may be charged against income.

The fee of the executive trustee

30. At the time the appellants’ notice was filed – and the grounds of appeal settled in the terms to which I have referred – the trustees and their advisers were entitled to think that it was the Revenue’s contention that no part or

parts of the trustees’ fees were properly chargeable to income. But it was made clear, in the skeleton argument filed on behalf of the Revenue in this Court, that the Revenue no longer maintained that contention. The Revenue’s position in this Court is set out in paragraph 5 of that skeleton argument:

“5. Regarding the fee of the executive trustee, HMRC have hitherto contended that no part of the fee is properly chargeable to income. However, as explained below, in the light of the facts found by the Special Commissioners, HMRC now accept that the Special Commissioners correctly held that a proportion of the fee is properly chargeable to income.”

31. The basis upon which the Revenue accepts that apportionment of the executive trustee’s fee and remuneration is permissible is explained at paragraphs 12 to 14 of the skeleton argument. After referring (at paragraph 11) to the proposition (endorsed by the judge at paragraph [36] of his judgment) that “an expense which is incurred for the benefit of both the income and capital beneficiaries must be regarded as incurred for the benefit of the whole estate” the Revenue went on to say this:

“12. However, HMRC do not contend that the rule is all or nothing, precluding the apportionment of a single expense. But apportionment is not based upon the general principle of achieving fairness between beneficiaries. Instead it is based upon the ability to demonstrate that part of the expense relates to the trustee’s duties to the income beneficiaries alone. That is, if it can be shown that an identified or identifiable part of an expense is for work carried out for the benefit of the income beneficiaries alone, then that part is properly chargeable to income.”

For the reasons which I have set out in the previous section of this judgment, I regard that as a correct statement of the general law. It leads to the conclusion stated in the following paragraphs of the Revenue’s skeleton argument:

“13. The fee of the executive trustee in the present case is an example of a single expense which can be apportioned. The Special Commissioners found (decision, para. 4(2) and (3)) that the fee was calculated on a time basis and that one-half of the time which the trustee spent on the Trust was spent on the income of the Trust alone. From this they held (decision, para. 19(3)) that the fee could be attributed in part to income in exactly the same way as if a bank trustee had charged separate income and capital fees.

14. In the light of the Special Commissioners’ finding of fact, HMRC now accept that they cannot challenge this decision as erroneous in law. Therefore HMRC no longer contend that no part of the executive trustee’s fee is properly chargeable to income.”

32. It seems to me, if I may say so, that a challenge to the Special Commissioners' decision that a proportion of the fee paid to the executive trustee is properly chargeable to income was incapable of being sustained once the Revenue had accepted (as it did before the judge) that a proportion of the trustees' expenses under head (v) - professional fees for accountancy and administration - were properly so chargeable. To put the point shortly: if professional fees incurred by the trustees for accountancy services can properly be apportioned (on a time basis) between fees attributable to dealing with the income of the trust fund and fees attributable to dealing with the capital of the fund, then it is impossible to see why the fees charged by the executive trustee for time spent in applying his professional judgment to the matters in relation to which those accountancy services are required should not also be capable of a proper apportionment.

33. It follows that the appeal must be allowed, at least to the extent of varying the order of 15 November 2007 so as to permit apportionment of the executive trustee's fee and (as I have already mentioned) to permit apportionment of bank charges, custodian fees and professional fees for accountancy and administration. The only expenses now in dispute (as the Revenue accepts, at paragraph 6 of its skeleton in this Court) are the fee paid to the non-executive trustees and the fees of the investment managers.

The fee paid to the non-executive trustees

34. As I have said, the Special Commissioners held that it would not be appropriate to attribute to income any part of the fixed fee paid to the non-executive trustees. They drew a distinction between that fee - which, as they said, did not vary according to the amount of work attributed to income - and the fee paid to the executive trustee - which did vary according to the amount of work attributed to income. On the basis of that distinction they concluded that the fee paid to the non-executive trustees should properly be treated as an expense incurred for the benefit of the whole estate; and so should be charged to capital in accordance with their understanding of the *Carver v Duncan* principle. The judge did not find it necessary to address, separately, the fixed fee paid to the non-executive trustees: he had held that none of the fees paid to trustees (whether executive or non-executive) could properly be apportioned to income.

35. The trustees submit that if apportionment is permissible in respect of the time-based fee paid to the executive trustee then there is no reason to deny apportionment in respect of the fixed fee paid to the non-executive trustees. The argument is summarised at paragraph 20 of counsel's supplementary skeleton argument in this Court:

"20 [...] if the remuneration of any trustee must be supposed to take account of the work involved for income as well as for capital and if there is work of any substance involved in getting in and dealing with income (as plainly here was so) it cannot be right to differentiate between the fees payable to the different trustees. Each trustee has to deal with trust business some of which will be for the benefit of the trust as a whole and some of which will be for the purpose solely of making sure that income (the 'annual harvest') is properly accounted for and properly dealt with - the latter element is an income element as clearly as is the commission payable to an estate agent in getting in the rent from a tenanted building. So apportionment is appropriate for all trustees."

36. On this issue the Revenue adopts the reasoning of the Special Commissioners. It is said that, in contrast to the position in respect of the executive trustee (where the Revenue now accept that apportionment is permitted), "the fixed fee of the non-executive trustees in the present case is an example of a single expense which cannot be apportioned". The reason is said to be that "this fee, being fixed, did not vary according to the amount of work carried out for the benefit of income".

37. To assert that the fixed fee paid to the non-executive trustees did not vary according to the amount of work attributed to income - or "according to the amount of work carried out for the benefit of income" - is, if I may say so, a statement of the obvious. The nature of a fixed fee is that it does not vary with the amount of work actually done to earn it: whether that work be attributable solely to income, solely to capital or to both income and capital. But the fact that the fee is fixed does not of itself prevent the fee from being apportioned into two or more parts. The amount of each part is ascertained by applying the appropriate proportion to the whole. So, if it could be established (say, by the keeping of time records) that the non-executive trustees spent one half of their time addressing matters which were exclusively for the benefit of the income beneficiaries, there would be no difficulty in principle in making an attribution of one half of the fixed fee to income. The hurdle which faces the trustees' claim to charge a part of the fixed fee against income does not arise because the fee is fixed: it arises because, in the absence of time records, it will be difficult for the trustees to establish whether any (and, if any, what proportion) of the time of the non-executive trustees was spent addressing matters which were exclusively for the benefit of income.

38. The Special Commissioners made no finding as to the proportion of the time spent by the non-executive trustees in addressing matters which were exclusively for the benefit of the income beneficiaries. As I have said, they

took the view (at paragraph 19(3) of their decision) that the fact that the fee paid to the non-executive trustees was fixed in amount was sufficient, of itself, to preclude apportionment. For the reasons just set out, I am satisfied that they were incorrect in that view. It is, I think, self-evident that – in the administration of discretionary trusts of income – the trustees may be expected to spend part of their time in addressing matters which are exclusively for the benefit of the income beneficiaries. By way of example, if the circumstances of individual beneficiaries are such as to require the trustees (in a proper exercise of their discretion) to make a distribution of income, they may be expected to spend time considering to whom and in what amounts such distribution should be made. As it seems to me, the Special Commissioners needed to make a finding whether, in the present case, the non-executive trustees did devote part of their time addressing such matters; and, if so, what proportion of their time was devoted to that task. It is, I think, no answer to say that, in the absence of time records, determination of that proportion will, necessarily, be imprecise: a realistic estimate can be made.

The fees of investment advisers

39. The trustees accept – as they must, in the light of the decision in *Carver v Duncan* – that advice as to the investment of capital or of income already accumulated should be charged to the relevant fund: their claim to charge the expense of obtaining investment advice is limited to “that element of investment advice required for the purpose of determining whether and if so how the current year’s income should be capitalized”. It is said on their behalf (at paragraph 21 of counsel’s supplementary skeleton argument) that:

“The argument is that if income is accumulated (as it was on a large scale in this case) then the process of capitalization involves investment and the cost of dealing with that process is as much the cost of dealing with income as is any other cost involved in the process of taking current income through to its eventual destination, whether it goes into the hands of a recipient beneficiary or goes in a capitalized form in the hands of a trustee required to keep it as such. Expense incurred before income has completed this process, and needed for the purpose of dealing with that income, must be an income expense because it is part of the expense of *getting in and dealing with the annual harvest of the trust*, not part of the cost of looking after the source of that harvest”.

40. The Special Commissioners took the view that once the trustees had resolved to accumulate the income, the monies to be accumulated ought properly to be regarded as capital; so that the expenses incurred in connection

with the investment of those monies could not be said to be chargeable to income. They accepted that the position might be otherwise if the trustees were temporarily investing income while deciding whether to accumulate it. The judge took a similar view (at paragraph [38] of his judgment). As he put it: “the advice [in respect of income which was to be accumulated] amounted to advice as to how best to make the income into capital, advice which, surely, redounded for the benefit of the estate as a whole”. The Revenue support that analysis.

41. In my view the Special Commissioners’ analysis is correct. The first question is whether the expenses incurred in connection with the investment of income were incurred before or after the trustees had made the decision to accumulate that income. If the expenses were incurred after the trustees had made the decision to accumulate, they cannot, as it seems to me, be said to be expenses incurred exclusively for the benefit of the income beneficiaries. They must be charged against the capital of the accumulated funds. If the expenses were incurred before the trustees had made the decision to accumulate – and can be properly be characterised as expenses incurred for the purpose of temporarily investing income while deciding whether or not to distribute that income to the income beneficiaries – then (at least to the extent that the income was, in the event, distributed and not accumulated) the expenses could be said to have been incurred exclusively for the benefit of the income beneficiaries. But that is not said to be the present case.

Conclusion

42. I would allow this appeal to the extent indicated. Subject to any representations as to the form of the order which the parties may wish to make, I would set aside paragraphs (1) and (2) of the order of 15 November 2007 and substitute the following: (1) “the Commissioners’ appeal is dismissed (2) the Trustees’ cross appeal is allowed in relation to the fixed fee paid to the non-executive trustees but is otherwise dismissed.”

(omissis)

Crown Copyright ©

La Risoluzione n. 110/E dell'Agenzia delle Entrate: spunti di riflessione per la stesura di un atto istitutivo di trust

di Angelo De Dominicis

La Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 110/E del 23 aprile 2009 approfondisce i requisiti necessari affinché un trust possa godere dell'agevolazione tributaria disposta dall'art. 3, comma IV-ter, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346.

Prendendo spunto dalle indicazioni fornite dall'Amministrazione Finanziaria, l'Autore sviluppa alcune considerazioni utili nella predisposizione delle clausole dell'atto istitutivo aventi ad oggetto principalmente le posizioni beneficiarie e l'attribuzione di poteri discrezionali ai trustee ovvero ad altri soggetti.

■ Premessa

La recente Risoluzione n. 110/E dell'Agenzia delle Entrate⁽¹⁾ costituisce un nuovo tassello all'interno del mosaico interpretativo tracciato dall'Amministrazione Finanziaria in ordine alle imposte indirette applicabili ai trust.

Ripercorrendo brevemente l'orientamento assunto dal Fisco sin dalla reintroduzione dell'imposta sulle successioni e donazioni, avvenuta per effetto della Legge 24 novembre 2006, n. 286, si osserva che l'Amministrazione Finanziaria aveva, in un primo momento, sostenuto l'applicabilità del tributo successorio sia al trasferimento dei beni dal disponente al trustee, sia all'attribuzione finale del fondo in trust ai beneficiari.

Il precisato indirizzo, manifestato nel corso del Telefisco di gennaio 2007, non trovava tuttavia riscontro in alcuna altra disposizione ufficiale dell'Agenzia ed è stato poi definitivamente superato dai chiarimenti forniti dalle Circolari n. 48/E del 2007 e n. 3/E del 2008⁽²⁾.

In particolare si fa osservare che, in entrambe le precisate disposizioni ufficiali, l'Amministrazione Finanziaria ha inquadrato il trust come "un rapporto

giuridico complesso che ha un'unica causa fiduciaria" in funzione della quale il preliminare trasferimento dei beni dal disponente al trustee rappresenta esclusivamente il mezzo per realizzare l'attribuzione liberale, in favore dei beneficiari o per uno scopo.

Nel declinare gli effetti prodotti dall'indicata "teoria unitaria" sull'applicazione ai trust dell'imposta di successione, l'Agenzia delle Entrate, con le citate Circolari, ha non solo definito il generale criterio di tassazione applicabile al precisato istituto giuridico, incentrato principalmente sulla determinazione dell'imposta in base all'esistenza o meno di legami di parentela tra disponente e beneficiari con applicazione del prelievo unicamente all'atto di trasferimento dei beni al trustee⁽³⁾, ma ha anche provveduto ad inquadrare i trust ai fini dell'agevolazione tributaria disposta dall'art. 3, comma IV-ter, D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346⁽⁴⁾ (di seguito, "D. Lgs. n. 346/90").

Angelo De Dominicis – Dottore commercialista in Tortoreto (TE)

Note:

(1) In questa Rivista, 2009, 449.

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

(3) Per un approfondimento sulle imposte indirette gravanti sugli atti di dotazione dei beni vincolati in trust, si veda: G. Semino, Trust liberali e trust commerciali, in questa Rivista, 2006, 191 s.; dello stesso autore, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni, ivi, 2007, 344; M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust [supra, nota 2]; G. Frasoni – N. De Renzis Sonnino, Teoria e pratica della fiscalità dei trust – Dottrina, casi e soluzioni operative, Trusts, Quaderni, n. 9, Milano, 2008. La giurisprudenza finora chiamata a dirimere controversie tributarie in ordine all'applicazione ai trust del tributo successorio si è pronunciata in senso contrario all'orientamento espresso dall'Agenzia delle Entrate. In tal senso, Comm. Trib. Prov. Lodi, Sez. I, 12 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296 e Comm. Trib. Prov. Firenze, Sez. VIII, 12 febbraio 2009, ivi, 425.

(4) Si riporta di seguito il testo integrale del comma IV – ter: "I trasferimenti (segue)

In particolare, con la richiamata Circolare 48/E l'Amministrazione Finanziaria ha precisato che "la costituzione del vincolo di destinazione in un trust disposto a favore dei discendenti del settlor non è soggetta all'imposta qualora abbia ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali ed azioni".

L'indicata interpretazione, pur non prospettando elementi di criticità, in ragione del fatto che il quadro normativo di riferimento non offre, in realtà, alcun appiglio cui ancorare una diversa applicazione del precisato art. 3, D. Lgs. n. 346/90, ha richiesto un'ulteriore puntualizzazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, intervenuta con la Risoluzione n. 110/E, con la quale sono state identificate le linee guida per poter applicare la prospettata agevolazione fiscale ai trust.

E così, partendo dal caso pratico che ha costituito la causa genetica della richiamata Risoluzione 110/E e concernente un trust di durata decennale, sottoposto alla legge di Jersey – Isole del Canale, avente ad oggetto una partecipazione di maggioranza assoluta, rappresentante il 97% del capitale di una società, si fa osservare che l'Amministrazione Finanziaria ha rigidamente subordinato l'applicazione dell'esenzione al verificarsi delle seguenti condizioni:

1. i beneficiari finali del trust devono essere i discendenti e/o il coniuge del disponente;
2. il trust non può essere discrezionale o revocabile, e cioè non possono essere modificati dal disponente o dal trustee i beneficiari finali dell'azienda o delle partecipazioni trasferite in trust;
3. il trustee deve proseguire l'esercizio dell'attività d'impresa o detenere il controllo per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento e, a tal fine, deve rendere, contestualmente al trasferimento, apposita dichiarazione;
4. il trust deve avere una durata non inferiore a cinque anni a decorrere dalla stipula dell'atto che comporta la segregazione in trust della partecipazione di controllo o dell'azienda.

In altre parole, l'Agenzia delle Entrate, con il precisato reticolato di condizioni, è intervenuta da un lato ad evitare che trust all'apparenza istituiti in favore dei discendenti e del coniuge del disponente, e quindi sottoposti al regime di esenzione, possano in realtà divenire uno strumento per assegnare, a titolo gratuito, i beni in essi vincolati a soggetti diversi da quelli previsti dalla norma agevolativa; dall'altro a chiarire il soggetto che deve assumere nei suoi confronti l'obbligo di continuazione dell'attività d'im-

presa ovvero di detenzione della partecipazione di controllo.

■ Il punto di vista dell'Agenzia nel caso oggetto di interpello

Si comprendono, dunque, le ragioni che hanno indotto l'Agenzia a non concedere l'esenzione al caso oggetto dell'interpello a causa della marcata discrezionalità rinvenibile nella struttura del trust e resa evidente dalla facoltà attribuita al trustee di "[...] decidere, a sua scelta, di trasferire o meno ai beneficiari (coniuge ed i due figli del disponente), sulla base delle percentuali prestabilite, quote della società sopra indicata e/o immobili ad essa intestati e/o titolarità di quote di società controllate e/o collegate"; discrezionalità che di fatto ha reso priva di contenuti l'individuazione dei figli e del coniuge quali beneficiari del trust.

Si comprende, inoltre, come le precisate condizioni, volte a mettere il trust a riparo da qualsiasi revocabilità o modifica dei beneficiari finali, conducano, altresì, a far ritenere del tutto incompatibile con la disciplina tributaria di esenzione un articolo della stessa legge regolatrice del precisato trust.

Ed infatti, l'art. 39 della Trust (Jersey) Law 1984, sulle cui risultanze è stato sagomato, nel caso in esame, il potere attribuito al trustee, si pone in netto contrasto con i chiarimenti forniti dall'Agenzia delle Entrate, in quanto consente che "le disposizioni di un trust possono conferire al trustee o ad altri soggetti il potere di assegnare o di trasferire, in tutto o in parte, i beni in trust od una qualsiasi posizione giuridica sui tali beni in trust, ad un qualsiasi soggetto [...]"

Nota:
(continua nota 4)

menti, 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".

anche se tale soggetto non era un beneficiario del trust subito prima di tale assegnazione o trasferimento”(5), mentre, come già precisato, l’Amministrazione Finanziaria esclude categoricamente tale possibilità, pena la decadenza dall’esenzione.

In questo stato di cose occorre, dunque, aver cura di evitare di trasfondere *sic et simpliciter* nella istituzione di un trust disposizioni che, pur avendo una loro indubbia valenza regolamentare, si traducono poi sotto il profilo fiscale in una palese anomalia.

E così, in considerazione delle caratteristiche dei trust e della loro multiforme configurabilità che potrebbe generare per alcuni un contrasto con l’orientamento dell’Agenzia delle Entrate, il sottoscritto ritiene opportuno procedere ad una lettura tridimensionale della precisata Risoluzione n. 110/E per meglio comprendere su quale piano bisogna muoversi per istituire un atto di trust in conformità con le condizioni poste dall’Amministrazione finanziaria sui seguenti aspetti:

- struttura delle posizioni beneficiarie;
- variabilità delle posizioni beneficiarie;
- gestione del fondo e durata del trust.

■ Struttura delle posizioni beneficiarie

Partendo sempre dalla consapevolezza che ci troviamo di fronte ad un trust avente ad oggetto aziende o rami di esse, quote sociali o azioni, e seguendo il pensiero dell’Amministrazione Finanziaria, è necessario, in prima battuta, che dalle disposizioni dell’atto istitutivo venga fatta emergere l’attribuzione, ai discendenti ed eventualmente al coniuge del disponente, di posizioni soggettive sul fondo in trust, in forza delle quali questi ultimi potranno ottenere, al termine dello stesso trust, i beni in esso vincolati.

Beneficiari o posizioni beneficiarie?

In tal senso, sembra opportuno precisare che la sola qualificazione di uno o più soggetti come beneficiari del trust non consente di stabilire una relazione tra questi ed il fondo; affinché ciò avvenga è necessario integrare la definizione della classe dei beneficiari con un’apposita disposizione che qualifichi, rispetto ai beni in trust, le posizioni soggettive degli individui appartenenti alla citata categoria.

Un primo esempio, riguardante la metodologia che potrebbe essere seguita nella costituzione delle posizioni beneficiarie, aiuterà meglio a comprendere quanto detto. E così, ipotizzando che il Sig. Rossi sia intenzionato a vincolare la sua azienda in trust, con

beneficiari i propri due figli ed il coniuge, subordinando però il trasferimento del fondo a chi tra i precisati beneficiari risulterà in vita al termine del trust, si potrebbe, in tale circostanza, articolare la seguente clausola:

Esempio 1. “Beneficiari”; attribuzione finale del Fondo in Trust(6)

A. Il termine “Beneficiari” indica Tizio, Caio e Lucia rispettivamente figli e coniuge del Disponente.
B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust il Fondo in trust è trasferito di diritto ai Beneficiari che siano allora in vita, ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene.

Al punto A) di tale esempio è riportata la definizione della classe dei beneficiari, mentre al punto B) è individuato il rapporto che viene ad instaurarsi tra i beneficiari ed il fondo. In particolare, si fa rilevare che, in tale esempio, ciascuno dei precisati soggetti è titolare di una posizione non quesita (o *contingent*) e cioè di una posizione soggettiva che non attribuisce al titolare un diritto immediato sul fondo, come accade invece in quelle quesite (o *vested*), ma semplicemente un’aspettativa sullo stesso che potrà trasformarsi in un diritto al verificarsi di una obiettiva e specifica circostanza futura(7): i beneficiari, che saranno in vita nel momento in cui terminerà il trust, avranno, infatti, un diritto incondizionato ad ottenere l’intero fondo (diventeranno beneficiari *absolutely entitled*).

Posizioni quesite o non quesite

Ora, al di là delle questioni di carattere sistematico circa la distinzione tra posizioni beneficiarie quesite e non quesite(8), che non appare opportuno

Note:

(5) Le traduzioni della legge di Jersey proposte in questo contributo sono tratte da E. Barla De Guglielmi – P. Panico – F. Pighi, La legge di Jersey sul trust, Trusts, Quaderni, n. 8, Milano, 2007.

(6) Per approfondire la tecnica redazione delle clausole dell’atto istitutivo di trust, si veda M. Lupoi, L’atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, da cui è stato tratto spunto per la redazione degli esempi riportati nel presente contributo.

(7) Per le posizioni non quesite, a differenza di quelle quesite, può parlarsi dell’esistenza di un diritto sul fondo condizionato all’avverarsi di un determinato evento futuro.

(8) Circa i testi da consultare, e da cui poter apprendere l’inquadramento giuridico dei trust ed il loro impiego nella prassi professionale, si veda M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001; dello stesso autore anche, *Id.*, Istituzioni (segue)

trattare in questa sede, ciò che rileva è, invece, il comportamento dell’Agenzia delle Entrate, volto a lasciare ampia facoltà di scelta nella redazione dell’atto istitutivo di trust tra l’una o l’altra fattispecie, richiedendo semplicemente che, al termine del trust, in un modo o nell’altro, i beni in esso vincolati siano attribuiti ai soggetti indicati dalla norma agevolativa.

Il nodo da sciogliere non è, dunque, quello connesso alla minore o maggiore intensità del legame esistente tra il beneficiario ed il fondo, che pure deve necessariamente esistere, bensì quello di garantire che i soggetti ai quali verrà attribuito il fondo al termine del trust restino sempre nel novero dei parenti del disponente indicati dalla norma di esenzione. In tale contesto interpretativo, il rispetto del vincolo di parentela può, quindi, essere precisato sia dalla predisposizione di posizioni beneficiarie quesite, sia dalla strutturazione di posizioni beneficiarie *contingent* in quanto, nelle une come nelle altre, tale condizione va ad incidere esclusivamente sulla clausola definitiva della classe dei beneficiari e non su quella dispositiva inerente l’attribuzione del fondo.

Tale circostanza è rilevabile nella seguente esemplificazione nella quale, muovendo dalla precedente riportata nell’esempio 1, sono state trasposte le posizioni beneficiarie da non quesite, a quesite:

Esempio 2. “Beneficiari”; attribuzione finale del Fondo in Trust

A. Il termine “Beneficiari” indica Tizio, Caio e Lucia rispettivamente figli e coniuge del Disponente.
B. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust il Fondo in trust è trasferito di diritto ai Beneficiari in quote uguali tra loro, ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene.

Identificazione o meno dei beneficiari

L’accento posto dall’Amministrazione sull’esistenza della relazione coniugale o di discendenza tra il disponente ed i beneficiari del trust offre poi lo spunto per un’ulteriore considerazione che potrebbe essere utile per strutturare, in alcuni casi particolari, le posizioni beneficiarie. In particolare occorre rilevare che, per usufruire dell’esenzione non appare necessaria l’indicazione né dei nominativi, né del numero dei soggetti che beneficeranno dell’attribuzione del fondo e ciò diversamente da quanto disposto dalla stessa Agenzia per poter godere delle franchigie nei trust non aventi ad oggetto aziende o partecipazioni.

L’esposta circostanza consente di allargare l’angolo visuale su ipotesi di trust di lunga durata e caratterizzati da una maggiore articolazione degli stessi sino a ricomprendere più generazioni di discendenti, così com’è dato rilevare nella clausola proposta nel seguente particolare esempio.

Esempio 3. “Beneficiari”; “Origine”; attribuzione finale del Fondo in Trust

A. Il termine “Beneficiari” indica i discendenti del Disponente nati entro il termine finale della Durata del trust.

B. Per “Origine” si intendono i figli del Disponente.

C. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust, il Fondo in trust è suddiviso in tante quote quante sono:

1. le Origini che siano viventi e siano Beneficiari;
2. le Origini che, non essendo viventi o non essendo Beneficiari, abbiano almeno un discendente che sia vivente e che sia Beneficiario,

e le quote sono attribuite come segue:

- a. una quota è attribuita a ciascuna Origine che sia vivente e sia Beneficiario;
- b. ciascuna altra quota è suddivisa fra i discendenti della relativa Origine in modo tale che:
 - i. i membri di ciascuna generazione che siano Beneficiari ricevano in parti eguali quanto avrebbe ricevuto il loro genitore, se vivente e se Beneficiario,
 - ii. e nessun discendente riceva alcunché qualora un suo ascendente sia vivente e sia Beneficiario.

Nella delineata disposizione esemplificativa dell’atto istitutivo, pur non essendo oggettivamente possibile individuare a priori i nominativi ed il numero di beneficiari tra i quali verrà ripartito il fondo, restano comunque rispettate le condizioni stabilite dall’Agenzia delle Entrate in quanto, sin dal termine iniziale del trust, risulterà verificabile, tempo per tempo, il legame di parentela intercorrente tra il disponente ed i soggetti a cui sarà attribuito il fondo. Tale accertamento potrà essere peraltro agevolato dalla predisposizione di un’apposita clausola dell’atto, che imponga al trustee di tenere un apposito registro (il registro dei beneficiari) nel quale riportare

Note:

(continua nota 8)

tuzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008; G. Lepore – M. Monegat – I. Valas (curr.), Trust: aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone, Torino, 2007. Per quanto riguarda, invece, l’evoluzione giurisprudenziale dell’istituto in Italia si può far riferimento a La giurisprudenza italiana sui trust – dal 1899 al 2009, Trusts, Quaderni, n. 4, Milano, 2009.

non solo i dati di ciascun beneficiario, ma anche l'indicazione di quelli tra loro ai quali, di volta in volta, spetterebbe la ripartizione del fondo se in un qualsiasi momento sopraggiungesse il termine finale del trust.

■ Variabilità delle posizioni beneficiarie

L'esistenza nell'atto istitutivo di posizioni beneficiarie in favore dei discendenti e del coniuge (come quesite ovvero come *contingent*, a seconda di quelle che saranno di volta in volta le esigenze manifestate dai disponenti), non rappresenta, tuttavia, una condizione sufficiente per poter sicuramente godere dell'esenzione, dovendosi necessariamente mettere sotto controllo anche la variabilità delle posizioni stesse.

In particolare l'Agenzia, come già precisato, ha negato la possibilità di includere nel perimetro della norma agevolativa i trust caratterizzati da poteri discrezionali attribuiti al trustee o al disponente e tali da poter incidere sull'attribuzione finale del fondo(9).

La latitudine del potere di nomina

L'esposta condizione individuata dall'Amministrazione Finanziaria, e già in precedenza accennata, merita un ulteriore approfondimento per precisare che, mentre da un lato non è consentito in alcun modo al trustee(10) di intervenire per variare gli originari beneficiari legati da vincoli di parentela con il disponente, introducendo soggetti terzi nella distribuzione finale del fondo, dall'altro lato sembra, invece, possibile attribuire al trustee un margine di manovra più o meno ampio per modificare l'assetto delle posizioni beneficiarie, all'interno però della categoria dei soggetti agevolati prevista dal comma IV-ter dell'art. 3 D. Lgs n. 346/90.

È questo, ad esempio, il caso di un disponente interessato ad istituire un trust in favore dei suoi due figli e del relativo coniuge, conferendo tuttavia al trustee il potere di variare l'attribuzione del fondo mediante l'individuazione, all'interno del precisato ambito, del soggetto o dei soggetti a cui devolvere i beni in trust. In tale circostanza, pur essendo evidenti gli elementi di instabilità delle posizioni beneficiarie per l'ampia portata della facoltà attribuita al trustee, non si intravedono elementi contrastanti con il quadro fornito dall'Amministrazione Finanziaria in quanto l'esercizio della precisata discrezionalità non consente di dirottare il fondo in trust verso soggetti non appartenenti alla classe dei beneficiari prevista

dalla legge. A conclusione delle considerazioni espresse si può, quindi, pervenire ad ipotizzare la seguente clausola dell'atto istitutivo, da cui risulta in modo chiaro la dimensione delle facoltà assegnate al trustee(11):

Esempio 4. "Beneficiari"; attribuzione finale del Fondo in Trust

- A. Il termine "Beneficiari" indica Tizio, Caio e Lucia rispettivamente figli e coniuge del Disponente.
 B. Entro il termine finale della Durata del Trust, il Trustee/Disponente può dichiarare, per atto autentico, in favore di quali Beneficiari egli tiene il Fondo in trust.
 C. Nelle sue dichiarazioni il Trustee/Disponente può determinare la quota di Fondo o gli specifici beni spettanti ad uno o più Beneficiari.
 D. Sopraggiunto il termine finale della Durata del Trust il Fondo in trust è trasferito di diritto
1. ai Beneficiari nominati dal Trustee/Disponente nei modi e nei termini anzidetti,
 2. in mancanza, ai Beneficiari in quote uguali.

Note:

(9) Analizzando l'attribuzione del potere di nomina in un'ottica visuale più ampia rispetto al mero contesto fiscale, ritengo che le clausole recanti tali disposizioni debbano identificare chiaramente se la facoltà assegnata configuri un *trust power* (altrimenti, *power in the nature of a trust*) ovvero semplicemente un *power*, essendo diametralmente diverse le conseguenze giuridiche derivanti da ciascuna delle due citate conformazioni. Nel primo caso il trustee è obbligato ad effettuare una scelta all'interno di una categoria di beneficiari, i quali, in caso di inerzia del trustee stesso, possono richiedere l'intervento del giudice e l'assegnazione del fondo. Qualora, invece, il trustee sia titolare di un *power*, e quindi non sia in alcun modo tenuto ad esercitare la facoltà attribuitagli, i soggetti che potrebbero trarre vantaggio dall'esercizio del potere non hanno alcun rimedio contro l'inattività del trustee. La posizione di questi ultimi è efficacemente descritta da D. Hayton – P. Matthews – J. Mitchell, *Law of trusts and trustees*, Londra, 2006, § 1.72, secondo cui "the beneficial object of a power are helpless except to the extent they may individually compel the donee of the power to consider exercising the power; however, after such consideration, he may lawfully refuse to exercise the power". Sul punto, si veda anche M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 8], p. 175 s.; dello stesso autore, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari* [supra, nota 8], Padova, 2008, p. 63 s.; *McPhail v Doulton* (1971), AC 424, 2 All ER 228, UKHL 1, consultabile sul sito Internet di "Trusts" all'indirizzo <http://www.trusts.it>.

(10) Le considerazioni d'ora in avanti svolte sull'attribuzione del potere di nomina sono riferite al trustee, ma possono essere estese al disponente ovvero a chiunque risulti assegnatario di tale facoltà.

(11) Si noti che, oltre al potere di nomina, la clausola specifica l'esistenza in capo al trustee anche del potere di assegnazione. In realtà, le leggi del modello internazionale attribuiscono normalmente tale facoltà al trustee salvo che non sia diversamente stabilito nell'atto istitutivo. In tal senso, l'art. 27 della *Trusts (Jersey) Law 1984* stabilisce che "Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un trustee può, senza il consenso dei beneficiari, assegnare i beni in trust per la soddisfazione o in vista della soddisfazione della posizione di un beneficiario, con le modalità ed in conformità a quelle valutazioni che esso ritenga più opportune".

Nell'esempio in questione ai discendenti ed al coniuge del disponente sono attribuite inizialmente delle posizioni beneficiarie non quesite che potranno divenire tutte *vested* se, entro il termine finale della durata del trust, il trustee non eserciterà il potere di nomina e se i relativi titolari saranno allora in vita, ovvero, diversamente, diventeranno quesite solo quelle corrispondenti ai soggetti individuati dal trustee con estinzione delle posizioni beneficiarie rimanenti.

La credibilità delle posizioni beneficiarie

L'analisi, ai fini tributari, degli elementi di variabilità delle posizioni beneficiarie potrebbe concludersi qui. Tuttavia ragioni di completezza e di opportunità spingono ad effettuare un'ulteriore riflessione su un fattore di instabilità non specificatamente esaminato dall'Agenzia e costituito dall'alienabilità delle posizioni beneficiarie(12).

La possibilità per un soggetto beneficiario di ritrarre anticipatamente la propria utilità economica rispetto al termine finale del trust mediante la cessione della relativa posizione beneficiaria merita anch'essa di essere posta sotto i riflettori del sottoscritto per i neutrali effetti della stessa nell'ambito dell'applicazione al trust dell'agevolazione fiscale.

Ed infatti, se è vero che a prima vista la cessione di una posizione beneficiaria potrebbe apparire pregiudizievole per la più volte richiamata esenzione, in ragione del fatto che la successiva assegnazione del fondo in trust potrebbe comprendere un soggetto cessionario esterno alla famiglia e come tale escluso dalla categoria stabilita dalla norma disciplinante l'esenzione, è altrettanto vero, però, che a ben guardare tale evenienza non presenta situazioni di contrasto con il quadro interpretativo dell'Agenzia delle Entrate.

Difatti, nell'ipotesi di cessione di una posizione beneficiaria ad un soggetto estraneo alla famiglia del disponente, l'assegnazione a quest'ultimo del fondo o di parte di esso troverà la propria causa genetica non già in un atto a titolo gratuito (costituito da un'originaria clausola dell'atto istitutivo voluta in suo favore dal disponente ovvero dall'esercizio del potere di nomina), ma in un atto a titolo oneroso costituito da una compravendita avente ad oggetto la posizione beneficiaria e che in quanto tale non rientra nel campo di applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, ma risulta sottoposta a tassazione con applicazione dell'imposta di registro.

■ Gestione del fondo e durata del trust

Passando ora ad analizzare le condizioni indicate in premessa nei punti *sub 3* e *sub 4* ed individuate dall'Agenzia delle Entrate nella più volte richiamata Risoluzione n. 110/E, si rileva che le stesse sono volte a regolamentare il rapporto esistente tra il trustee ed i beni presenti nel fondo in trust, con una consequenziale ricaduta sulla durata minima del trust stesso.

La lettura, effettuata dall'Amministrazione Finanziaria, del requisito temporale di cui al comma IV-ter dell'art. 3, D. Lgs. n. 346/90 risulta senz'altro condivisibile perché individua nel solo trustee il soggetto obbligato a proseguire l'esercizio dell'attività d'impresa, ovvero a detenere il controllo societario, per un periodo non inferiore a cinque anni dalla data del trasferimento ed a rilasciare in tal senso un'apposita dichiarazione di intenti(13).

La limitazione dei poteri amministrativi

Il rilascio della precisata dichiarazione di intenti costituisce, dunque, un'obbligazione del trustee che normalmente si pone al di fuori dello stesso atto istitutivo. Tuttavia esiste una circostanza in cui appare opportuno trasfondere detta obbligazione all'interno

Note:

(12) Ritengo necessario sottolineare tale aspetto poiché alcune leggi del modello internazionale, tra cui Malta Trust Act 1998, *sect.* 9 (6) e (7); Dubai Trust Law 2005, *part.* 5, *art.* 39; Guernsey Trusts Law 1989, *art.* 10, prevedono esplicitamente la libera disponibilità delle posizioni beneficiarie se non diversamente indicato nell'atto istitutivo di trust. In particolare, anche la Trusts (Jersey) Law 1984, scelta quale legge regolatrice del trust delineato nella Risoluzione, stabilisce all'art. 10 che: "(10) La posizione giuridica di un beneficiario è considerata un bene mobile. (11) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust, un beneficiario può vendere, mettere in pegno, ipotecare, trasferire ed effettuare qualsiasi altro atto dispositivo sulla sua posizione giuridica". In diritto inglese, invece, non possono essere posti limiti all'alienabilità delle posizioni beneficiarie; M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari* [supra, nota 8], § 102.

(13) Il vincolo quinquennale posto dalla legge a carico dei soggetti che ottengono la disponibilità dell'azienda o della partecipazioni di controllo, nell'ambito del trust, non può non essere attribuito al trustee, il quale, a seguito dell'atto di dotazione, con cui sono segregati i beni in trust, viene investito della piena proprietà degli stessi potendone disporre secondo i poteri amministrativi ad esso attribuiti dall'atto istitutivo e nel rispetto delle obbligazioni fiduciarie assunte nei confronti dei beneficiari. Il rapporto tra il trustee ed i beni costituenti il fondo in trust è, peraltro, esplicitato dalla legge inglese (Trustee Act 2000) e da diverse leggi del modello internazionale tra cui la Trust (Jersey) Law 1984 (*art.* 24 (1)) per cui "Salvo quanto previsto dalle disposizioni del trust e salvi i doveri previsti da questa legge, un trustee ha sui beni in trust gli stessi poteri di una persona fisica che agisca come il proprietario effettivo di tali beni".

della struttura del trust. È il caso questo di un trust in cui il trustee è sottoposto a direttive vincolanti nella gestione del fondo da parte di un terzo soggetto (disponente, guardiano o altri) le cui volontà, in mancanza di una tale disposizione nello stesso atto istitutivo, potrebbero porsi in contrasto con l'impegno assunto dal trustee in ordine al rispetto del termine quinquennale di inalienabilità dei beni.

In tale circostanza una possibile clausola di atto istitutivo potrebbe essere la seguente:

Esempio 5. "Periodo di Indisponibilità"; limitazione ai poteri gestionali del Trustee

A. Il Periodo di Indisponibilità indica il lasso temporale:

1. il cui termine iniziale è la data dalla quale l'Azienda [la Partecipazione] è in proprietà del Trustee;

2. il cui termine finale è la data nella quale si compie un quinquennio dal termine iniziale.

B. Nel corso della Durata del Trust il Trustee può [su indicazione del Disponente], una volta decorso il Periodo di Indisponibilità, alienare l'Azienda/la Partecipazione.

Appare, dunque, evidente che in tale fattispecie il trustee in nessun caso potrà cedere i beni presenti nel fondo in trust prima che sia decorso il periodo temporale minimo richiesto dalla norma agevolativa, e ciò anche qualora venisse sollecitato a tale alienazione dal terzo soggetto avente il potere di impartirgli direttive vincolanti.

Il potere di anticipazione

Un'altra vicenda particolare è poi quella connessa all'impatto che l'obbligazione di natura fiscale può avere sulla regolamentazione del potere di anticipazione attribuito al trustee.

È noto, infatti, che il quadro del diritto e delle leggi straniere⁽¹⁴⁾, conferisce al trustee la facoltà di assegnare, a sua scelta, i beni presenti nel fondo ad uno specifico beneficiario prima ancora del termine finale del trust. Tuttavia le indicate fonti straniere consentono, al redattore dell'atto istitutivo, di regolamentare, caso per caso, l'indicata discrezionalità che può, dunque, assumere diverse configurazioni giungendo fin'anche a divenire, per il trustee, un vero e proprio obbligo condizionato al verificarsi di un evento futuro ovvero alle disposizioni impartite da un soggetto terzo.

La circostanza non è di poco conto, ove si consideri che, mentre la "facoltà" assegnata al trustee vie-

ne neutralizzata dal precisato impegno quinquennale assunto da quest'ultimo, facendo venir meno qualsiasi ipotesi di preventiva assegnazione dei beni in trust, per quanto riguarda, invece, l'eventuale dovere di anticipazione nasce l'esigenza di prevedere nell'atto istitutivo del trust una clausola che rinvii, in ogni caso, la prematura liquidazione delle posizioni beneficiarie oltre il termine dei suddetti cinque anni.

La durata del trust

Spostando poi l'angolo visuale sulla durata del trust sembra forse inutile precisare che la stessa non può essere inferiore a cinque anni, per effetto delle richiamate condizioni poste dall'Amministrazione Finanziaria. Tuttavia può accadere che la durata del trust venga rimessa alla volontà di una terza persona, ovvero al verificarsi di un evento futuro, facendo così derivare anche in tal caso l'esigenza di un intervento sull'atto istitutivo del trust al fine di attribuire prevalenza al vincolo di durata posto dalla normativa fiscale rispetto all'indicata volontà, ovvero al concretizzarsi della condizione, così come illustrato nelle seguenti clausole esemplificative:

Esempio 6. "Durata del Trust"

A. Per Durata del Trust si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data di sottoscrizione del seguente strumento

2. ed il cui termine finale è la data dichiarata dal Trustee/Disponente/Guardiano purché:

- a. successiva al Periodo di Indisponibilità⁽¹⁵⁾;
- b. e non anteriore alla data dichiarata.

Esempio 7. "Durata del Trust"

A. Per Durata del Trust si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data di sottoscrizione del seguente strumento

2. ed il cui termine finale è la data in cui si saranno verificati entrambi i seguenti accadimenti:

- a. il decorso del Periodo di Indisponibilità ed
- b. il decesso del Disponente.

Note:

(14) Mentre nel diritto inglese, la *section 32* del *Trustee Act 1925* limita il potere di anticipazione alla metà della quota del fondo che potrebbe essere attribuita al beneficiario da avvantaggiare, in alcune leggi del modello internazionale non vi è alcuna limitazione in tal senso. Si veda M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari* [supra, nota 8], § 139.

(15) Per la definizione del periodo di indisponibilità, si veda il precedente esempio 5.

■ Conclusioni

Volendo riassumere le considerazioni finora svolte sull'impostazione da attribuire all'atto istitutivo di trust affinché possa conformarsi alle indicazioni dell'Amministrazione Finanziaria, si rileva quindi che:

1. nell'atto istitutivo non basta definire i discendenti ed il coniuge del disponente quali beneficiari del trust, occorre che tali soggetti abbiano una posizione soggettiva sul fondo;

2. le posizioni beneficiarie possono essere strutturate sia come *questite*, sia come *contingent*;

3. la definizione dei beneficiari, ai fini dell'agevolazione fiscale, non richiede l'individuazione nominativa dei soggetti appartenenti a tale classe, essendo sufficiente l'indicazione del legame di parentela esistente tra questi ed il disponente e ciò diversamente da quanto disposto dall'Agenzia delle Entrate per poter godere delle franchigie nei trust non aventi ad oggetto aziende o partecipazioni;

4. possono essere attribuiti poteri al trustee ovvero ad altri soggetti, tra cui il disponente, tali da incidere sulla stabilità delle posizioni beneficiarie. Le precisate facoltà, tuttavia, devono essere chiaramente esercitabili solo nell'ambito della classe dei beneficiari, non potendosi attribuire ad alcuno il potere di individuare un beneficiario del fondo al di fuori della cerchia dei soggetti agevolati;

5. le posizioni beneficiarie possono essere totalmente disponibili. In tal caso l'assegnazione del fondo ad un eventuale soggetto acquirente, esterno alla famiglia, avverrebbe non già in forza di un'attribuzione a titolo gratuito (voluta originariamente dal disponente ovvero derivante dall'esercizio del potere di nomina), ma di un acquisto a titolo oneroso di tali beni;

6. è opportuno comprimere i poteri amministrativi attinenti alla gestione del fondo, ed in particolare all'alienabilità dei beni in esso presenti, qualora gli stessi non siano nella piena ed esclusiva disponibilità del trustee;

7. è parimenti opportuno limitare il potere di anticipazione, qualora l'esercizio dello stesso non sia rimesso esclusivamente al libero arbitrio del trustee;

8. nei casi in cui il termine finale del trust non sia, fin dall'inizio, determinato e compiutamente identificabile occorre subordinare lo stesso al rispetto del limite temporale prescritto dalla normativa fiscale.

Le indicate ipotesi di lavoro, forse non tutte considerate in eguale misura e certamente non compi-

tamente esaustive dell'intera problematica fiscale connessa alle possibili configurazioni dei trust, non hanno la pretesa di essere pienamente condivisibili. Si vuole soltanto precisare che, quali che siano le clausole da inserire nell'atto di trust, queste devono essere il frutto e la testimonianza di una lineare visione d'insieme volta ad armonizzare le disposizioni delle varie leggi regolatrici e degli specifici atti con il quadro interpretativo stabilito dall'Amministrazione Finanziaria.

Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno: il cammino del professionista

di **Roberto Riccio**

Con provvedimento del 21 aprile 2009 il Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, a quanto consta investito per la prima volta della richiesta, ha autorizzato l'istituzione di un trust a vantaggio di una persona disabile, sottoposta ad amministrazione di sostegno ai sensi del capo I, titolo XII, libro primo, del codice civile, introdotto dall'art. 3, L. 9 gennaio 2004, n. 6(1).

Nei successivi paragrafi si cercherà di ripercorrere, nell'ottica del professionista dinanzi al quale si è presentata la fattispecie concreta, il cammino compiuto per arrivare ad ottenere l'autorizzazione del Giudice Tutelare, prestando particolare attenzione alle opzioni sottese alle principali clausole contenute nell'atto istitutivo del trust.

■ La fattispecie

Massimo, persi il padre e la madre a distanza di pochi mesi l'uno dall'altro, ha ereditato un cospicuo patrimonio, composto da beni mobili, tra cui titoli e somme di denaro, e da beni immobili. È inoltre titolare di diritti su beni propri, tra cui quello di proprietà su ingenti somme di denaro, rimosse quale beneficiario di una polizza assicurativa sottoscritta dal padre quando era ancora in vita.

Dal 1987 Massimo è stato riconosciuto invalido al 100% a causa di gravi patologie agli arti, alle quali, dopo il decesso dei genitori, si è aggiunto un serio disturbo dell'umore che genera momenti di forte instabilità. Egli non è in grado di gestire autonomamente il proprio patrimonio, di garantire la sua conservazione nel tempo e necessita costantemente di cure ed assistenza.

In questo contesto, su ricorso del direttore generale della locale A.u.s.l., il Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini ha nominato un avvocato amministratore di sostegno, conferendogli, prima provvisoriamente, poi in via definitiva ed a tempo indeterminato, il potere di compiere un'ampia serie di atti in rappresentanza esclusiva di Massimo, il quale ha conservato piena capacità di agire per quelli di ordinaria amministrazione non riservati all'amministratore.

La presenza di un amministratore di sostegno, tuttavia, non è apparsa sufficiente a garantire gli interessi, le esigenze e le aspirazioni di Massimo.

Egli, infatti, desidera:

a) che il proprio patrimonio sia amministrato in modo tale che gli sia assicurato di poter conservare, per l'intera durata della sua vita, il miglior tenore di vita che le sue risorse gli concederanno e che esso, ove possibile, non si riduca rispetto a quello attuale;

b) che si provveda, comunque rispettando le sue aspirazioni, alla sua cura ed assistenza, personale e medica, al fine di non risentire né doversi preoccupare di alcuna vicenda, personale o economica, che in futuro possa riguardarlo;

c) che, allo stesso tempo, gli sia concesso di godere di un grado di autonomia sufficiente ad attendere liberamente alle proprie occupazioni quotidiane ed a realizzare la propria personalità.

■ Perché il trust?

Il trust è apparso subito lo strumento più adatto, soprattutto perché il più duttile ed efficace, per sod-

Roberto Riccio – Avvocato in Rimini

Nota:

(1) Il testo del provvedimento può leggersi in questa Rivista, 2009, 409. L'atto istitutivo del trust è pubblicato *infra*, 682.

disfare le esigenze che nella fattispecie erano emerse: sia quelle connesse alla tutela del patrimonio, sia quelle legate alla cura ed all'assistenza di Massimo, al quale, secondo i suoi desideri, avrebbe consentito di accantonare ogni preoccupazione relativa al futuro lasciandolo libero di attendere solo alle proprie occupazioni quotidiane.

Grazie all'effetto segregativo del patrimonio, al suo affidamento alla gestione del trustee, legato ai beneficiari da un rapporto fiduciario, ed alla creazione di un vincolo che indirizzi ogni atto di amministrazione e di disposizione alle finalità per cui lo strumento è stato istituito, il trust avrebbe consentito efficacemente di prevenire che, date le sue patologie, Massimo potesse compiere o essere indotto a compiere atti dispositivi dei propri beni pregiudizievole dei suoi interessi, evitando così di dover radicare *ex post* azioni volte a porli nel nulla. Allo stesso tempo, avrebbe permesso di proteggere il suo patrimonio da eventuali pretese di terzi, contestualmente ottimizzando la gestione delle due componenti, mobiliare ed immobiliare, attraverso l'amministrazione attenta ed oculata del trustee, affinché Massimo ne potesse beneficiare per l'intera durata della propria vita, indipendentemente da ogni accadimento futuro.

Il trust avrebbe reso più semplice e snello sia gestire una ristrutturazione della casa di proprietà di Massimo, necessaria per ripristinare il fabbricato, gli impianti ed eliminare le numerose barriere architettoniche presenti ove egli avesse inteso continuare ad alloggiarvi, sia ricercare un eventuale acquirente del bene ed un'abitazione più confacente alle sue esigenze abitative qualora egli avesse preferito alienarla o permutarla: se l'immobile non fosse stato affidato al trustee, ognuna delle citate operazioni avrebbe dovuto essere condotta nell'ambito della complessa dialettica tra amministratore di sostegno, titolare dei poteri di straordinaria amministrazione, beneficiario, titolare dei poteri di ordinaria amministrazione, e giudice tutelare, responsabile della concessione delle autorizzazioni di cui agli artt. 374, 375 e 376 cod. civ.

Sotto il profilo personale, l'istituzione del trust avrebbe anche consentito di prevenire le conseguenze di un eventuale futuro aggravamento delle condizioni di salute di Massimo, adeguando opportunamente l'assistenza e le cure ai suoi effettivi bisogni, allo stesso tempo soddisfacendo alcune sue legittime aspirazioni, come quella di assicurarsi la possibilità di vivere nell'abitazione prescelta (quella attuale od un'altra all'uopo acquistata) fintanto che la salute

glielo avesse concesso e, ove ciò non fosse stato più possibile, di veder garantita l'idoneità della struttura deputata ad ospitarlo, aspirazioni altrimenti di incerta soddisfazione in assenza di genitori e di parenti prossimi.

Infine, attraverso il trust, in un momento in cui aveva ancora la capacità per farlo, Massimo avrebbe potuto programmare come destinare il patrimonio residuo dopo la sua morte, considerando anche l'eventuale nascita di figli.

L'opzione del trust si è fatta preferire perché con nessun altro strumento messo a disposizione dal nostro ordinamento si sarebbero potuti perseguire contemporaneamente gli stessi obiettivi con altrettanta efficacia, neppure istituendo, come prevede l'art. 2645 *ter* cod. civ., un vincolo di destinazione sui beni di Massimo.

Il principale limite degli atti di destinazione di cui alla norma citata, infatti, è rappresentato dal fatto che in essa manca totalmente la regolamentazione della gestione del bene durante il periodo di vigenza del vincolo, che, invece, l'atto istitutivo del trust disciplina compiutamente, adeguando alle necessità particolari del soggetto beneficiario i poteri del trustee e del guardiano, le modalità di gestione, l'attribuzione del reddito e la destinazione finale dei beni (2).

Un altro elemento a vantaggio del trust, infine, è stata la sua perfetta complementarità con l'amministrazione di sostegno, istituto col quale condivide le finalità, come ha riconosciuto anche la giurisprudenza intervenuta sull'argomento(3).

■ La necessità di ottenere le autorizzazioni del Giudice Tutelare

Condivisa dall'amministratore di sostegno e da Massimo l'opportunità di procedere all'istituzione di un trust per soddisfare le esigenze citate, si è posto il problema di valutare la necessità di ricorrere al competente Giudice Tutelare per ottenere le relative autorizzazioni.

Note:

(2) In tal senso si esprimono M. Monegat, in M. Monegat – G. Lepore – I. Valas (curr.), *Trust, aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone*, vol. 1, Torino, 2007, p. 337, nonché B. Franceschini, in M. Monegat – G. Lepore – I. Valas (curr.), *Trust, applicazioni nel diritto commerciale e azioni a tutela dei diritti in trust*, vol. 2, Torino, 2008, p. 265.

(3) Cfr. Tribunale Modena, 11 agosto 2005, in questa Rivista, 2006, 581; Trib. Genova, 14 marzo 2006, *ivi*, 415; Trib. Treviso, 7 febbraio 2007, *inedita*; Trib. Bologna, 23 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 631.

Il decreto di nomina aveva riservato alla competenza dell'amministratore di sostegno, in via generale, gli atti di straordinaria amministrazione, categoria alla quale sarebbero appartenuti – si ritiene – anche la sottoscrizione dell'atto istitutivo e la partecipazione agli atti di dotazione del fondo in trust. Tuttavia, l'art. 411 cod. civ. estende all'istituto dell'amministrazione di sostegno l'operatività di alcune norme previste per la tutela, tra cui quelle contenute negli artt. 374, 375 e 376 cod. civ., assegnando al giudice tutelare la competenza a concedere tutte le autorizzazioni per gli atti ivi contemplati. Nel novero di tali atti sembrerebbero poter rientrare, almeno secondo un'interpretazione teleologica, anche quelli necessari all'istituzione del trust ed alla dotazione del relativo fondo, che il decreto di nomina non aveva espressamente incluso nell'elenco prescritto dall'art. 405, V comma, n. 3), contenente gli atti che l'amministratore di sostegno ha senz'altro il potere di compiere.

È parso dunque necessario richiedere una nuova e specifica autorizzazione, anche perché, nella fattispecie, l'atto istitutivo individuava beneficiari del fondo diversi da Massimo: in questa ipotesi, infatti, parte della dottrina ha sollevato problemi sotto il profilo della stessa ammissibilità del trust, avendo qualificato la disposizione beneficiaria come donazione indiretta posta in essere dall'incapace(4).

■ Il contenuto del ricorso al Giudice Tutelare

Il ricorso è stato sottoscritto sia dall'amministratore di sostegno, che contestualmente ha chiesto di essere autorizzato anche ad accettare l'incarico di guardiano – sul quale ci si soffermerà nei prossimi paragrafi – sia da Massimo personalmente, dal momento che non è stata ritenuta necessaria la rappresentanza tecnica di un difensore, trovandosi in sede di volontaria giurisdizione(5).

Nel ricorso sono state esposte le esigenze ed i desideri di Massimo, precisate le finalità che s'intendeva raggiungere attraverso l'istituzione del trust ed evidenziati i vantaggi che lo strumento avrebbe consentito di ottenere.

In allegato sono stati elencati sia i beni da segregare in trust, con specifica indicazione di quelli di provenienza ereditaria per i quali sarebbe stato necessario ottenere l'autorizzazione prevista dall'art. 747 cod. proc. civ., sia quelli che ne sarebbero rimasti esclusi e le relative ragioni.

Estendere il vincolo del trust ad alcuni beni, infatti, si sarebbe rivelato economicamente sconsigliato, come nel caso di una vecchia autovettura, mentre altri sono apparsi essenziali per consentire a Massimo di conservare il grado di autonomia di cui disponeva già precedentemente, pertanto si è preferito lasciarli nella sua diretta disponibilità e proprietà. In particolare, si è voluto che egli conservasse la possibilità di usufruire di un conto corrente personale in cui far confluire, alla scadenza ed ottenute le necessarie autorizzazioni, il controvalore di alcuni titoli ereditati, l'indennità di accompagnamento mensile che continuerà a percepire e le somme che il trustee gli metterà a disposizione per le sue necessità quotidiane, che egli potrà prelevare nei limiti in cui sia stato autorizzato dall'amministratore di sostegno.

L'intero programma, poi, è stato esposto al Giudice Tutelare producendo per esteso la bozza dell'atto istitutivo di trust, le cui clausole principali sono state esaminate anche nel testo del ricorso per agevolare l'interpretazione.

Infine, si è ritenuto opportuno allegare anche i preventivi di spesa per la redazione dell'atto, per l'autentica notarile e per l'adempimento della relativa pubblicità, allo scopo di consentire al Giudice Tutelare di estendere la propria valutazione alla convenienza sotto il profilo economico.

■ Le principali clausole contenute nell'atto istitutivo di trust e le opzioni ivi sottese

Passando all'esame delle clausole contenute nell'atto istitutivo, la cui stipulazione è stata autorizzata dal Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, principale valenza assume quella che individua la finalità del trust (art. 2) nell'"assicurare il mantenimento del miglior tenore di vita possibile in relazione alle risorse disponibili, comunque, ove possibile, non inferiore a quello attuale, la cura e l'assistenza, personale e medica, di Massimo".

Ponendo in correlazione il "miglior tenore di vita possibile", quale obiettivo da raggiungere, e "le risorse disponibili" si è inteso chiarire che il trustee deve

Note:

(4) Per una panoramica delle problematiche sull'argomento, si consulti S. Bartoli – D. Mauritano, *Le clausole utilizzate nei trust interni*, Torino, 2008, p. 137 s.

(5) Cass., 3 luglio 1987, n. 5814, Giust. civ., 1988, I, 743.

tendere ad ottimizzare la gestione del fondo in trust, affinché Massimo ne possa trarre il maggior beneficio conseguibile.

D'altro canto, identificando in quello "attuale" il parametro minimo di riferimento per il tenore di vita, si è voluto rendere esplicito che la gestione del fondo, pur tendendo alla ottimizzazione delle risorse, dovrà comunque rispettare regole di prudenza tali da garantire che le possibilità di Massimo non si riducano, eccetto che per ragioni inevitabili ("ove possibile"), per l'intera durata della sua vita.

Nello stesso articolo sono state introdotte, in due successivi commi, le previsioni che garantiranno a Massimo di poter continuare a vivere nella sua attuale abitazione, ove lo desidera, e di non essere trasferito in istituti comunque denominati, salvo che lo impongano oggettive esigenze di cura od assistenza, in ogni caso dopo essere state accertate la loro esistenza e l'idoneità della struttura prescelta.

Enunciando tali previsioni nella clausola relativa alla finalità del trust si è inteso rendere esplicito che, nell'esercizio dei propri poteri, il trustee non deve solo limitarsi a tenere conto delle esigenze che vi sono sottese, ma deve considerare il loro rispetto come un obiettivo primario.

La durata del trust è stata commisurata alla vita di Massimo (art. 7).

Non potendosi escludere che egli generi dei figli, i quali, come vedremo, sono identificati come beneficiari, il termine finale è stato posticipato a trecento giorni dalla sua morte, per permettere di accertare se esista prole concepita, ma non ancora nata.

Volendo evitare, tuttavia, che il fondo pervenga a soggetti non ancora giunti nel pieno della maturità, "ove dopo trecento giorni dalla data del decesso di Massimo siano in vita suoi figli di età inferiore a 26 anni" il termine finale coincide con "la data del primo verificarsi di uno fra i seguenti fatti:

i. il compimento del 26° anno di tutti i figli di Massimo che non siano defunti prima di raggiungere tale età,

ii. il decesso di tutti i figli di Massimo".

Ove il termine finale fosse stato fatto coincidere con la morte di Massimo, come intuitivamente verrebbe da pensare nel momento di definire la durata di un trust a vantaggio di un soggetto non autosufficiente, nella fattispecie si sarebbe corso un duplice rischio: quello, forse il principale, di far pervenire ciò che resti del Fondo a minori di età o, comunque, a soggetti non in grado di assumerne la gestione per

non aver ancora raggiunto un grado di maturità sufficiente; il secondo, più remoto, ma egualmente da valutare essendosi attribuito ai beneficiari il diritto di pretendere il trasferimento del fondo "se in vita al termine finale della Durata del trust" (art. 9, lett. C., II comma), di far cessare il trust senza essere certi del fatto che altri beneficiari possano nascere dopo la scomparsa di Massimo.

Non è stata redatta alcuna clausola che consenta di porre anticipatamente fine al trust in relazione alle condizioni di salute di Massimo: sia perché la sua situazione d'invalidità non appare clinicamente reversibile, sia perché, anche ove le sue condizioni psicologiche non richiedessero più la presenza di un amministratore di sostegno, egli preferirebbe comunque, per sua espressa asserzione, che altri si occupassero della gestione del patrimonio, della sua cura ed assistenza.

Per l'ipotesi in cui il trust debba restare in vita dopo la morte di Massimo, si è conferito al trustee il potere di modificare le disposizioni dell'atto istitutivo "come egli ritenga sia nell'interesse dei Beneficiari" (art. 33): dato che oggi sarebbe arduo prevedere con certezza quali esigenze allora potranno sorgere, è parso preferibile conferire un ampio potere al trustee, vincolato nel suo esercizio dall'"interesse dei Beneficiari", piuttosto che introdurre una regolamentazione che rischierebbe poi di rivelarsi nei fatti inadeguata.

La scelta del trustee è caduta su un cugino del defunto padre di Massimo, sia perché è la persona a lui più vicina e che da tempo lo assiste quotidianamente, sia perché è individuo culturalmente e tecnicamente preparato ad assumere l'incarico, dal quale comunque il guardiano potrà revocarlo e sostituirlo ove ciò si riveli necessario (art. 23, lett. C e D).

Sono state escluse immediatamente altre opzioni, in particolare quella del trustee professionale, che nella fattispecie è stato giudicato inadatto, come spesso accade per i trust a vantaggio di soggetti deboli, in cui i compiti da svolgere oltrepassano la semplice gestione di un patrimonio, richiedendo un impegno di carattere sostanzialmente assistenziale e la creazione di legami affettivi con la persona da assistere.

Mancando parenti realmente prossimi, astrattamente si sarebbe potuto investire dell'ufficio di trustee anche un istituto di assistenza, tuttavia, al di là delle difficoltà pratiche che una struttura simile avrebbe potuto incontrare nello svolgimento dell'incarico, l'opzione avrebbe avuto senso solo ove Massi-

mo vi fosse stato ricoverato e, dunque, le sue esigenze fossero state monitorate costantemente da chi si sarebbe dovuto occupare di lui.

La scelta del guardiano, a cui sono rimessi poteri consultivi, di veto e di azione verso il trustee (artt. 8, 15, 17, 25), invece, è caduta sul professionista che attualmente riveste l'ufficio di amministratore di sostegno, il quale, vista la finalità benefica del proprio ruolo, ha accettato di svolgere l'incarico gratuitamente.

Ove in futuro l'ufficio di guardiano fosse rivestito da soggetto diverso dall'amministratore di sostegno(6), quest'ultimo (come il tutore o il curatore eventualmente nominati al suo posto) avrebbe lo stesso ampi diritti d'informazione e rendicontazione nei suoi confronti (cfr. art. 25, lett. E), ciò al fine di consentire all'amministratore, a propria volta, di presentare tempestivamente al Giudice Tutelare le relazioni richieste nel provvedimento di nomina.

In quanto responsabile della cura degli interessi di Massimo, all'amministratore di sostegno (e al tutore o al curatore eventualmente nominati al suo posto) sono stati inoltre conferiti i poteri di revocare il guardiano, ove sia persona diversa da lui, e di nominare nuovi guardiani o guardiani aggiuntivi (cfr. art. 27, lett. D ed E). In caso di coincidenza delle due figure ed in mancanza dell'amministratore di sostegno (e del tutore o del curatore eventualmente nominati al suo posto), invece, entrambi i poteri sono stati assegnati al Presidente del Tribunale di Rimini, la figura istituzionale apparsa più confacente allo scopo(7).

Non si è ritenuto corretto prevedere che anche in futuro l'ufficio di guardiano debba per forza essere rivestito dall'amministratore di sostegno(8), sia perché la lunga durata del trust impone di considerare l'ipotesi che Massimo non necessiti più di un amministratore di sostegno, oppure che necessiti di un tutore o di un curatore o, ancora, di nessuno di essi, ma anche il caso in cui, permanendo l'attuale situazione, sorga l'opportunità di nominare amministratore di sostegno un soggetto inadatto a rivestire l'ufficio di guardiano, per sua natura caratterizzato da un particolare tecnicismo.

Si è inteso creare la possibilità che i due ruoli coincidano di fatto, ove ciò si riveli funzionale alle esigenze del caso concreto(9): disponendo del potere di nominare nuovi guardiani o guardiani aggiuntivi, chiaramente l'amministratore di sostegno potrà nominare guardiano se stesso.

Attraverso l'atto istitutivo di trust approvato dal

Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, dunque, si è cercato di non intaccare i ruoli dell'amministratore di sostegno e del Giudice Tutelare, i quali continueranno a supervisionare, secondo le rispettive competenze, la gestione che Massimo farà delle risorse proprie e di quelle che gli perverranno direttamente dal trustee, oltre che, indirettamente, l'attività dello stesso trustee.

Per agevolare la dialettica tra ognuna delle figure citate, soprattutto ove amministratore di sostegno e guardiano siano persone diverse, in aggiunta ai diritti di rendicontazione riconosciuti a quest'ultimo verso il trustee (art. 22), si è anche previsto – come anticipato in precedenza – che il guardiano fornisca all'amministratore di sostegno (e al tutore o al curatore eventualmente nominati al suo posto) "ogni tipo d'informazione e documento relativi al Trust" che egli gli chieda nell'esercizio del proprio ufficio, nonché "una copia della relazione annuale sull'andamento del Trust, dell'inventario del Fondo in trust e del rendiconto del trustee, subito dopo essergli stati consegnati dal trustee" (art. 25, lett. E).

In mancanza di una simile previsione, all'amministratore di sostegno, se persona diversa dal guardiano, sarebbero mancati strumenti adeguati per venire a conoscenza d'informazioni che, verosimilmente, egli dovrà inserire nella relazione da consegnare annualmente al Giudice Tutelare.

In merito alla composizione del fondo – all'atto dell'istituzione limitato ad un minimo apporto in denaro, a cui si accompagnerà il trasferimento degli altri beni con atti separati, preceduti, ove necessario,

Note:

(6) L'eventualità potrebbe verificarsi qualora si riveli opportuno nominare un familiare amministratore di sostegno (per esempio, decorso il decennio dopo il quale egli non è più tenuto a continuare nello svolgimento dei suoi compiti ai sensi dell'art. 410, III comma, cod. civ.) e, data la tecnicità dell'incarico, un professionista guardiano.

(7) In particolare, il Presidente del Tribunale è stato preferito al Giudice Tutelare poiché questi, verosimilmente, sarebbe chiamato ad esercitare i poteri di revoca e sostituzione del guardiano proprio quando Massimo non fosse più sottoposto all'amministrazione di sostegno, a tutela o a curatela, cioè alle misure di protezione che giustificerebbero il suo coinvolgimento.

(8) In Trib. Treviso, 7 febbraio 2007 [*supra*, nota 3], invece, il Giudice Tutelare aveva posto, quale condizione per autorizzare l'istituzione di un trust a beneficio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, che gli uffici di amministratore e di guardiano fossero sempre rivestiti dalla stessa persona.

(9) Com'è apparso al momento dell'istituzione del trust, essendo l'amministratore di sostegno un soggetto idoneo e disponibile a ricoprire entrambe le cariche.

dall'autorizzazione *ex art. 747* cod. proc. civ.(10) – si è inteso consentire al trustee di accettare incrementi da chiunque, ma previo consenso del guardiano (art. 6), essendosi voluto controllare l'ingresso di beni o diritti non pienamente compatibili con la finalità del trust. Per non scoraggiare incrementi provenienti da eventuali terzi benefattori, si è comunque voluto consentire loro di decidere le modalità di gestione e disposizione dei beni e dei diritti conferiti, nonché di individuare i soggetti a cui essi spettino (“Beneficiari di Singoli Beni”) una volta sopraggiunto il termine finale della durata del trust (art. 9).

In merito all'impiego del reddito del fondo in trust si è inteso assegnare ampia discrezionalità al trustee (art. 8), fermo naturalmente il vincolo della finalità del trust, al fine di consentirgli d'interpretare ed esaudire il più efficacemente possibile le esigenze di Massimo.

Per l'impiego del fondo, invece, è parso opportuno chiedere il preventivo consenso del guardiano, come anche per l'apposizione di vincoli sui beni che lo compongono, anche al fine di meglio raccordare le dinamiche del trust con la disciplina dell'amministrazione di sostegno, data l'iniziale coincidenza tra le due figure(11).

I beneficiari della componente residua del fondo in trust, sopraggiunto il termine finale della sua durata ed assegnato ai beneficiari di singoli beni quanto di loro spettanza, sono i figli di Massimo e gli altri soggetti che egli abbia eventualmente nominato, per testamento o atto autentico (art. 9), difettando i quali essa spetterà “ai figli dei figli di Massimo, se in vita, al termine finale della Durata del trust”.

Nella clausola dispositiva (art. 9, lett. C., Il comma), la posizione dei beneficiari, condizionando il diritto ad ottenere il trasferimento della porzione residua del fondo alla loro permanenza “in vita al termine finale della Durata del Trust”, è stata strutturata in modo tale da attribuire loro un *contingent interest*(12), affinché essi non possano porre anticipatamente fine al trust in base alla legge regolatrice(13), come avrebbero potuto se, invece, fossero stati titolari di un *vested interest*.

In questo modo si è inteso non vanificare la scelta, fatta al momento di definire la durata del trust (art. 7), volta ad evitare che il residuo fondo in trust vada a soggetti non ancora sufficientemente maturi.

Ove mancassero i soggetti sopra citati, Massimo ha ritenuto opportuno ripartire diversamente il fondo in trust, distinguendo i beni immobili, i quali spet-

terebbero ad un'associazione di beneficenza da lui individuata, ed i beni mobili, che sarebbero suddivisi in quote tra i rami di discendenza facenti capo ai fratelli dei propri genitori defunti, in atto definiti origine.

Quale legge regolatrice del trust si è scelta la legge di Jersey, Isole del Canale (art. 30), il cui testo è stato prodotto in allegato al ricorso, con la relativa traduzione in lingua italiana, per consentirne l'esame al Giudice Tutelare. La scelta è dipesa dalla duttilità della legge e dalla sua piena compatibilità con le opzioni prescelte nell'atto istitutivo. Oltre a ciò, essendo interamente racchiusa in un unico corpo normativo, essa ha il pregio d'essere più facilmente fruibile dall'utente italiano e, nella fattispecie, più accessibile da parte di una magistratura che, a quanto consta, si avvicinava per la prima volta all'istituto del trust.

Si è infine scelto di devolvere eventuali controversie alla giurisdizione del Tribunale di Milano, in quanto dotato di una sezione tabellarmente dedicata al trust, riservando al Tribunale di Rimini, essendo territorialmente più vicino alla sede del trustee e, comunque, competente per le vicende inerenti all'amministrazione di sostegno, quella sui procedimenti miranti a far pronunciare direttive al trustee (art. 31).

Note:

(10) La soluzione di tenere distinta l'istituzione del trust dai successivi atti di dotazione del fondo (che per i beni di provenienza ereditaria si imporrebbe comunque, occorrendo la preventiva autorizzazione *ex art. 747* cod. proc. civ.), da un lato serve ad agevolare l'adempimento delle formalità pubblicitarie riferite ai singoli beni da segregare in trust, necessarie per opporre ai terzi il vincolo di destinazione stabilito nell'atto istitutivo, poiché consente di trascrivere in ciascun registro (immobiliare, delle imprese, automobilistico ecc.) solo l'atto di dotazione senza quello istitutivo; dall'altro rende economicamente meno gravosa l'intera operazione, permettendo di trasferire al trustee denaro e titoli direttamente sui conti (corrente e titoli) che egli avrà previamente acceso a nome del trust, omettendo l'autentica notarile e la conseguente registrazione.

(11) Non è escluso, infatti, che benché i beni entrati a far parte del fondo in trust tecnicamente non appartengano più a Massimo, l'amministratore di sostegno, il quale, nella veste di guardiano, debba acconsentire al loro impiego, per esempio, autorizzandone l'alienazione, la permuta o l'ipoteca, intenda comunque richiedere al Giudice Tutelare le autorizzazioni preventive di cui agli artt. 374, 375 e 376 cod. civ., preferendo optare, in un'ottica per sé prudenziale, per un'interpretazione estensiva di tali norme.

(12) Per una disamina delle clausole attributive di posizioni beneficiarie *contingent*, cfr. M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, p. 107 s.

(13) Trusts (Jersey) Law, 1984, as amend. 2006, art. 43 (3).

Italia

Atto istitutivo di trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno

■ Pubblichiamo l'atto istitutivo del trust oggetto della sentenza del Tribunale di Rimini, 21 aprile 2009, consultabile in questa Rivista, 2009, 409 e di cui al commento di Roberto Riccio, *supra*, 676

INDICE DEGLI ARTICOLI

Parte I Dati di base

- Art. 1. "Trust"; denominazione, irrevocabilità
- Art. 2. Finalità del Trust
- Art. 3. Il "Trustee"
- Art. 4. Il "Guardiano"
- Art. 5. Il "Fondo in trust"; i "Beni in trust"
- Art. 6. Ulteriori apporti; "Beneficiari di Singoli Beni"
- Art. 7. La "Durata del Trust"

Parte II La destinazione del Fondo in trust

- Art. 8. Impiego del Fondo in trust e del reddito
- Art. 9. I "Beneficiari"; appartenenza finale del Fondo in trust
- Art. 10. Indisponibilità delle posizioni beneficiarie
- Art. 11. Diritti dei legittimari

Parte III La gestione del Fondo in trust

- Art. 12. Gestione e disposizione dei Beni in trust
- Art. 13. Segregazione, custodia, mandati
- Art. 14. Investimenti finanziari
- Art. 15. Indicazioni al Trustee
- Art. 16. Responsabilità del Trustee verso terzi
- Art. 17. Conflitto di interessi
- Art. 18. Responsabilità del Trustee

Parte IV Disposizioni sul Trustee

- Art. 19. Sede dell'amministrazione
- Art. 20. Deliberazioni dei Trustee
- Art. 21. Compenso e costi del Trustee
- Art. 22. Rendiconto

- Art. 23. Successione nell'ufficio di Trustee
- Art. 24. Trasferimento dei Beni in trust in caso di mutamento nell'ufficio del trustee

Parte V Disposizioni sul Guardiano

- Art. 25. Poteri e doveri del Guardiano
- Art. 26. Compenso del Guardiano
- Art. 27. Successione nell'ufficio

Parte VI Disposizioni generali e finali

- Art. 28. Definizioni e convenzioni
- Art. 29. Il "Libro degli eventi"
- Art. 30. Legge regolatrice
- Art. 31. Giurisdizione
- Art. 32. Forma degli atti
- Art. 33. Modificazioni di questo Strumento
- Art. 34. Allegati
- Art. 35. Registrazione di questo Strumento

Questo STRUMENTO,

sottoscritto dall'avvocato Astorre Mancini, nato a ..., il ..., codice fiscale, ..., residente in ..., Via ..., il quale interviene nella sua qualità di Amministratore di sostegno in rappresentanza del sig. M.E., codice fiscale, ..., nato a ..., il ... ed ivi residente in Via ..., in forza del decreto di nomina definitiva reso dal Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, in data ..., n. cron. ..., che in copia conforme si allega sotto la lettera A) ed autorizzato alla sottoscrizione di questo Strumento dal Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini con decreto reso in data ... n. cron. ..., che in copia conforme si allega sotto la lettera B), d'ora innanzi "Disponente", e

dal sig. F. G., nato a ..., il ..., codice fiscale, ..., residente in ..., Via ..., di seguito denominato "Trustee",

PREMESSO

– che il sig. M. E., affetto da un disturbo bipolare dell'umore, da paralisi spastica agli arti inferiori, da ipotonia agli arti superiori e riconosciuto invalido al 100%, patologie che ne limitano l'autonomia e lo rendono particolarmente bisognoso di cura e protezione (d'ora innanzi, il sig. M. E. sarà denominato "Massimo"), a seguito del decesso del padre e di una lunga ed invalidante malattia della madre, poi deceduta, su ricorso dell'Ausl di Rimini è stato ammesso al beneficio dell'amministrazione di sostegno ai sensi della legge n. 6 del 9 gennaio 2004;

– che con provvedimento del Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, emesso in data ..., n. cron. ..., allegato in copia conforme sotto la lettera A), è stato nominato in via definitiva Amministratore di sostegno l'avv. Astorre Mancini, il quale, con provvedimento reso dallo stesso Giudice Tutelare in data ... n. cron. ..., allegato in copia conforme sotto la lettera B), è stato autorizzato a sostituirsi a Massimo nella sottoscrizione di questo Strumento tramite il quale si intende provvedere al mantenimento del suo miglior tenore di vita possibile in relazione alle risorse disponibili, comunque, ove possibile, non inferiore a quello attuale e alla sua cura e assistenza, personale e medica, in modo tale che egli non risenta di alcuna vicenda, personale o economica, che possa in futuro riguardarlo;

– che con il medesimo provvedimento il Disponente è stato autorizzato a porre in essere ogni atto volto a trasferire al Trustee beni e diritti di proprietà di Massimo, previo ottenimento delle autorizzazioni di legge per quelli di provenienza ereditaria;

– che il Disponente, sottoscrivendo questo Strumento, trasferisce al Trustee, sopra nominato, la somma di Euro 10.000,00, per mezzo di assegno circolare «estremi»;

– che i trasferimenti in parola e qualunque altro a cui il Disponente darà luogo in favore del Trustee, sono e saranno in piena, libera ed esclusiva proprietà e titolarità, con vincolo per il trustee di impiegare quanto gli viene trasferito e di disporne secondo le disposizioni e le finalità di questo Strumento;

– che al riconoscimento del trust nascente da questo Strumento si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dalla Repubblica italiana in forza della legge 16 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggior favore

ATTESTA QUANTO SEGUE

Parte I Dati di base

Art. 1. "Trust"; denominazione, irrevocabilità

A. Il termine "Trust" individua il trust nascente da questo Strumento.

B. Il Trust è identificato per mezzo della denominazione "M. E. Trust".

C. Questo Strumento è irrevocabile.

Art. 2. Finalità del Trust

A. Il Trust viene istituito per assicurare il mantenimento del miglior tenore di vita possibile in relazione alle risorse disponibili, comunque, ove possibile, non inferiore a quello attuale, la cura e l'assistenza, personale e medica, di Massimo.

B. Massimo continuerà a vivere nella sua attuale residenza in ..., Via ..., o, a sua scelta, in un'altra abitazione, con l'assistenza necessaria per compiere gli atti della sua vita quotidiana.

C. In nessun caso Massimo potrà soggiornare in istituti di assistenza, comunque denominati, ad eccezione dell'ipotesi in cui le sue condizioni subiscano un aggravamento tale da impedire che possa essere curato ed assistito presso la sua residenza e tale impossibilità, così come l'idoneità della struttura che dovrà ospitarlo, sia attestata dal conforme parere favorevole di tre medici, di cui almeno due specializzati in neurologia, nominati dal Presidente dell'Ordine dei Medici di Rimini, su richiesta del Trustee o del Guardiano.

Art. 3. Il "Trustee"

A. "Trustee" del Trust è il sig. F. G., codice fiscale ... residente in ..., Via ...

B. L'ufficio di Trustee può essere ricoperto da una o più persone.

C. Il termine "Trustee" individua chi riveste l'ufficio di trustee; in caso di più persone "un Trustee" indica ciascuna di esse.

Art. 4. Il "Guardiano"

A. "Guardiano" del Trust è l'avvocato Astorre Mancini, codice fiscale ... con studio in ..., Via ...

B. Il termine "Guardiano" individua chi riveste l'ufficio di guardiano del Trust; in caso di più persone, "un Guardiano" indica ciascuna di esse.

Art. 5. Il "Fondo in trust"; i "Beni in trust"

A. Per "Fondo in trust" si intendono:

1. i beni e i diritti trasferiti al Trustee quale trustee del Trust;
2. ogni reddito del Fondo che il Trustee vi accumuli;
3. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione di quanto sopra.

B. Per "Beni in trust" si intendono:

1. ogni bene e diritto incluso nel Fondo in trust;
2. i frutti e le utilità da essi derivate.

C. I Beni in trust sono separati dal patrimonio proprio

di un Trustee, non sono aggredibili dai suoi creditori personali e, qualora un Trustee sia una persona fisica, non fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio o da convenzioni matrimoniali e non formano oggetto della sua successione ereditaria.

Art. 6. Ulteriori apporti; "Beneficiari di Singoli Beni"

A. Il Trustee può accettare incrementi del Fondo in trust da chiunque solo previo consenso del Guardiano.

B. Chi incrementi il Fondo in trust

1. può prescrivere per atto autentico le modalità di gestione e di disposizione dei beni che trasferisce al Trustee, con esonero di questi da responsabilità;

2. può nominare, per atto autentico comunicato al Trustee, i soggetti ai quali spettano i beni o diritti da lui trasferiti:

a. individualmente o quale categoria,

b. anche a termine o sotto condizione sospensiva o risolutiva.

Il termine "Beneficiari di Singoli Beni" indica i soggetti così nominati.

Art. 7. La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui termine iniziale è la data della sottoscrizione di questo Strumento

2. e il cui termine finale è

a. trecento giorni dopo la data del decesso di Massimo,

b. ovvero, se dopo trecento giorni dalla data del decesso di Massimo siano in vita suoi figli di età inferiore a 26 anni, la data del primo verificarsi di uno fra i seguenti fatti:

i. il compimento del 26° anno di tutti i figli di Massimo che non siano defunti prima di raggiungere tale età,

ii. il decesso di tutti i figli di Massimo.

Parte II La destinazione del Fondo in trust

Art. 8. Impiego del Fondo in trust e del reddito

A. Nel corso della Durata del Trust, il Trustee

1. impiega in favore di Massimo, per il suo mantenimento, la sua cura ed assistenza personale e medica per la durata della sua vita

a. quanto opportuno del reddito del Fondo in trust,

b. nonché, ove necessario, ottenuto il consenso del Guardiano, il Fondo stesso, con l'esclusione dei cespiti destinati ai Beneficiari di Singoli Beni.

2. ottenuto il consenso del Guardiano, può eseguire versamenti all'amministratore di sostegno, al tutore o curatore di Massimo ed in favore di quest'ultimo senza essere tenuto a verificare l'uso delle somme a meno che sia a conoscenza di circostanze che richiedano una verifica;

3. può impiegare reddito del Fondo in trust:

a. per manutenzione, riparazioni e migliorie di beni inclusi nel Fondo in trust;

b. per soddisfare imposte e altri costi che sarebbero altrimenti da soddisfare tramite il Fondo in trust, purché contesti le pretese ragionevolmente contestabili;

4. può, per quanto riguarda beni immobili inclusi nel Fondo in trust, consentire a Massimo di averne il possesso o il godimento alle condizioni che il Trustee ritenga opportune;

5. ottenuto il consenso del Guardiano, impiegare o ipotecare o vincolare beni inclusi nel Fondo in trust:

a. per mutuare somme a Massimo; il mutuo può non prevedere né interesse né garanzie;

b. per garantire obbligazioni di Massimo verso altri soggetti;

6. prendere somme a mutuo, se reputi che ciò sia necessario per attuare la Finalità del Trust.

Art. 9. I "Beneficiari"; appartenenza finale del Fondo in trust

A. Il termine "Beneficiari" indica:

1. i figli di Massimo;

2. le persone che Massimo, per testamento, ove capace di testare e qualora non gli sia precluso, per mezzo di atti autentici comunicati al Trustee, revocabili o irrevocabili, nomini nel corso della Durata del Trust o che, con le medesime forme, siano nominati dal soggetto al quale Massimo abbia attribuito questo potere per atto autentico:

a. individualmente o quale categoria,

b. anche a termine o sotto condizione sospensiva o risolutiva.

B. Per "Origine" si intende ogni fratello e sorella di L. E., padre deceduto di Massimo ed ogni fratello e sorella di A. A., madre deceduta di Massimo.

C. Sopraggiunto il termine finale della durata del Trust il Fondo in trust è trasferito di diritto

1. per gli specifici diritti, beni o quote di essi e seguendo ogni altra disposizione delle relative nomine, ai Beneficiari di Singoli Beni

2. per il residuo,

a. ai Beneficiari, se in vita al termine finale della Durata del Trust, in quote eguali

b. in mancanza, ai figli dei figli di Massimo, se in vita al termine finale della Durata del Trust, in quote eguali

c. in mancanza, quanto ai beni immobili, all'Associazione Comunità Papa Giovanni XXIII, con sede in Rimini, codice fiscale 00310810221, a meno che essa non sia più in esistenza; quanto agli altri beni, essi sono suddivisi in tante quote quante siano le Origini viventi o che abbiano almeno un discendente vivente, e le quote attribuite come segue:

i. una quota è attribuita a ciascuna Origine che sia vivente;

ii. ciascuna altra quota è suddivisa fra i discendenti della relativa Origine in modo tale che i membri di ciascuna generazione ricevano in parti eguali quanto avrebbe ricevuto il loro genitore, se vivente, e che nessun discendente riceva alcunché qualora un suo ascendente sia vivente

ai quali soltanto il Fondo da quel momento appartiene.

3. Il Trustee

a. tiene il Fondo a disposizione dei soggetti così individuati

b. e cura qualunque adempimento necessario per rendere tale appartenenza giuridicamente opponibile ai terzi.

Art. 10. Indisponibilità delle posizioni beneficiarie

A. Massimo e i Beneficiari non possono alienare alcun proprio diritto nel corso della Durata del Trust né in alcun altro modo disporne, né tali diritti entrano nella massa fallimentare in caso di fallimento o insolvenza di Massimo o di un Beneficiario né su di essi possono essere compiuti atti di esecuzione.

Art. 11. Diritti dei legittimari

A. Proposta da un Beneficiario o da un Beneficiario di Singoli Beni alcuna domanda giudiziale di riduzione,

1. il Trustee è tenuto

a. a costituirsi in giudizio

b. e rimettersi a giustizia

e il Beneficiario o il Beneficiario di Singoli Beni che ha agito cessa di essere tale.

Parte III La gestione del Fondo in trust

Art. 12. Gestione e disposizione dei Beni in trust

A. I Beni in trust sono in piena proprietà del Trustee affinché egli se ne avvalga per realizzare la Finalità del Trust e, subordinatamente ad essa, ogni altra finalità enunciata da questo Strumento; nell'esercizio di qualunque sua funzione il Trustee gode di tutti i poteri e facoltà del pieno proprietario, fermi i limiti enunciati in questo Strumento.

B. Il Trustee

1. ha capacità processuale attiva e passiva rispetto ai Beni in trust;

2. può comparire nella sua qualità di trustee dinanzi a Notari e pubbliche autorità;

3. può rivolgersi all'Autorità giudiziaria per ottenerne direttive.

C. Il Trustee non può, senza avere ottenuto il consenso del Guardiano:

1. alienare beni immobili né costituire garanzie reali su di essi;

2. locare beni immobili o consentirne comunque il godimento a soggetti diversi da Massimo per un periodo eccedente tre anni;

3. alienare partecipazioni in società non quotate in mercati regolamentati;

4. concludere alcun contratto per un corrispettivo eccedente 5.000,00 euro;

D. Il Guardiano ha diritto di agire per l'annullamento dei contratti stipulati in violazione delle disposizioni che precedono.

Art. 13. Segregazione, custodia, mandati

A. Il Trustee custodisce i Beni in trust e ne tutela la consistenza fisica, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso.

B. Il Trustee tiene i Beni in trust separati sia dai propri che da qualunque altro bene del quale sia trustee o fiduciario e distintamente identificabili. Inoltre,

1. quando si tratti di beni iscritti in registri, pubblici o privati, il Trustee ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust;

2. ogni conto bancario e ogni contratto stipulato dal Trustee è al nome del Trustee nella sua qualità di trustee o in altro modo che palesi l'esistenza del Trust e ogni somma è depositata nei conti così denominati.

C. Il Trustee può:

1. depositare beni e documenti presso banche e depositari professionali che si obblighino alla loro custodia ed è tenuto a farlo per i titoli al portatore

2. intestare beni a società fiduciarie o intermediari finanziari professionali o a società interamente controllate dal Trustee

3. delegare a chiunque, incluso un Trustee, quando siano più di uno, l'esercizio di uno specifico potere gestionale per un periodo determinato quale mandatario

alle condizioni che ritenga opportune, ma comunque sempre in forza di atto scritto che non consenta all'altra parte

a. deleghe di funzioni,

b. limitazioni di responsabilità al di là della colpa ordinaria,

c. compimento di attività in circostanze che possono dare luogo a conflitto di interessi.

D. Il Guardiano può chiedere che il giudice accerti che determinati beni o diritti sono inclusi fra i Beni in trust.

Art. 14. Investimenti finanziari

A. Il Trustee cura che le componenti mobiliari del Fondo in trust siano investite in forme che diano un alto grado di sicurezza della restituzione del capitale.

Art. 15. Indicazioni al Trustee

A. Il Guardiano può comunicare periodicamente con il Trustee per segnalargli avvenimenti che il Trustee potrà

prendere in considerazione nell'esercizio della propria discrezionalità.

B. Massimo può segnalare al Trustee i propri desideri per quanto riguarda l'esercizio della sua discrezionalità.

C. Il Trustee può convocare Massimo quando lo ritiene opportuno per apprendere le sue opinioni.

D. Nell'esercizio di qualsiasi sua funzione il Trustee prende in considerazione le raccomandazioni ricevute dal Guardiano e le attua in quanto coerenti con l'interesse generale del Trust, scegliendo il modo di attuazione.

E Qualora il Fondo in trust includa partecipazioni in società, il Trustee richiede raccomandazioni al Guardiano prima di partecipare ad alcuna assemblea.

Art. 16. Responsabilità del Trustee verso terzi

A. Quando in una qualunque operazione il Trustee informa un'altra parte interessata all'operazione che egli sta agendo quale trustee, qualsiasi pretesa di tale altra parte può essere soddisfatta esclusivamente per mezzo del Fondo in trust.

Art. 17. Conflitto di interessi

A. Un Trustee non può direttamente, indirettamente o per interposta persona rendersi acquirente di Beni in trust né alienare beni al Trustee né ritrarre alcun vantaggio dal suo ufficio se non previsto in questo Strumento.

B. In caso di conflitto di interessi, come inteso dalla legge regolatrice del Trust, un Trustee può procedere all'operazione in conflitto qualora vi sia il Guardiano ed esso lo autorizzi.

Art. 18. Responsabilità del Trustee

A. Un Trustee non risponde delle perdite arrecate al Fondo in trust in conseguenza di suoi atti o omissioni a meno che esse siano derivate da sua "fraud" o "wilful default" o "wilful misconduct" o "dishonesty" o "gross negligence", come queste nozioni sono intese in diritto inglese, come se tale legge avesse vigore nello Stato la cui legge regola il Trust.

B. Un Trustee non è responsabile per le azioni che abbia intrapreso in conformità al parere reso da un legale, a meno che il parere sia stato reso senza la conoscenza di tutti i fatti rilevanti.

C. Il Trustee non è responsabile delle azioni dei soggetti che egli abbia legittimamente delegato

1. se ha conferito la delega e ne ha consentito la prosecuzione in buona fede e senza colpa

2. tranne quando il Trustee sarebbe responsabile secondo le disposizioni che precedono se avesse compiuto direttamente l'azione.

D. Le disposizioni che precedono si applicano anche agli amministratori, dirigenti e dipendenti di una società che rivesta l'ufficio di Trustee.

Parte IV Disposizioni sul Trustee

Art. 19. Sede dell'amministrazione

A. La sede dell'amministrazione del Trust è presso il domicilio del Trustee e, in caso di più componenti l'ufficio, del più anziano fra essi o della società prima costituita.

B. La contabilità e ogni atto e documento sono custoditi presso la sede dell'amministrazione.

C. Il Trustee può modificare la sede dell'amministrazione con atto autentico, informandone immediatamente il Guardiano.

Art. 20. Deliberazioni dei Trustee

A. Quando i Trustee sono più di uno tutti debbono concorrere nel compimento di qualunque funzione del trustee.

B. Se non diversamente disposto in questo Strumento, quando i Trustee sono più di due essi deliberano a maggioranza esprimendo ciascuno un voto e chi dissente ha diritto di fare risultare nel Libro degli eventi le ragioni del proprio dissenso.

Art. 21. Compenso e costi del Trustee

A. Un Trustee, se diverso dal sig. F. G., ha diritto di ricevere un compenso per i suoi servizi, periodicamente concordato con il soggetto che lo ha nominato o, mancato questi, che ha il potere di nominare il trustee.

B. Il Trustee può impiegare il reddito del Trust e, se insufficiente, il Fondo in trust:

1. per il pagamento del proprio compenso;

2. per sostenere i costi di gestione del Trust;

3. per fare fronte a ogni obbligazione legittimamente assunta;

4. per rimborsare se stesso di ogni anticipazione fatta.

C. Fra i costi rientrano i compensi e i rimborsi dei legali incaricati dal Trustee e le spese delle procedure legali nelle quali il Trustee abbia la veste di parte, a meno che il giudice adito disponga diversamente.

Art. 22. Rendiconto

A. Il Trustee mantiene una contabilità accurata e la documentazione di ogni operazione.

B. Il Trustee consegna annualmente al Guardiano, entro due mesi dal termine di ciascun anno solare, una relazione sull'andamento del Trust, l'inventario del Fondo in trust e il proprio rendiconto.

C. Ove il Guardiano lo richieda, il Trustee si sottopone a una verifica contabile e amministrativa, condotta da un professionista abilitato, nominato dal richiedente e compensato dal Trust.

D. Onde consentire al Guardiano un agevole controllo sull'amministrazione, ogni volta che questi glielo chie-

da, il Trustee riferisce informalmente circa l'investimento del Fondo in trust e pone il Guardiano in grado di avere contatti con i gestori degli investimenti allo scopo di ottenere informazioni aggiornate sugli investimenti correnti.

Art. 23. Successione nell'ufficio di Trustee

A. Un Trustee rimane nell'ufficio per il termine o fino all'evento stabiliti nella nomina ovvero, se anteriori, fino a dimissioni o revoca o:

1. se persona fisica: fino a morte o sopravvenuta incapacità, personale o legale;
2. se persona giuridica: fino a messa in liquidazione o inizio di alcuna procedura concorsuale.

B. Le dimissioni di un Trustee hanno effetto trenta giorni dopo che il Guardiano ne abbia ricevuto la comunicazione, ma il Trustee singolo che si sia dimesso permane nell'ufficio fino alla nomina del Trustee.

C. Un Trustee può essere revocato in ogni tempo con atto autentico con efficacia dal momento nel quale egli ha conoscenza della revoca

1. dal Guardiano
2. purché, ove si tratti della revoca di Trustee singolo, il Trustee sia nominato allo stesso tempo.

D. Nuovi trustee o trustee aggiuntivi possono essere nominati in ogni tempo, eventualmente sottoponendo la nomina a termine o a condizione e con atto irrevocabile o revocabile fino a quando la nomina abbia avuto effetto:

1. per atto autentico dal Guardiano.
2. L'accettazione della nomina è fatta per atto autentico.

E. Qualora

1. non vi sia alcun trustee ovvero
2. il Trustee singolo dimessosi rimanga nell'ufficio per la mancanza di nuovo trustee
3. e il Guardiano non provveda in un tempo ragionevole, alla nomina provvede
 - a. in entrambi i casi: il Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, scegliendo preferibilmente persona o persone vicine alla famiglia di Massimo;
 - b. in mancanza, nel secondo caso: lo stesso Trustee per atto autentico.

Art. 24. Trasferimento dei Beni in trust in caso di mutamento nell'ufficio del trustee

A. Un Trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in trust in favore di colui o coloro che gli succedono o che rimangono nell'ufficio.

B. Chi cessa dall'ufficio:

1. pone in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Trustee di esercitare i diritti spettanti al trustee sui Beni in trust
2. trasferisce e consegna al Trustee i Beni in trust, il Libro degli eventi e ogni documento riguardante il Trust che

sia in suo possesso, gli fornisce ogni ragguglio che il Trustee gli richieda e in genere lo pone in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso dei Beni in trust e di assolvere le obbligazioni inerenti l'ufficio;

3. può fare e trattenere copie dei documenti che consegna, ma unicamente per avvalersene in caso di azioni proposte contro di lui.

C. In caso di morte di un trustee i suddetti diritti e obbligazioni fanno capo ai suoi eredi.

Parte V Disposizioni sul Guardiano

Art. 25. Poteri e doveri del Guardiano

A. I poteri del Guardiano sono fiduciari e non personali.

B. Un Guardiano non è responsabile nei confronti dei beneficiari se non per colpa grave, "fraud" o "wilful default" o "wilful misconduct" o "dishonesty" o "gross negligence" come queste nozioni sono intese in diritto inglese, come se tale legge avesse vigore nello Stato la cui legge regola il Trust.

C. Il Guardiano:

1. può esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trust anche se non ne sia richiesto dal Trustee;
2. ha diritto di agire in giudizio:
 - a. per l'esecuzione e per l'attuazione delle finalità del Trust e in caso di inadempimento delle obbligazioni di un Trustee o del Trustee
 - b. in caso di violazione della legge regolatrice del Trust o della legge applicabile a uno specifico atto del Trustee.

D. Quando in questo Strumento è richiesto il consenso del Guardiano per il compimento di un atto del Trustee nell'esercizio di un suo potere si intende:

1. che il consenso, se prestato, deve esserlo non oltre il momento del compimento dell'atto di esercizio del potere;
2. che la sua forma sia la medesima dell'atto, ma comunque scritta;
3. che in qualsiasi altro caso l'atto è invalido e i suoi effetti debbono essere eliminati dal Trustee;
4. che, qualora non vi sia guardiano, il consenso non è richiesto a meno che la relativa disposizione di questo Strumento espressamente renda l'esistenza del guardiano un presupposto del compimento dell'atto da parte del Trustee.

E. Il Guardiano,

1. fornisce tempestivamente all'amministratore di sostegno, al tutore o al curatore di Massimo ogni tipo d'informazione e documento relativi al Trust che essi gli chiedano nell'esercizio dei loro rispettivi uffici;
2. consegna all'amministratore di sostegno, al tutore o al curatore di Massimo ed in loro mancanza a Massimo stesso, una copia della relazione annuale sull'andamento del Trust, dell'inventario del Fondo in trust e del rendi-

conto del Trustee, subito dopo essergli stati consegnati dal Trustee.

Art. 26. *Compenso del Guardiano*

A. Il Guardiano non ha diritto a compenso, a meno che egli diversamente non convenga con il soggetto che lo nomina.

B. Le spese sostenute dal Guardiano per l'adempimento delle sue funzioni sono a carico del Trust.

Art. 27. *Successione nell'ufficio*

A. Un Guardiano rimane nell'ufficio per il termine o fino all'evento stabiliti nella nomina ovvero, se anteriori, fino a dimissioni o revoca o:

1. se persona fisica: fino a morte o sopravvenuta incapacità;

2. se persona giuridica: fino a messa in liquidazione o inizio di alcuna procedura concorsuale.

B. Il Guardiano cessa dall'ufficio quando il Fondo in trust è attribuito agli aventi diritto.

C. Le dimissioni di un Guardiano hanno effetto appena il soggetto legittimato alla nomina di nuovo guardiano ne abbia ricevuto la comunicazione.

D. Un Guardiano può essere revocato in ogni tempo con efficacia dal momento in cui egli ha conoscenza della revoca

1. dall'amministratore di sostegno, dal tutore o dal curatore di Massimo per atto autentico,

2. in mancanza ed ove il titolare del potere di revoca coincida con il Guardiano da revocare, dal Presidente del Tribunale di Rimini su richiesta di qualsiasi interessato.

E. Nuovi guardiani o guardiani aggiuntivi possono essere nominati in ogni tempo, eventualmente sottoponendo la nomina a termine o a condizione:

1. dall'amministratore di sostegno, dal tutore o dal curatore di Massimo per atto autentico,

2. in mancanza, dal Presidente del Tribunale di Rimini su richiesta di qualsiasi interessato,

3. in mancanza, dal Direttore Generale dell'AUSL di Rimini su richiesta di qualsiasi interessato.

4. L'accettazione della nomina è fatta per atto autentico.

F. Ogni atto di revoca o di nomina è portato immediatamente a conoscenza del Trustee.

Parte VI Disposizioni generali e finali

Art. 28. *Definizioni e convenzioni*

A. Il termine "figlio" comprende i figli legittimi, i figli adottati o affiliati, i figli concepiti mediante inseminazione artificiale.

B. Il termine "concepito mediante inseminazione arti-

ficiale" indica l'inseminazione omologa e l'inseminazione eterologa ma, in questo secondo caso, solo se essa avvenga con il consenso del Disponente.

C. Un soggetto che nasca vivo e vitale si considera vivente dal momento del suo concepimento.

D. Il termine "persona" include le persone fisiche e le persone giuridiche.

E. I termini "incapace" e "incapacità" si riferiscono alla 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 perizia da tre medici, uno fra i quali specializzato in neurologia e uno in psichiatria, nominati dal Presidente dell'Ordine dei Medici di Rimini, su richiesta di qualsiasi interessato, o risultare da provvedimento dell'autorità giudiziaria competente a pronunciarsi nel merito.

F. Gli effetti del compimento di un anno di età si verificano al termine del relativo anno solare.

G. Ogni volta che in questo Strumento si prevede che un atto possa essere revocabile o irrevocabile:

1. la revoca va fatta

a. nel corso della Durata del Trust

b. e nella medesima forma dell'atto che viene revocato;

2. qualora un atto taccia sul punto, esso è revocabile.

H. Tutte le parole e le espressioni definite nel corso di questo Strumento si applicano, se non indicato diversamente, a ogni sua disposizione.

Art. 29. *Il "Libro degli eventi"*

A. Il Trustee mantiene e aggiorna il "Libro degli eventi", vidimato in data odierna dal medesimo Notaro che autentica questo Strumento.

B. Il Trustee annota in tale libro:

1. ogni avvenimento che questo Strumento prescriva di annotare;

2. ogni altro avvenimento del quale ritenga opportuno conservare memoria;

3. gli estremi e il contenuto degli atti per i quali la forma autentica è prescritta in questo Strumento o che il Trustee ritiene opportuno registrare; di essi il Trustee mantiene una raccolta completa.

C. Chiunque contragga con il Trustee è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli eventi.

Art. 30. *Legge regolatrice*

A. Il Trust è regolato dalla legge di Jersey, Isole del Canale.

B. 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 dal diritto italiano.

C. Nel corso della Durata del Trust il Trustee, ottenuto il consenso del Guardiano, può

1. sostituire la legge regolatrice del Trust con altra
2. e in tale occasione

a. modificare qualsiasi disposizione di questo Strumento che non sarebbe valida o la cui interpretazione o i cui effetti varierebbero secondo la nuova legge regolatrice

b. e modificare questo Strumento per quanto necessario affinché i suoi effetti rimangano per quanto possibile i medesimi.

Art. 31. Giurisdizione

A. Ogni controversia relativa all'istituzione, alla validità o agli effetti del Trust o alla sua amministrazione o ai diritti o obbligazioni di qualunque soggetto menzionato in questo Strumento è obbligatoriamente ed esclusivamente sottoposta alla magistratura italiana, foro di Milano.

B. Ogni procedimento mirante a fare pronunciare dal Giudice direttive al Trustee è proposto esclusivamente dinanzi la magistratura italiana, foro di Rimini; qualora essa declini di provvedere, alla magistratura dello Stato la cui legge regola il Trust.

Art. 32. Forma degli atti

A. Ogni comunicazione, nomina e consenso per i quali né la legge applicabile né questo Strumento prescrivano alcuna forma sono fatti per iscritto e accompagnati dalla prova della loro ricezione.

B. I riferimenti che la legge applicabile a un atto del Trustee faccia alla forma del "deed" sono sostituiti da riferimenti ad atti muniti di autentica notarile.

Art. 33. Modificazioni di questo Strumento

A. Dopo la morte di Massimo il Trustee può modificare per atto autentico le disposizioni di questo Strumento come egli ritenga sia nell'interesse dei Beneficiari.

Art. 34. Allegati

A. Accedono a questo Strumento i seguenti allegati, che ne costituiscono parte integrante:

1. allegato A): copia conforme del decreto di nomina emesso dal Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini, in data ..., n. ..., con cui l'avv. Astorre Mancini è stato nominato amministratore di sostegno;

2. allegato B): copia conforme del decreto di autorizzazione alla sottoscrizione di questo Strumento reso dal Giudice Tutelare del Tribunale di Rimini in data ... n. cron. ...;

Art. 35. Registrazione di questo Strumento

A. Il Disponente chiede che questo Strumento sia registrato con l'applicazione della tassa in misura fissa.

In fede di ciò il Disponente e il Trustee hanno sottoscritto questo Strumento, composto da «numero» pagine, oltre frontespizio e indice, ciascuno nel luogo e nella data appresso indicati.

Successione di trustee (*inter vivos*) e clausola fiscale relativa all'imposta di registro

di **Andrea Errani - Annapaola Tonelli - Francesco Laus**

Un caso recente nel quale il trustee di due trust collegati ha ritenuto necessario formalizzare le sue dimissioni da uno dei due trust per evitare il conflitto di interessi a suo carico. Forma degli atti necessari per formalizzare le dimissioni, la nomina del suo successore e l'accettazione del nuovo trustee. Il trasferimento del fondo in trust al nuovo trustee e trattamento tributario dell'atto notarile di specie.

■ Il fatto e la forma degli atti

La questione di specie riguarda un trust istituito nel 2006(1) allo scopo di gestire il passaggio generazionale di un'impresa che fittiziamente chiameremo Gamma S.r.l.

Nel dettaglio, trattasi della tipica impresa rappresentativa della realtà economico-imprenditoriale italiana che, fondata dal capofamiglia e gestita dal ristretto nucleo familiare (padre, madre e uno dei due figli, che chiameremo Mevio), nel corso del tempo si è ingrandita al punto di divenire soggetto *leader* nel suo specifico settore di competenza.

Morto il fondatore, nell'incertezza di cosa potrà accadere dal punto di vista successorio alla morte anche dell'altro coniuge, stanti anche le diverse scelte di vita prese dall'altro dei due figli, il coniuge sopravvissuto (che chiameremo Tizia) ha ritenuto di ricorrere al trust per risolvere al meglio la situazione complessiva.

Occorre precisare che sia Tizia, sia Mevio, erano divenuti titolari, dopo l'apertura della successione, delle quote rappresentative del 100% del capitale sociale della Gamma S.r.l., poiché l'altra figlia, Caia, aveva ceduto le quote che le erano pervenute dalla successione paterna al fratello Mevio. Quindi, all'atto dell'istituzione del trust, Caia non risultava socia del gruppo industriale.

In questo scenario, è facilmente comprensibile il timore di Tizia, che si era perfettamente resa conto di come, alla sua morte, sarebbero cadute in successione le sue quote di proprietà diretta della Gamma S.r.l. fra i suoi unici due figli Mevio e Caia, con la conseguenza di vedersi ripresentare i medesimi problemi conseguenti alla morte del capostipite.

La soluzione che fu adottata nel 2006, vide, quindi, l'istituzione di due trust, uno da parte di Tizia (che chiameremo "trust Ulisse") e l'altro da parte di Mevio (che chiameremo "trust Itaca") con trasferimento al trustee Alfa Trusts Company S.r.l. dell'intero capitale sociale della Gamma S.r.l., di fatto una *holding* italiana, sotto la quale si ramificavano le molteplici società facenti parte del gruppo industriale.

Ragioni di riservatezza non ci consentono di entrare nel dettaglio della complessiva operazione posta in essere, e soprattutto delle decisioni cui i disponenti, ciascuno per la sua parte, sono addivenuti in ragione della realtà sottostante questa delicata operazione, ma, per i fini che qui rilevano, basterà precisare che inizialmente si optò per il medesimo trustee per entrambi i trust istituiti.

Tuttavia, nel corso del tempo, matura in Tizia la decisione di procedere ad alcune modifiche dell'atto istitutivo della Gamma S.r.l., nonché alla trasformazione della società in s.p.a.

Segnalati questi intendimenti al trustee del trust Ulisse, questi conviene circa l'opportunità di procedere in tal senso, proprio perché ritiene che così si possa garantire al meglio sia il corretto perseguimen-

Andrea Errani - Notaio in Bologna
Annapaola Tonelli - Avvocato in Bologna e Trieste
Francesco Laus - Dottore in giurisprudenza

Nota:

(1) A mezzo scrittura privata autenticata.

to della finalità del trust Ulisse sia, indirettamente, anche la finalità del trust Itaca.

Per meglio comprendere il senso di questa affermazione, occorre precisare che il figlio Mevio, attualmente l'amministratore delegato dell'intero gruppo, nonché il socio di minoranza prima dell'istituzione del suo trust, da sempre ha condiviso le preoccupazioni di Tizia.

Non si dimentichi che l'operazione complessiva posta in essere nel 2006, ancorché suddivisa in due trust, rappresentava di fatto un tutto unitario, univocamente diretto al perseguimento del medesimo fine: il passaggio generazionale nella gestione dell'impresa, che ne garantisse la consistenza in ragione della professionalità e serietà dimostrata dal suo attuale *management*, destinato a durare nel tempo.

Sia Tizia, sia Mevio, erano, quindi, protesi al raggiungimento del medesimo risultato: dopo l'apertura della successione di Tizia, comunque le redini del gruppo sarebbero dovute rimanere nelle mani di Mevio ovvero, in caso di sua sopravvenuta incapacità (o morte) assicurare comunque la vendita dell'intero complesso industriale nei tempi e nei modi più remunerativi possibili evitando, anche solo *medio tempore*, il subentro di terzi nella conduzione dell'azienda.

Per assicurare questo obiettivo unitario, se da un canto per i beneficiari dei due trust era stato opportunamente previsto il loro diritto a ricevere, al termine del trust, una quota del fondo comunque rispettosa delle norme in materia di successione legittima, d'altro canto, in modo del tutto diverso, si era strutturato il regime societario del gruppo, conferendo al socio di maggioranza ogni e più ampio potere.

Poteri che, negli anni successivi alla istituzione dei trust, con queste modifiche statutarie, ancor più si voleva accentuare.

Ne consegue come la situazione concreta che si sarebbe venuta a creare oggi, in ragione delle ipotizzate modifiche allo Statuto della Gamma S.r.l., rendeva incompatibile, da parte del trustee del trust Ulisse, che deteneva la maggioranza del capitale sociale, il contemporaneo perdurare della sua carica anche quale trustee del trust Itaca, di fatto il socio di minoranza.

Il rischio del conflitto in interessi del trustee, quanto meno apparente, era infatti concreto.

In altri termini, le modifiche statutarie che avrebbe posto in essere il trustee del trust Ulisse si sarebbero potute ritenere non in favore del socio di minoranza.

Opportuna, e condivisa dalle parti tutte, fu, quindi, la decisione del trustee del trust Ulisse di dimettersi dalla carica prima delle modifiche, per far sì che le stesse fossero approvate e concluse dal trustee suo successore.

La conclusione cui si pervenne fu, quindi, di mantenere l'Alfa Trust Company S.r.l. quale trustee del trust Itaca ed invece provvedere alla nomina del nuovo trustee del trust Ulisse.

In data 28 novembre 2008 la Alfa Trusts Company S.r.l. comunicava, quindi, le proprie dimissioni dall'ufficio di trustee a mezzo scrittura privata autenticata, altresì contestualmente obbligandosi⁽²⁾ a porre in essere, ai sensi dell'atto istitutivo, quanto necessario per far sì che il nominando nuovo trustee potesse esercitare ogni diritto sul fondo in trust⁽³⁾.

Con atto successivo la disponente nominava quale nuovo trustee del trust Ulisse la Beta Fiduciaria S.r.l., salvo sua accettazione, poi effettivamente seguita, con contestuale obbligo da parte del nuovo trustee a provvedere senza indugio a porre in essere quanto necessario, con le forme previste dalla legge italiana, per rendere il suo diritto di proprietà sui beni in trust giuridicamente opponibile ai terzi⁽⁴⁾.

Note:

(2) Cfr., relativamente alla successione *mortis causa* del primo trustee ed al trasferimento dei beni al nuovo trustee, F. Steidl, La pubblicità della successione del trustee defunto, in questa Rivista, 2005, 306.

(3) Opportunamente, in tal senso, era stata prevista nell'atto istitutivo del trust Itaca la seguente clausola: "Art. 32 Trasferimento dei Beni in Trust in caso di mutamento dell'ufficio di Trustee.

A. Il Trustee che cessa dall'ufficio perde ogni diritto sui Beni in Trust e deve

1. porre in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al Nuovo Trustee di esercitare i diritti del Trustee sui Beni in Trust, 2. consegnare al Nuovo Trustee i Beni in Trust, il "Libro degli Eventi" e ogni documento riguardante il Trust,

3. fornire al Nuovo Trustee ogni informazione e ragguaglio che lo metta in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso senza indugio dei Beni in Trust e di assolvere ogni obbligazione inerente l'ufficio.

B. In caso di morte del Trustee i suddetti diritti e obbligazioni sono a carico del Guardiano.

C. Il Trustee che cessa dall'ufficio può fare copia di quegli atti e documenti che riterrà necessario conservare e che può esibire unicamente nel caso di azione proposta direttamente contro di lui".

(4) Anche in tal senso, l'atto istitutivo conteneva una precisa clausola che qui in stralcio si ricopia: "Art. 24 Segregazione, custodia, mandati.

A. Il Trustee custodisce i Beni in Trust e ne tutela la consistenza fisica, il titolo di appartenenza e, se del caso, il possesso.

B. Il Trustee tiene i Beni in Trust separati dai propri e da qualunque altro bene del quale sia trustee, beneficiario o che detenga ad altro titolo giuridico e distintamente identificabili. Inoltre:

1. cura ogni adempimento necessario per rendere opponibile ai terzi il suo titolo di proprietà, nella sua qualità di Trustee del Trust, sui beni mobili facenti parte del Fondo in Trust [...]."

A completamento dell'operazione così delineata ed ai soli fini di permettere alla Beta Fiduciaria S.r.l. l'esercizio della acquisita qualità di trustee del trust Ulisse, l'Alfa Trusts Company S.r.l. trasferiva alla Beta Fiduciaria S.r.l. la quota della Gamma S.r.l. detenuta e rappresentativa dell'intero fondo in trust.

Preliminarmente, occorre dare ragione della scelta della scrittura privata autenticata in ordine alla forma(5) dei negozi testé indicati. Come è noto, la scrittura privata autenticata(6) consente di attribuire data certa ad un atto e di fornire piena prova fino a querela di falso della provenienza della sottoscrizione apposta alla presenza del Notaio che ha provveduto ad identificare il soggetto. Emerge, allora, in modo chiaro come detta forma risulti opportuna in ogni caso in cui, a motivo della rilevanza dei rapporti giuridici che l'atto coinvolge, si senta la necessità di introdurre un importante elemento di certezza. Nei casi di specie, tuttavia, la forma utilizzata deve considerarsi per differenti ragioni come necessitata.

In primo luogo, quanto alle dimissioni, alla nomina ed all'accettazione del trustee, la forma dell'atto autenticato deve ritenersi imposta dall'atto istitutivo del trust, che all'art. 31 B prescrive:

“La nomina, la revoca e le dimissioni del Trustee, nonché l'accettazione del nuovo Trustee devono risultare per atto autenticato da Notaio da comunicarsi ai Beneficiari e al Guardiano”.

Ci troviamo evidentemente di fronte ad una forma convenzionale ai sensi dell'art. 1352 cod. civ.(7).

Quanto, poi, al trasferimento delle quote di s.r.l., la ragione della scelta va ricercata nel disposto dell'art. 2470 cod. civ., che al comma secondo prevede l'autentica per le sottoscrizioni apposte agli atti di trasferimento(8). Adempimento previsto anche ai fini della pubblicità da effettuarsi presso il Registro delle Imprese, di centrale rilevanza nel caso di quote costituite in trust al fine di rendere pienamente opponibile ai terzi l'effetto segregativo.

■ Clausola fiscale relativa all'imposta di registro

Il problema di maggior rilievo in questo complessivo contesto fu a questo punto quello di procedere alla scritturazione di una clausola fiscale che consentisse il passaggio del fondo in trust (le quote della Gamma S.r.l.) dal vecchio al nuovo trustee, con l'applicazione dell'Imposta di Registro in misura fissa.

Prima di entrare nel dettaglio del ragionamento seguito, si ritiene opportuno riportare per esteso il tenore letterale della clausola fiscale redatta ed inserita in atto che, di fatto, ha poi consentito di perseguire l'obiettivo predetto:

“Ai fini dell'applicazione dell'imposta al presente atto le parti richiedono che l'atto stesso sia assoggettato ad imposta di registro in misura fissa ai sensi dell'art. 11, tariffa, parte prima, D.P.R. n. 131/1986, dal momento che il presente trasferimento è conseguenza necessaria della modifica del trustee del TRUST Ulisse e pertanto finalizzato esclusivamente alla prosecuzione del TRUST medesimo, che è invariato sia dal punto di vista della propria identità giuridica sia dal punto di vista tributario, senza pertanto subire alcuna modifica di codice fiscale, che resta invariato. Il Trust suddetto infatti non potrebbe continuare ad operare senza che il patrimonio destinato al raggiungimento del proprio fine sia, ancorché separato, formalmente in capo al nominato trustee Beta Fiduciaria s.r.l.. Ribadiscono pertanto i sottoscritti che il presente atto ha esclusivamente la finalità di modificare il titolare della gestione del patrimonio (Trustee) vincolato al Trust, operazione necessitata dalla nomina del nuovo trustee, mantenendo inalterata la destinazione dello stesso in capo al TRUST Ulisse”.

Come risulta dalla lettura della clausola, la fattispecie fu, quindi, fin da subito inquadrata nell'ambito degli atti che richiedono l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa(9) e tale scelta si ritenne di giustificarla in base alle argomentazioni che seguono.

In primo luogo, deve aversi riguardo alla intrinseca natura dell'atto(10). La dottrina notarile(11), la

Note:

(5) Quanto, invece, alla forma dell'atto istitutivo si veda l'art. 3 della Convenzione sulla legge applicabile ai trust e sul riconoscimento, adottata a L'Aja il 1° luglio 1985, ratificata e resa esecutiva dalla legge 16 ottobre 1989, n. 364 (entrata in vigore) e l'art. 2645 *ter* cod. civ.

(6) Artt. 72 l. 16 febbraio 1913, n. 89; 2702 cod. civ.; 2703 cod. civ.

(7) L'art. 1324 cod. civ. ne rende applicabile il disposto anche agli atti unilaterali.

(8) Art. 4 della Convenzione: “La convenzione non si applica a questioni preliminari relative alla validità dei testamenti o di altri atti giuridici, in virtù dei quali determinati beni sono trasferiti al trustee”.

(9) Si noti come sono già trascorsi 30 giorni dalla registrazione dell'atto senza che l'Ufficio del Registro abbia contestato la configurazione proposta.

(10) Art. 20 D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131 in materia di imposta di registro (segue)

prassi dell'Agenzia delle Entrate(12) e la giurisprudenza(13) che ci si sente di condividere hanno preso in considerazione principalmente l'ipotesi del trasferimento di beni dal disponente al trustee, ma le medesime argomentazioni valgono *a fortiori* per il caso in oggetto. In entrambe le circostanze il trasferimento ha luogo in forza di un atto neutro. Detto atto è soltanto strumentale al raggiungimento del fine ultimo del trust: non è, cioè, possibile un assoggettamento ad un'imposta proporzionale in quanto manca un corrispettivo. Né è possibile, come sostenuto invece dal SECIT(14) e da una recente circolare dell'Agenzia delle Entrate(15), l'assimilazione dell'atto ad una donazione: l'intento liberale proprio dell'operazione economica nel suo complesso è caso mai presente nei confronti dei beneficiari finali e mai nei confronti del trustee. Il trasferimento di beni a quest'ultimo è funzionalizzato a consentire lo svolgimento dei compiti suoi propri. Lo stesso può amministrare e gestire i beni in linea con gli scopi del trust solo in quanto gli pervengano. Il diritto di proprietà trasferito, dunque, diviene scervo del contenuto giuridico economico tipico(16), di guisa che il trustee non dimostra neppure una capacità contributiva (cfr. art. 53 Cost.) in relazione ai beni oggetto della cessione. In altri termini, il trasferimento risulta necessitato alla prosecuzione del funzionamento del trust: terminato per qualunque ragione l'incarico del primo trustee, deve darsi un ulteriore soggetto che ne assuma il ruolo, previa acquisizione dei beni da gestire.

Secondariamente, viene in rilievo la natura giuridica "fiscale" del trust stesso. In particolare, ai soli fini della normativa tributaria, lo stesso deve essere considerato quale "soggetto", come si evince dalle modifiche introdotte dalla Finanziaria 2007 (legge 27 dicembre 2006, n. 296)(17). In seguito alla novella il trust è stato, infatti, annoverato tra i soggetti I.R.E.S., sono state dettate regole per stabilirne la residenza ai fini fiscali ed è stato inserito tra i soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili. Ma già anteriormente all'intervento del legislatore, l'opinione era diffusa: in tal senso si esprimeva la prassi costante dell'amministrazione finanziaria(18) confermata, tra l'altro, dallo studio ad opera del Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna(19). Importante, poi, a livello internazionale l'orientamento espresso dal Modello OCSE che attribuiva al trust la natura di *body of persons*, cioè di "centro di imputazione autonomo rispetto a qualunque altro soggetto".

È, pertanto, da tenersi distinta la natura civilistica degli atti inerenti al trust da quella fiscale. Quest'ultima ha riguardo al significato economico delle vicende, quella all'aspetto più strettamente giuridico. Se è vero che il civilista ravvisa nel trasferimento di beni tra trustee un vero e proprio atto traslativo di diritti(20), il tributarista non può che consta-

Note:

(continua nota 10)

stro: "L'imposta è applicata secondo la intrinseca natura e gli effetti giuridici degli atti presentati alla registrazione, anche se non vi corrisponda il titolo o la forma".

(11) C. Brunelli, Trust e imposte indirette, Studio n. 80/2003/T, consultabile sul sito Internet di "Notartel" all'indirizzo <http://www.notartel.it>, relativamente al trasferimento dal disponente al trustee, ma anche con specifico riferimento alla successione di trustee. In relazione specificamente alla successione di trustee, si veda F. Rota - G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia, Milano, 2007. Sul regime fiscale del trust si veda anche: F. Montanari, Trusts interni disposti *inter vivos* e imposte indirette: considerazioni civilistiche e fiscali a margine di un rilevante dibattito dottrinale, Diritto e pratica tributaria, 2002, 384.

(12) Direzione Provinciale di Bolzano dell'Agenzia delle Entrate, Interpello Prot. N. 2004/9188, in questa Rivista, 2009, 574.

(13) Cfr. Comm. Prov. Trib. Brescia, 11 gennaio 2006, in questa Rivista, 2006, 424; Comm. Trib. Reg. Venezia, 23 gennaio 2003, *ivi*, 2003, 253. *Contra*, per l'applicazione dell'imposta di registro con aliquota del 3% (ex art. 9 della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131): Comm. Trib. Prov. Lodi, 5 novembre 2001, *ivi*, 2002, 418.

(14) Delibera SECIT n. 37/1998.

(15) Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, in questa Rivista, 2008, 211, con nota di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta dei trust, *ivi*, 121; e con commento di D. Muritano - A. Pischetola, Considerazioni su Trust e imposte indirette, Notariato, 2008, 320.

(16) A. Busani, Le imposte applicabili alla successione del trustee, consultabile sul sito Internet dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo <http://www.il-trust-in-italia.it>: "Il trustee non è invero un pieno proprietario [...] la successione tra trustee e trustee non è quindi una vera e propria traslazione di diritti, ma solo una sostituzione in questa posizione fiduciaria".

(17) Aa. Vv., Finanziaria 2007: nuove disposizioni in materia di fiscalità dei "trust", consultabile sul sito Internet de "Il sole 24 ore" all'indirizzo <http://www.professionisti24.ilssole24ore.com>.

(18) Si veda anche la relazione del Secit 11 maggio 1998, n. 37, che ne costituisce, per così dire, il punto di partenza. In materia di imposte dirette: "[...] Occorre fare riferimento [...] al trust come soggetto passivo autonomo che risponde dell'obbligazione d'imposta con i beni assegnatigli dal settlor. Quanto al trust, sembra possibile inquadrare detto soggetto passivo tra gli enti ricompresi nell'art. 87 del D.P.R. n. 917 del 1986, soggetti ad Irpeg".

(19) Cfr. Convegno "Il trust riconosciuto in Italia - Profili civilistici e fiscali", organizzato dall'Associazione "Il trust in Italia" svoltosi in Mantova, l'8 aprile 2009.

(20) Fermo quanto affermato *supra*, in relazione alla natura necessitata e non liberale dell'atto.

tare come il centro di imputazione di ricchezza non muti.

Si devono considerare, da ultimo, le conseguenze dell'accoglimento della teoria, ad oggi maggioritaria, che considera unitariamente⁽²¹⁾ dal punto di vista fiscale l'insieme delle operazioni relative al trust. In quest'ottica può essere nuovamente affermata la natura meramente interna della successione tra trustee,

funzionale, come detto, al perseguimento dello scopo del trust.

Nota:

(21) V. G. Semino, Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti dei trust, consultabile sul sito Internet dell'Associazione il Trust in Italia" [*supra*, nota 16].

La collana "Quaderni" di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**
traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi**
tra dottrina, prassi e giurisprudenza
a cura di Stefano Buttà
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**
di Andrea Vicari
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - III Edizione**
Dal 1899 al 2009
- **5 - Leggi tradotte - II**
traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
- **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione "Il Trust in Italia"
 - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
 - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
- **7 - La Legge di Malta sui trust**
L'introduzione del trust nel diritto civile maltese
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
- **8 - La legge di Jersey sul trust**
di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi
- **9 - Teoria e pratica della fiscalità dei Trust**
 - Relazioni del Convegno dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 16 gennaio 2008
 - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di G. Frasoni e N. de Renzis Sonnino*
- **10 - I professionisti e il Trust**
Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia" - Milano 2008