

SAGGI

La fiducie-sûreté di François Barrière	5
I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia di Angelo Di Sapia	20
Il trust come misura di protezione dell'incapace? di Michele Bucchi - Giorgio Bertolini	35
Tecniche di filantropia: il ruolo del trust nel modello delle fondazioni di comunità di Vincenzo Bancone	46
La disciplina del trust ai fini delle imposte sui redditi: la residenza; la determinazione e la tassazione del reddito; i profili di pianificazione di Emanuele Lo Presti Ventura	52
Concordato preventivo e trust: come una soluzione civilisticamente efficiente può diventare inefficiente per una falsa applicazione della normativa tributaria di Giorgio Semino	60

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trust per la costituzione di un patrimonio destinato a uno specifico affare e imposta sulle donazioni Italia, Commissione Tributaria Provinciale di Caserta, Sezione XV, 11 giugno 2009, n. 481/15/09, G. M. c. Agenzia delle Entrate di Caserta	71
Trust a scopo di garanzia per i creditori e imposte indirette Italia, Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sezione I, 30 aprile 2009, n. 47/1/09, SIT S.r.l. Società Italiana Trust, New Way S.r.l. c. Agenzia delle Entrate di Treviso Italia, Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sezione I, 30 aprile 2009, n. 48/1/09, SIT S.r.l. Società Italiana Trust c. Agenzia delle Entrate di Treviso	73
Trust liquidatorio nullo e sequestro giudiziario: la fase del reclamo Italia, Tribunale di Milano, Sezione VIII civile, 22 ottobre 2009, I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione	77
Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente: la fase del riesame Italia, Tribunale di Milano, 30 luglio 2009, I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione, C.S., F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e B.I.M.	80
Lodo arbitrale, trust e azione revocatoria Italia, Tribunale di Torino, Sezione Distaccata di Moncalieri, 15 giugno 2009, D. G., E. V., D. V. c. V. G., M. B., E. B., B. B., D. B., D. F., L. B., B. B., M. B., S. G., G. V., Banca Alpi Marittime – Credito Cooperativo Carrù, Italfondario S.p.a., interventori	83
Revoca dell'atto di conferimento di beni in trust e espropriazione presso il terzo proprietario Italia, Tribunale di Torino, Sezione Esecuzioni Immobiliari, 5 maggio 2009, X. c. V. G.	92
Intestazione fiduciaria, atti illeciti del fiduciario, responsabilità del fiduciante Italia, Corte di Cassazione, Sez. III, 3 aprile 2009, n. 8127, P.P., M.A., F.M.L. c. Comau S.p.a.	94

PRASSI NEGOZIALE

Trust e diritto di superficie

di Alessandro Allamprese Manes Rossi

100

PRASSI ITALIANA

Emersione di attività detenute all'estero tramite trust

104

Trust a supporto di un concordato preventivo

108

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
Ipsosa

FOTOCOPOSIZIONE

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

STAMPA

Geca Spa
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)
licenziato per la stampa l'11 dicembre 2009

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:


EVENTS & ADVERTISING

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

ABBONAMENTI

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

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

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

scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

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

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

Prezzo copia: € 60,00

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

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

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

Egregio abbonato,

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

La fiducie-sûreté

di François Barrière

A une époque où la crise du crédit perdure et où les restructurations d'entreprises se multiplient, la fiducie-sûreté pourrait apparaître comme une figure de choix. Certes, cette sûreté peut sembler, à première vue, heurter certains principes (le principe de l'accessoire ou de la spécialité de la créance ont-ils la même vigueur avec cette sûreté? La sauvegarde ou le redressement de l'entreprise débitrice ayant consenti la sûreté ne sont-ils pas mis en cause?). L'analyse de sa nature et de son régime juridique, enfin stabilisé, montre, qu'en réalité, cette sûreté, malgré certaines imperfections législatives, est un instrument flexible, offrant une protection très appréciable pour le créancier, sans pour autant mettre à mal le débiteur.

■ La naissance d'une petite fiducie en 2007

Longtemps attendue, la fiducie intégra le code civil par la loi n 2007-211 du 19 février 2007(1). Cette naissance fut chaotique, un peu due au hasard aussi. Le Parlement aurait dû discuter des actions de groupe, mais vu ce thème retiré *in extremis* de l'ordre du jour: c'est une proposition de loi instituant la fiducie qui vint combler le vide créé. Loin de permettre un champ d'application général, ce ne fut qu'une petite fiducie qui fut initialement introduite: seules des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés avaient capacité pour être constituants, seules des "banques" pouvaient être fiduciaires, et la fiducie-libéralité fut proscrite.

■ L'émancipation de la fiducie en 2008

La loi de modernisation de l'économie n 2008-776 du 4 août 2008 est venue corriger certaines des imperfections initiales. Ainsi, un an et quelques mois après être parue au Journal Officiel et alors qu'un décret portant création d'un registre national sur la fiducie était (et est toujours) attendu, la qualité de

constituant fut étendue à toute personne, mettant fin à une discrimination non justifiée. Peut-être était-ce là un nouveau signe de l'instabilité du droit et de sa formation par strates successives. Un peu comme la faculté d'être associé d'une société par actions simplifiée fut réservée, un temps, aux seules personnes morales avant d'être étendue à toute personne. Cette loi de 2008 a aussi prévu une opposabilité simplifiée du transfert de créances au fiduciaire – recourir à des formalités d'huissiers ou de notaires pour rendre opposable le transfert des créances était dissuasif –, autorisé l'avocat à être fiduciaire(2), ou encore, étendu la durée maximum du contrat de fiducie à 99 ans.

■ Le recours à la fiducie-sûreté par la pratique dès 2008

Malgré les imperfections du texte initial de 2007 voté par le Parlement (tel le mutisme de la loi quant aux modalités de réalisation de la fiducie-sûreté(3), les praticiens y ont eu recours et continuent d'en vanter les mérites(4). Les deux premières fiducies ont été annoncées en février 2008(5), tout juste un an

François Barrière - Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La version initiale de cet article a été publiée par La Semaine Juridique édition Entreprise et Affaires, n 36, du 3 septembre 2009, p. 18 et s. (JCP éd. E 2009. 1808) et est reproduit avec l'aimable autorisation de LexisNexis France.

Note:

(1) In questa Rivista, 2007, 469 con traduzione in italiano [n.d.r.].

(2) Curieusement, les notaires ne le sont toujours pas, alors que leur rôle en matière de mandat de protection future aurait pu faire penser qu'ils auraient eu vocation à devenir aussi fiduciaires pour le compte de personnes vulnérables.

(3) Pour une appréciation critique de la fiducie-sûreté dans sa version issue du 19 février 2007, v. P. Crocq, "Lacunes et limites de la loi au regard des droits des sûretés", *D.* 2007. 1354. Pour des éléments bibliographiques sur cette loi, v. Rép. civ. Dalloz, v *fiducie*, par F. Barrière.

(4) En dernier lieu: R. Dammann et G. Podeur, "Fiducie-sûreté, fiducie-gestion. Les applications pratiques", *Rev. Banque*, mai 2009, p. 59 et s.

(5) Cf. V. de Senneville, "Première application de la fiducie", *Les Echos*, 8 février 2008; "Coup d'envoi pour les trusts à la française", *Option finance*, n 968, 18 février 2008, p. 5; "Premier contrat de fiducie en France", (segue)

après l'adoption de la loi l'instituant(6). Toutes deux prennent la forme de fiducies-sûretés et impliquent Gaz de France (constituant) et la Caisse des dépôts et consignations (fiduciaire), pour garantir certains engagements au profit des salariés de GDF (bénéficiaires) pour l'une et une société en difficulté et débitrice d'une dette fiscale (constituant), Natixis (fiduciaire) et l'Etat (bénéficiaire) pour la seconde. Ceci confirmait que cette institution répond à un besoin de la pratique(7).

Faute de registre public, il est impossible de connaître le nombre de contrats de fiducie conclus depuis 2007. L'absence du décret relatif au registre national des fiducies (même s'il a été annoncé qu'il devrait être accessible uniquement à l'administration) et les réformes annoncées du droit de la fiducie par ordonnances, en vertu d'habilitations issues de la loi de modernisation de l'économie(8), ont pu freiner l'essor de cet instrument.

■ L'intérêt de la fiducie-sûreté en période de crise du crédit et de restructurations

A une époque où le crédit se fait rare(9) et s'est beaucoup renchéri suite à l'ampleur de la crise financière de septembre et octobre 2008 – où se sont multipliés les recapitalisations, adossements ou nationalisations *in extremis* de nombreux organismes financiers à travers le globe –, l'intérêt d'une sûreté efficace en faveur du prêteur apparaît plus nettement. Le financement devrait être accordé plus facilement et à un coût moindre si la garantie offerte est efficace, réduisant d'autant le risque pris par le prêteur. La sûreté-propriété constituée par la fiducie devrait donc paraître comme un moyen idoine pour apporter la sécurité recherchée par les prêteurs et participer ainsi à re-fluidifier le circuit du crédit et des liquidités, voire à faciliter certaines restructurations d'entreprises. Sa flexibilité pourra aussi lui permettre d'autres applications, telle, par exemple, d'être "*un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement*"(10).

■ Autre figure de la fiducie

La fiducie ne se limite pas à la seule figure de sûreté. Si elle ne peut pas constituer une libéralité selon la loi (alors que le *trust*, facette anglo-américaine de la fiducie, l'utilise fréquemment à cette fin et que

l'absence de droits de succession – votée lors de l'été 2007 – jusqu'à un montant très conséquent(11) réduit les problématiques d'imposition), elle peut être utilisée comme un moyen de gestion(12).

■ La stabilisation de la législation sur la fiducie-sûreté

Votées en 2007, modifiées par la loi du 4 août 2008, puis par l'ordonnance n 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, précisées par l'ordonnance n 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, laquelle a, en particulier, créé des dispositions relatives à la propriété cédée à titre de garantie(13), la loi n 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures vient, en dernier lieu, retoucher les dispositions sur la fiducie-sûreté. Après ce marathon

Note:

(continua nota 5)

D. 2008. 469; "Premier faire-part pour la fiducie", *RLDC*, mars 2008, p. 30; R. Dammann, G. Podeur et V. Roussel, "Fiducie: des débuts prometteurs", *Option finance*, n 971, 10 mars 2008, p. 37 et s.

(6) Il est toutefois difficile de déterminer avec certitude laquelle fut la première et si d'autres ne les ont pas précédées, en l'absence de publicité des fiducies.

(7) Suggérant le recours à la fiducie-sûreté dans les opérations de LBO: D. Marcheteau, L. Chammas et F. Danos, "Les LBO (*leverage buy out*)", *Actes pratiques*, mai-juin 2008, p. 3 et s., n 109 et n 114 et s.

(8) L'une a modifié le régime de la fiducie en période de procédure collective, l'autre a précisé le régime applicable aux personnes physiques.

(9) Et n'est parfois accordé qu'après insistance du médiateur du crédit.

(10) P.-M. Le Corre, "La fiducie-sûreté...", *D.* 2009. 882.

(11) Un enfant peut ainsi recevoir plus de 156.000 euros de chacun de ses parents hors droit de ses successions, montant doublé s'il est octroyé à un enfant handicapé.

(12) Cf. par ex., Th. Bonneau, "Modernisation de l'économie. Apports concernant les marchés financiers", *Dr. soc.*, nov. 2008, n 232, p. 31, qui note que la gestion de portefeuilles boursiers n'a plus à reposer nécessairement sur la technique du mandat car la fiducie offre une alternative, ANSA, "La fiducie", avril 2009, n 09-020, p. 2 et s. qui y voit un intérêt pour sécuriser les pactes d'actionnaires, ou encore F. Sauvage, "Réflexions sur les opportunités offertes par la fiducie aux fins de gestion du patrimoine de la personne vulnérable", *RJPF*, mai 2009, p. 8 et s.

(13) Insérées pour les unes dans le sous-titre sur les sûretés sur les immeubles, les autres dans celui sur celles sur meubles. En réalité, ces dispositions sont quasi-identiques: cette duplication se justifie par la structure du code. Elles s'appliqueront à tous types de "propriétés cédées à titre de garantie" ou fiducies, celles donnant lieu à un patrimoine d'affectation et régies par les articles 2011 et s. C. civ. mais aussi celles innommées, c'est-à-dire qui n'en portent pas le nom mais qui en ont toutes les caractéristiques, "gage-espèce" par exemple.

de peaufinage législatif(14), le régime de la fiducie-sûreté(15) devrait, prochainement, se stabiliser. Certes, le droit de la fiducie va, à nouveau, à court terme, être modifié, mais sans impact sur cette figure de la fiducie. Reflet de la polyvalence de cet instrument juridique, le ministre de l'économie y voit, à juste titre, l'outil permettant d'acclimater en France la finance dite "islamique"(16), c'est-à-dire qui permet de traiter des flux financiers (notamment en provenance des pays du Golfe) dans le respect des principes du droit islamique (en particulier la prohibition de l'intérêt) et d'ainsi attirer en France une partie de la trésorerie de la manne pétrolière(17), lequel pourrait, plus généralement, être utilisé pour structurer des financements complexes(18).

■ Le schéma de la fiducie-sûreté

La fiducie implique, dans le schéma français, qu'une personne – le constituant –, transfère des droits à une autre – le fiduciaire –, qui les détient non pas comme sa propriété ordinaire mais afin de réaliser un objet particulier, pour le bénéfice du constituant, de lui-même ou de tiers. Si les biens transférés – meubles ou immeubles, corporels ou incorporels – sont affectés au remboursement d'une dette (le créancier étant bénéficiaire(19) de la fiducie), la fiducie joue alors le rôle d'une sûreté.

■ Problématique

L'intérêt de la fiducie-sûreté est triple. D'abord, le créancier est particulièrement bien protégé grâce à l'exclusivité du droit de propriété transférée dans un patrimoine d'affectation. Ensuite, la constitution d'une telle sûreté est aisée. Enfin, la réalisation de la fiducie-sûreté en période de procédure collective offre un régime avantageux à son bénéficiaire, tout en se conciliant avec l'objectif de sauvegarde ou de redressement de l'entreprise en "faillite".

Distinguons, tour à tour, sa nature juridique (I) de son régime (II).

■ I. La nature juridique de la fiducie-sûreté

Plan

La fiducie-sûreté se caractérise comme une propriété-sûreté avec patrimoine d'affectation (A). Si

les principaux griefs usuellement formulés à l'encontre de propriétés-sûretés ne peuvent pas lui être opposés (B), les contours du patrimoine d'affectation doivent être bien délimités (C).

A. Une propriété-sûreté avec patrimoine d'affectation: un droit exclusif protégé

1. L'exclusivité de la propriété

L'exclusivité de la propriété affectée:

l'absence de concours

avec les autres créanciers du constituant

La fiducie-sûreté, variante des propriétés-sûretés, implique un transfert de propriété du bien du constituant au fiduciaire. La propriété détenue par le fiduciaire est alors finalisée, dédiée à la garantie du paiement de la créance(20). L'exclusivité qui découle de ce transfert en fait une sûreté particulièrement attractive pour son bénéficiaire(21): il ne subira pas le

Note:

(14) H. Monsérié-Bon, "Fiducie et procédures collectives", *Dictionnaire permanent – difficultés des entreprises*, n spéc. 302-1, p. 4175: "Il faut y voir assurément la preuve de son intérêt".

(15) Lequel est constitutif d'une "richesse juridique": B. Jadaud, "Le régime juridique de la fiducie", *LPA* 10 juin 2009, p. 4 et s., n 3 et 4.

(16) Cf. son intervention à la réunion du Haut comité de place du 18 décembre 2008, disponible sur http://www.minefe.gouv.fr/discours-presse/discours-communiqués_finances.php?type=communiqué&id=2342&rub=1 Un amendement, déposé par le sénateur Marini lors des débats sur la proposition de loi de simplification du droit (n 145 rect. du 18 mars 2009), proposa certaines modifications du régime de la fiducie à cette fin.

(17) Soucieux d'attirer ces mêmes fonds, le Royaume-Uni a aussi engagé des réflexions pour adapter son environnement juridique et fiscal à cette fin.

(18) Un amendement en ce sens, déposé le 26 mai 2009 également par le Sénateur Marini, proposant un autre changement au sein du titre dédié à la fiducie, fut adopté lors de la discussion de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises. *Adde* S.R., La fiducie va permettre l'émission de "sukuk", *Les Echos*, 2 juin 2009, p. 30.

(19) Et pouvant cumuler cette qualité avec celle de fiduciaire.

(20) Propriété "fiduciaire", comme la qualifie le projet d'alinéa 2 de l'article 2011 C. civ. discuté dans le cadre de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, et non ordinaire. Tout comme la réserve de propriété n'est pas une propriété ordinaire: M. Grimaldi, "Réflexions sur les sûretés propriétés (à propos de la réserve de propriété)", in *Et. Jacques Dupichot*, Bruylant, 2005, p. 169 et s. *Adde*, en dernier lieu, L. Kaczmarek, "Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération", *D.* 2009. 1845, n 11 et s.

(21) Dont le droit devrait être qualifié de personnel. En ce sens également: C. de Lajarte, "La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie", *RLDC*, mai 2009, p. 71 et s.

concorso des autres créanciers du constituant de la sûreté – alors que la plupart des titulaires de sûretés réelles peuvent être primés par des créanciers mieux privilégiés et que les biens grevés à leur profit ne pourront habituellement pas être appréhendés directement lors de la procédure collective du constituant. Le constituant n'est pas pour autant dénué de tout droit de regard puisqu'il peut faire nommer un tiers-protecteur (art. 2017 C. civ.).

2. Le patrimoine d'affectation

*Le patrimoine d'affectation:
l'absence de concours
avec les créanciers personnels du fiduciaire*

Le bénéficiaire de la fiducie évite aussi celui des créanciers personnels du fiduciaire. Cette isolation des actifs transférés dans le patrimoine fiduciaire permet également au bénéficiaire de ne pas supporter le risque de “faillite du fiduciaire”, l'analyse de la cessation des paiements s'effectuant au vu des actifs et passifs du seul patrimoine fiduciaire. En effet, les biens fiduciaires ne font pas partie du patrimoine personnel du fiduciaire mais prennent place dans un patrimoine d'affectation. Certes, les dispositions du code civil ne le disent pas nommément, contrairement à la lettre de la proposition de loi dont le premier article était conceptuellement plus riche et prenait le soin de le qualifier de la sorte. Mais, cette qualification se déduit nécessairement des dispositions du code civil. L'article 2011 C. civ. pose que les biens mis en fiducie sont tenus séparés du “patrimoine propre” du fiduciaire et l'article 2024 C. civ. indique que l'ouverture d'une procédure collective “*au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire*”. Les dispositions comptables prennent, elles, le soin de qualifier positivement le patrimoine fiduciaire de patrimoine d'affectation, permettant, paradoxalement, de rendre plus intelligible le code civil.

B. Une propriété-sûreté sans inconvénient dirimant

1. La mise à disposition du bien au profit du constituant

*La convention de mise à disposition:
l'absence de perte d'utilité du bien*

Le transfert de propriété du bien au fiduciaire pré-

sente des inconvénients (non dirimants), pour le constituant. Le premier est la perte d'utilisation du bien. Il est aisé de remédier à ce problème: le contrat de fiducie peut stipuler que le fiduciaire laissera la jouissance ou l'usage du bien au constituant(22), un peu comme lors d'un “gage immobilier-bail”.

2. La recharge

*La faculté de recharge:
l'absence de gaspillage du crédit*

Le second est le risque de gaspillage du crédit, le bien mis en fiducie pouvant valoir plus que le montant de la dette. Cette difficulté est résolue par la faculté de recharge(23) de la fiducie(24), dans la logique de l'hypothèque rechargeable(25). Le bien mis en fiducie peut ainsi être affecté à la garantie d'une nouvelle créance, émanant du créancier originaire ou d'un autre, évitant la non utilisation du résidu de la valeur et permettant de maximiser la richesse. Ce faisant, cette garantie déroge au principe de l'accessoire: l'extinction de la dette initiale n'entraîne pas nécessairement sa disparition(26). Elle module également le principe de spécialité de la créance garantie, qui peut n'être déterminée qu'ultérieurement sans devoir être déterminable *ab initio*. La faculté de recharge permet, de plus, d'éviter une critique pour garantie disproportionnée au titre de l'article L. 650-1 C. com.

C. Les contours du patrimoine d'affectation

1. La délimitation du patrimoine fiduciaire

La créance du fiduciaire contre autrui

Les contours du patrimoine d'affectation posent

Note:

(22) Le régime des baux commerciaux ou de la location-gérance ne sera pas applicable (art. 2018-1 C. civ.). En cas de mise à disposition d'un bien au constituant, en l'absence de publicité, le risque qu'un tiers le saisisse ou l'acquière en opposant ensuite la possession de bonne foi, existe.

(23) Qui devra être prévue par le contrat de fiducie.

(24) V. *infra* “L'intérêt de la fiducie-sûreté rechargeable” et s.

(25) Ph. Dupichot, “La fiducie-sûreté en pleine lumière. A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009”, *JCP éd. G* 2009. I. 132, n 10; M. Grimaldi et R. Dammann, “La fiducie sur ordonnances”, *D.* 2009. 670, n 12.

(26) Ceci n'empêche pas que lorsqu'une personne cède sa créance garantie par un bien mis en fiducie, par le jeu de l'accessoire, la cession de la créance devrait entraîner aussi celle de la qualité de bénéficiaire de la fiducie.

question. Les créanciers du constituant et ceux personnels du fiduciaire ne peuvent pas saisir les biens composant ce patrimoine. Mais il faut distinguer les biens du patrimoine fiduciaire lui-même de ceux qui ne constituent qu'une simple créance contre un tiers. Dans l'hypothèse où, par exemple, un avocat agit comme fiduciaire et détient, à titre de garantie pour le bénéfice d'un tiers, des sommes d'argent, il les déposera, le plus souvent, sur un compte en banque. La monnaie fiduciaire, devenue scripturale, est alors confondue avec les autres actifs de la banque(27). Le fiduciaire est alors titulaire d'une créance contre l'établissement bancaire. Le patrimoine fiduciaire n'est pas un remède idéal, dans cette hypothèse là, pour se prémunir des risques d'une faillite bancaire.

Le fiduciaire peut aussi être une "banque". Il détient alors les avoirs mis en fiducie sur un compte bancaire tenu par lui-même. Certes, il a été habilité à être teneur de compte à titre personnel et non pas fiduciaire, et il détient donc le compte en qualité non-fiduciaire. Distinguer de manière trop abstraite les qualités d'une même personne ne semble pas justifié par la lettre de la loi ni cohérent avec son esprit et ne devrait pas, selon nous, être retenu(28). Les biens détenus par un fiduciaire sont tenus séparés de son patrimoine selon la loi. Il y aurait donc quelque paradoxe à réintégrer les biens détenus par le fiduciaire dans son patrimoine personnel alors qu'à l'origine seules des banques pouvaient avoir la qualité de fiduciaire: les sommes inscrites en compte auraient sinon toujours été détenues par le banquier fiduciaire hors du patrimoine fiduciaire! Pour les instruments financiers détenus par un fiduciaire, la propriété demeure celle du titulaire du compte. L'enveloppe qu'est le patrimoine fiduciaire est donc efficace en terme de protection des intérêts du créancier, lorsqu'une banque détient les biens au titre d'une fiducie-sûreté.

2. Le patrimoine perméable

La perméabilité du patrimoine d'affectation

Le constituant n'est pas complètement protégé contre le risque d'insolvabilité du patrimoine fiduciaire. En effet, la loi a créé un patrimoine perméable en principe(29): les créanciers nés du chef de la gestion fiduciaire ont un droit de recours contre le patrimoine du constituant en cas d'insuffisance d'actifs du patrimoine fiduciaire. Ce recours subsidiaire fait

perdre de son attrait à la fiducie: pourquoi une personne (un constituant) accepterait de transférer ses biens à une autre personne (un fiduciaire), qui va les gérer pour le bénéfice d'un tiers à qui ils auront vocation à être transférés (le bénéficiaire)? Mais il ne faut pas exagérer la portée de cet inconvénient qui peut être circonscrit d'au moins deux manières. Il est, d'abord, possible que les cocontractants du fiduciaire ès-qualité s'engagent à limiter leur droit d'action contre le seul patrimoine fiduciaire(30) et, par une stipulation du contrat de fiducie, de prévoir que le fiduciaire ne pourra pas contracter avec un tiers sans cette limite(31). L'autre option est de prévoir un droit de recours subsidiaire contre le patrimoine du fiduciaire. A première vue, il semble peu réaliste qu'un fiduciaire accepte d'être personnellement tenu de payer les dettes nées du chef de la gestion du patrimoine fiduciaire. L'enseignement du *trust* montre, qu'en réalité, cette hypothèse est plausible. En effet, en principe, le *trustee* est personnellement tenu des dettes nées de sa gestion du *trust* avec un droit de recours contre les actifs du *trust fund* pour obtenir remboursement(32). Cette règle permet de responsabiliser le *trustee* dans la gestion des biens qui lui sont confiés. Quoi qu'il en soit, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, les dettes nées au titre de la gestion fiduciaire devraient être particulièrement faibles, essentiellement des frais liés à la conservation de la chose fiduciaire lorsque l'usage n'aura pas été laissé au cons-

Note:

(27) Sauf à admettre la revendication de choses fongibles, cf. D.R. Martin, "De la revendication des sommes d'argent", *D.* 2002. 3279.

(28) Invitant le ministre de l'économie à adopter la même interprétation, v. question écrite n° 06166 du Sénateur Ph. Marini, J. O. Sénat du 13 nov. 2008, p. 2254.

(29) Mettant ainsi à mal la logique du patrimoine en tant que masse autonome avec un actif et un passif qui se répondent.

(30) Comme lorsqu'ils contractent avec un filiale détenue à 100 %, EURL ou SAS, par exemple, les créanciers limitent leurs droits d'action contre le patrimoine de cette entité, sans nécessairement demander une garantie de l'actionnaire unique.

(31) La violation de cette interdiction contractuelle sera inopposable au tiers contractant mais aura pour effet d'ouvrir un recours en responsabilité au profit du constituant contre le fiduciaire, lequel devrait être le plus souvent solvable en tant que "banque" – même si la crise financière de 2008 a pu, malheureusement, parfois en faire douter – ou assuré en tant qu'avocat.

(32) Cette règle est en train d'évoluer dans différents Etats de *common law*, afin de limiter le droit de recours des tiers contre les seuls actifs du *trust*. La fiducie et son patrimoine d'affectation seraient, en quelque sorte, cette fois-ci, précurseurs du futur visage du *trust*.

tituant. En matière de fiducie-sûreté, ce demi-problème ne devrait donc, de toute façon, pas en être un.

■ II. Le régime de la fiducie-sûreté

Plan

La nature de la fiducie-sûreté étant clarifiée, analysons, successivement, la constitution (A), la recharge (B) et la réalisation (C) de la fiducie-sûreté.

A. La constitution

1. Les mentions obligatoires

La fiducie-sûreté: un type de fiducie

La constitution de la fiducie-sûreté présente certaines particularités: si elle doit se conformer au “droit commun” de la fiducie(33), d’autres dispositions doivent aussi être appliquées.

La fiducie-sûreté: des mentions supplémentaires

Outre les mentions obligatoires à tout contrat de fiducie (art. 2018 C. civ.), celui constitutif d’une sûreté doit mentionner “*la dette garantie et la valeur estimée*” de l’actif transféré (art. 2372-2 et art. 2488-2 C. civ.).

La dette garantie

Faire mention de la dette garantie ne pose pas de difficulté: la fiducie répond aux mêmes exigences que les autres sûretés réelles. Le bien mis en fiducie vient garantir une créance, déterminée ou déterminable.

La valeur estimée du bien

La mention de la valeur estimée du bien, à peine de nullité de la constitution de la sûreté, est plus originale. Peut-être est-ce un signe d’évolution des préoccupations des pouvoirs publics, pour lesquels la problématique de surendettement devient plus marquée(34). Mais on hésite à suivre l’argument: ce n’est pas la sûreté qui crée l’endettement, les dettes peuvent être recouvrées sur chaque bien du débiteur, grevé ou non de sûretés. Est-ce alors la crainte de voir le constituant perdre la propriété de son bien, d’une valeur supérieure à celle qu’il pensait? La possibilité pour le constituant de conserver la jouissance du bien (le transfert de propriété lui est alors indolore en

terme d’utilité de la chose puisqu’il la conserve), de recharger la fiducie-sûreté en l’affectant au service d’une autre dette(35) (et donc d’utiliser la valeur du bien), et, surtout, l’impossibilité pour le créancier de s’enrichir lors de la réalisation de la sûreté, minore ce risque. L’opportunité de cette mention laisse donc sceptique, sauf à y voir une protection pour le créancier. Mais si telle est la justification, pourquoi limiter une telle exigence, assortie d’une telle sanction, à cette seule sûreté?

2. L’irrévocabilité de la sûreté

La disparition d’un cas hypothétique de révocabilité: la révocabilité de l’option à l’IS par les SARL dites “de famille”

Pour qu’une sûreté accorde une sécurité au créancier, elle doit être irrévocable une fois créée. En 2007, le législateur avait créé une discrimination de capacité et réservé la faculté d’être constituant d’une fiducie aux seules personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l’impôt sur les sociétés. En cas de révocation de l’option à l’impôt sur les sociétés, les biens mis en fiducie devaient être retournés au constituant. S’ils étaient affectés à titre de sûreté, celle-ci était révoquée de plein droit, indépendamment de l’absence de paiement du créancier. Cette révocabilité de la fiducie-sûreté était, en théorie, malheureuse. Il ne fallait toutefois pas en exagérer la portée. Une personne morale soumise à l’impôt sur les sociétés ne peut, en principe, jamais révoquer ce régime, même en cas d’assujettissement sur “option” de sa part. Un seul type de société peut révoquer l’option à l’impôt: les SARL dites “de famille” ayant opté pour ce régime avant 1981. Le nombre de personnes morales concernées par cette révocabilité était donc particulièrement faible et, en pratique, un créancier de l’une d’elles aurait opté pour une autre sûreté que la fiducie ou aurait imposé la transformation de la société en une autre forme sociale. Cette

Note:

(33) Par exemple, si une personne physique transfère à titre de garantie des biens communs ou indivis, elle ne pourra le faire que par acte notarié, selon l’article 2012 al. 2 C. civ., comme pour toute autre fiducie.

(34) Rappr. du projet de loi portant réforme du crédit à la consommation de mai 2009.

(35) A condition, il est vrai, de le prévoir dans le contrat de fiducie.

cause de révocabilité a pris fin lorsque la loi du 4 août 2008 a ouvert la faculté d'être constituant d'une fiducie à toute personne.

La disparition de la révocabilité lors du décès du constituant personne physique

La fiducie, y compris celle à titre de sûreté, constituée par les personnes physiques a été, un court laps de temps, révocable de plein droit lors du décès du constituant. Loin de la logique des sûretés réelles – la sûreté grève le bien et le créancier bénéficie d'un droit de suite sur celui-ci, lui permettant de l'appréhender même s'il quitte le patrimoine du débiteur –, la loi avait prévu en 2008 que le décès du constituant entraînait le retour des biens mis en fiducie. La sûreté disparaissait lors du décès, peu important que le créancier n'eut pas été désintéressé. Cette ineptie a été, fort heureusement, corrigée peu de temps après. Le décès de la personne physique n'entraîne donc plus la révocation de la fiducie-sûreté.

Le droit commun de la révocation: l'intention du législateur au secours du créancier

Le créancier, bénéficiaire d'une fiducie-sûreté, est, toutefois, toujours à risque que le droit commun de la révocation du contrat de fiducie joue. Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette situation. L'article 2028 C. civ. distingue deux cas. Première situation: le bénéficiaire n'a pas accepté le contrat de fiducie, il peut être révoqué. Cette cause de révocation est analogue à celle applicable lors d'une stipulation pour autrui (dont la fiducie est une variante). Pour se prémunir contre ce risque, il suffit au créancier-bénéficiaire d'accepter la fiducie-sûreté. Deuxième situation: une fois accepté, le contrat peut être modifié ou révoqué, soit avec l'accord du bénéficiaire, ce qui ne pose pas de difficultés, soit par décision de justice, selon la lettre de l'article. Un tribunal pourrait donc, en théorie au moins, révoquer la sûreté constituée, au détriment du créancier-bénéficiaire. En réalité, il ne faut pas donner une portée plus grande à ce texte qu'il ne devrait en avoir. L'intention du législateur était, sans ambiguïté, de rendre irrévocable la fiducie-sûreté(36), l'intervention du juge devant se limiter, "pour les modifications, [à] la désignation d'un nouveau fiduciaire et, pour les révocations, [à] la nullité résultant de l'intention libérale du constituant, du non-respect des mentions obligatoires dans le contrat ou du défaut d'enregistrement dans les délais impartis"(37). La fi-

ducie pouvant durer 99 ans, il n'est pas illégitime de permettre l'intrusion du juge dans le contrat lorsqu'un phénomène d'imprévisibilité survient. La logique de ce texte pourrait aussi permettre au juge de modifier à la marge le contrat de fiducie lorsque cela est nécessaire, voire de le révoquer lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigent (impossibilité pour le fiduciaire de poursuivre sa mission si les circonstances de marché rendent l'exécution de sa mission extrêmement difficile ou sérieusement dommageable(38). Cette possibilité, à utiliser avec précaution par le juge, devrait essentiellement l'être dans le cadre de fiducies à titre de gestion. Mais ce texte n'a certainement pas vocation à mettre à mal le créancier-bénéficiaire de la sûreté: on imagine difficilement les circonstances qui rendraient difficile ou impossible la poursuite par le fiduciaire de la détention d'un bien à titre de sûreté, son rôle allant essentiellement être passif, en attendant le dénouement de la sûreté.

Le droit commun de la résiliation: le contrat de fiducie au secours du créancier

Le créancier-bénéficiaire de la fiducie est aussi à risque que la résiliation anticipée du contrat soit prononcée. Mais ce risque est encore plus faible que le précédent. L'article 2020 C. civ. prévoit deux types de causes de résiliations. Les unes ne posent pas de

Note:

(36) L'article 2028 C. civ. a été proposé lors de l'examen au Sénat du texte et, immédiatement après avoir noté que le contrat de fiducie pourra être révoqué par décision de justice, il a été souligné que "lorsque, par exemple, l'objet du contrat est de garantir le paiement d'une dette, il conviendra que le bénéficiaire accepte au plus tôt la fiducie afin de sécuriser sa créance et de se prémunir contre toute révocation" (Rapport Sénat, préc., p.67). Cet article "devrait inviter les bénéficiaires de fiducie-sûreté à la plus grande célérité dans la manifestation de leur acceptation" (Rapport Ass. Nat., préc., p. 54). Le souci du législateur de rendre irrévocable les fiducies-sûretés est donc manifeste, même s'il semble ici davantage se référer à la première situation visée à l'article 2028 C. civ., bien que le traitant lors de l'analyse de la seconde.

(37) Rapport Ass. Nat., préc., p. 54.

(38) Vocabulaire emprunté à la révision des charges prévue à l'article 900-2 C. civ. La proposition de loi instituant la fiducie prévoyait que "le fiduciaire peut demander la résiliation ou la révision du contrat de fiducie dans les conditions des articles 900-1 à 900-8", ce qui délimitait de manière plus précise le champ d'application de la possibilité pour le juge de modifier le contrat. La volonté du législateur n'a pas été d'ouvrir à l'excès les possibilités de remise en cause du contrat de fiducie sans juste motif (cf. Rapport du 11 octobre 2006 par H. de Richemont, Sénat, p. 60 et 61). Au contraire, le Gouvernement a justifié la suppression de la référence aux articles 900-2 et s. C. civ. afin d'éviter que celles-ci ne soient "utilisées pour remettre en cause indûment des fiducies-sûretés" (Rapport du 1 février 2007 par X. de Roux, Ass. Nat., p. 31).

difficultés en matière de fiducie-sûreté: survenance du terme (de 99 ans maximum) ou réalisation du but poursuivi(39), ou encore renonciation par les bénéficiaires à leur droit. Les autres causes de résiliation – disparition du fiduciaire suite à une cession (concept qui laisse songeur, est-ce une cession du fonds de commerce du fiduciaire qui serait visé, mais, sauf s’il implique sa dissolution, aucune disparition n’advient), une absorption, une liquidation judiciaire ou une dissolution, cessation de la profession d’avocat du fiduciaire-avocat –, sont plus gênantes. Elles donnent l’impression que la sûreté disparaîtra lors d’un tel événement. Mais le contrat de fiducie peut aisément y remédier. D’une part, il peut prévoir l’exigibilité anticipée de la dette lors d’un tel événement: la résiliation du contrat provoquera le transfert du bien fiduciaire au profit du bénéficiaire en paiement de celle-ci. D’autre part, le contrat peut prévoir les conditions dans lesquelles il se poursuit et il aura tout intérêt à les prévoir, pour éviter que la fiducie-sûreté ne disparaisse sans que la dette sous-jacente ne soit remboursée par exemple.

La nullité de la période suspecte

En 2007, l’article L. 632-1, 9 C. com. prévoyait une nullité de plein droit de tout contrat de fiducie conclu en période suspecte, c’est-à-dire entre le moment où l’entreprise est en cessation des paiements (dans l’impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible) et l’ouverture de la procédure collective. Prévoir une nullité automatique pour une fiducie contractée pendant la période suspecte afin de garantir une dette née antérieurement eut été logique du fait de l’atteinte à l’égalité entre créanciers qu’elle crée et cohérente avec l’actuel 6 de l’article L. 632-1, I C. com., qui annule un certain nombre de sûretés constituées dans de telles circonstances. Loin de cette logique, le texte adopté institua une insécurité pour toute fiducie, peu importe son objet, le tiers-bénéficiaire et le fiduciaire allant être dans l’impossibilité pratique de s’assurer de l’absence de cessation des paiements du constituant lors de la conclusion du contrat de fiducie et donc de l’existence d’une nullité automatique.

L’ordonnance du 18 décembre 2008 est venue, très opportunément, faire disparaître cette imperfection pour les fiducies-sûretés: un transfert en fiducie “à titre de garantie d’une dette concomitamment contractée” ne sera pas annulé(40).

B. La recharge

1. Le principe

L’intérêt de la fiducie-sûreté rechargeable

L’intérêt économique des sûretés rechargeables se comprend: lors du remboursement du crédit, une réserve de crédit se reconstitue; lors de l’augmentation de la plus-value latente, une nouvelle réserve se crée(41). Cet intérêt augmente en présence d’une sûreté-proprété telle la fiducie: la recharge évite qu’une fraction de la valeur du bien ne puisse pas être affectée en faveur d’un crédit(42). La loi admet la fiducie rechargeable sous certaines conditions, certaines étant propres aux constituants personnes physiques.

2. Les modalités

Les conditions communes aux constituants

La faculté de recharge doit être prévue dans le contrat de fiducie, ce qui permet au fiduciaire de ne pas se voir imposer la poursuite de sa mission une fois la dette initiale – peut-être la sienne – éteinte. La convention de recharge est soumise aux mêmes conditions de forme, d’enregistrement ou d’inscription que le contrat de fiducie. Le créancier aura tout intérêt à les effectuer au plus tôt, car c’est cette date qui déterminera l’ordre des créanciers.

La valeur estimée du bien comme limite pour les constituants personnes physiques

La loi impose que la recharge de la fiducie-sûreté constituée par une personne physique ne soit affectée “en garantie d’une nouvelle dette que dans la limite de sa

Note:

(39) La résiliation pour cause de décès prévu par cet article ne joue pas en présence d’une fiducie-sûreté (art. 2372-1, al. 2 et 2488-1, al. 2 C. civ.).

(40) Le même critère s’applique lors d’une “recharge” de fiducie (v. *infra* “L’intérêt de la fiducie-sûreté rechargeable” et s.; A. Lienhard, *Procédures collectives*, Delmas 2009, n 1714; A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2009, 67 éd., n 592).

(41) Rappr. *Rapport d’enquête sur l’hypothèque et le crédit hypothécaire, Inspection générale des finances et inspection générale des services judiciaires*, novembre 2004.

(42) V. *supra* “La faculté de recharge: l’absence du gaspillage du crédit”.

valeur estimée au jour de la recharge” (art. 2372-5, al. 2 et art. 2488-5, al. 2, C. civ.). Cette règle évite qu’un constituant (personne physique) ne s’endette en anticipant une (éventuelle) hausse de la valeur du bien(43) et, au contraire, impose qu’il constate la plus-value latente lors de la recharge de la sûreté. On peut toutefois se demander si cette limite est suffisante et si derrière la volonté d’utiliser la valeur du bien pour l’affecter à des nouvelles dettes, tout emprunteur (y compris une personne physique profane) ne risque pas d’être incité à s’endetter de manière excessive, sans possibilité de rembourser lorsque la valeur du bien baissera. A cela, on rétorquera que le devoir de conseil du banquier devrait minimiser la survenance de ce cas.

Initialement imposée à tout constituant, le législateur a réduit le champ d’application de cette obligation d’évaluation aux seules personnes physiques. L’idée est, peut-être, que les personnes morales méritent moins protection que les personnes physiques. L’argument ne convainc qu’à moitié. Comme déjà indiqué, ce n’est pas l’affectation d’un bien en garantie qui crée l’endettement; la dette permettra au créancier de saisir tout bien. Que le constituant personne physique affecte un bien d’une valeur vénale inférieure à la valeur prétendue n’a donc pas d’incidence majeure pour lui: son patrimoine est et demeure le droit de gage de son créancier qui a, en outre, en garantie, un bien mis en fiducie. C’est d’avantage le créancier qui pourrait en subir le contre-coup. En prenant pour garantie un bien d’une valeur en réalité inférieure à celle espérée, le créancier est à risque que sa sûreté ne lui offre qu’une sécurité partielle. Mais cet inconvénient(44) existe tant avec un débiteur personne physique qu’avec un débiteur personne morale et tant lors d’une recharge que lors de la constitution initiale d’une sûreté, le bien pouvant perdre de sa valeur dès ce dernier événement. Pourquoi d’ailleurs imposer à une personne morale une estimation de la valeur du bien lors de la constitution de la fiducie-sûreté(45) et l’en exonérer lorsqu’elle affecte ultérieurement ce même bien en garantie d’une autre dette, lors de la “recharge”? L’absence de parallélisme des formes laisse perplexe. On peut, peut-être, voir un intérêt dans cette disposition en faisant le parallèle avec un phénomène ayant participé à la crise des *subprimes*(46): ces emprunteurs, après avoir acheté leur logement, ont, pour certains, rechargé leur hypothèque, en garantie d’autres prêts, notamment à la consommation. Lors

du retournement du marché immobilier, les créanciers se sont vus dans l’impossibilité de recouvrer leurs créances sur l’immeuble affecté. Si la volonté de législateur était de lutter contre ce risque, cette obligation d’estimation du bien devrait s’appliquer aussi aux personnes morales, ce qui n’est plus le cas depuis la loi du 12 mai 2009.

C. La réalisation

1. La réalisation hors procédure collective

D’une propriété fiduciaire à une propriété ordinaire

Analysons d’abord le régime de la réalisation de la fiducie-sûreté hors procédure collective avant de s’attarder sur les règles devant être prises en compte lors d’une procédure collective. Si la réalisation de la sûreté est autorisée, de deux choses l’une. Soit le fiduciaire est aussi bénéficiaire: le bien quitte le patrimoine fiduciaire pour son patrimoine personnel et, d’un propriétaire fiduciaire, il devient propriétaire ordinaire(47). Le contrat de fiducie peut déroger à cet enchaînement mécanique et prévoir sa cession, le prix de vente allant alors être utilisé pour éteindre la dette due au créancier. Soit la sûreté est au bénéfice d’un tiers. Alors le créancier, bénéficiaire de la fiducie, se voit transférer la propriété du bien(48) qui, elle aussi, redevient une propriété ordinaire. Contractuellement, le créancier-bénéficiaire peut aussi prévoir que le fiduciaire vende le bien et lui remette le prix, évitant qu’il ne s’encombre d’un bien dont il n’aura pas toujours d’utilité. Le transfert de propriété du fiduciaire au bénéficiaire ou au tiers commandera d’anticiper qu’aucune restriction ne s’y opposera, en purgeant les droits de préemption ou

Note:

(43) L. Aynés, “Le régime juridique de la fiducie”, *RLDC*, mai 2009, p. 67 et s., spéc. p. 69.

(44) Adde Ph. Théry, “L’hypothèque rechargeable”, *Droit & Patrimoine*, mai 2007, p. 42.

(45) V. *supra* “La valeur estimée du bien”.

(46) P. Crocq, “La nouvelle fiducie-sûreté: une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France?”, *D.* 2009 act. lég. 716.

(47) M.-P. Dumont-Lefrand, “Le dénouement de l’opération de fiducie”, *Droit & Patrimoine*, juin 2008, p. 63 et s., spéc. p. 66.

(48) Sans subir une éventuelle prohibition de clause de voie parée.

les obligations d'agrément dès la constitution de la fiducie.

L'absence d'enrichissement du créancier

Afin d'éviter tout enrichissement du créancier et toute spoliation du débiteur, la valeur du bien devra être estimée par un expert⁽⁴⁹⁾ lors de la réalisation de la sûreté. Sauf si la valeur du bien ne pose pas question: actif faisant l'objet d'une cotation sur un marché organisé (Eurolist d'Euronext Paris ou Alternext par exemple) et *a fortiori* sommes d'argent. Et la différence positive entre cette estimation et la dette garantie restituée au débiteur.

Le désintéressement du passif fiduciaire

L'excédent servira toutefois, d'abord, à désintéresser les créanciers nés du chef de la gestion fiduciaire, avant d'être transmis, pour le solde, au constituant (art. 2372-4, al. 3 et 2488-4 C. com.). On aurait pu penser que les créanciers nés de ce chef devraient être désintéressés avant tout transfert hors du patrimoine fiduciaire⁽⁵⁰⁾, mais le législateur n'a pas retenu ce parti.

2. La réalisation lors d'une procédure collective

a. Exclusivité et procédure collective

Le pacte comissoire

Le droit des procédures collectives vient rendre sans effet certaines dispositions permettant une appropriation exclusive. Ainsi, lorsque le code civil étend le champ d'application du pacte comissoire, permettant une appropriation contractuelle par le créancier du bien objet d'une sûreté, le code de commerce vient aussi neutraliser sa portée (art. L. 622-7, I al. 3. C. com.)

La clause de réserve de propriété

Mais ce traitement n'est pas systématique. Ainsi, le propriétaire, titulaire de la très usitée clause de réserve de propriété, peut revendiquer son bien. Il n'est d'ailleurs pas soumis à des restrictions en fonction du type de procédure collective, à la différence du créancier d'une fiducie-sûreté⁽⁵¹⁾.

Le droit de rétention

Le titulaire d'un droit de rétention bénéficie également d'une situation d'exclusivité. La loi du 4 août 2008 a d'ailleurs considérablement augmenté son domaine, en l'octroyant à tout gage sans dépossession⁽⁵²⁾, même s'il est inopposable lors de la période d'observation et l'exécution du plan de sauvegarde (art. L. 622-7 C. com.).

L'exclusivité résultant du droit de rétention reste de nature précaire. Certes, il est opposable aux tiers, même au cessionnaire de l'entreprise en difficulté prend la peine de préciser l'article L. 642-12 C. com. Mais le rétenteur n'a pour lui que la gêne occasionnée. Or, sur un bien incorporel, des actions par exemple, la gêne pour le titulaire du bien est toute relative, le titulaire des actions demeurant inscrit en compte et pouvant, souvent, bénéficier de toutes les prérogatives aux actions.

Les fiducies innommées

Si la loi instituant la fiducie a dû attendre 2007 pour intégrer le code civil, il est inexact de croire que la fiducie n'existait pas au préalable. Certes, aucun instrument juridique n'en portait officiellement le nom. Mais, déjà, divers instruments répondaient à ses principales caractéristiques. Le "gage-espèces", qui implique le transfert de la propriété de sommes d'un débiteur au créancier en garantie de dettes, en est un exemple. La cession de créances "Dailly" à titre de garantie en est un autre. C'est aussi le cas des sûretés-propriétés issues de la directive 2002/47/EC dite "collatéral". En effet, à titre de garantie des obligations financières, des remises en pleine propriété notamment d'instruments financiers sont autorisées⁽⁵³⁾. Ces dernières sont "réalisables" mê-

Note:

(49) Désigné à l'amiable ou judiciairement.

(50) F. Barrière, "La loi instituant la fiducie: entre équilibre et incohérence", *JCP éd. E* 2007. 2053, n 31.

(51) Suggérant d'harmoniser les solutions: F. Pérochon, "Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles", *D.* 2009. 651, n 23. Adde N. Borgia, "Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008", *RDBF*, mai-juin 2009, p. 9 et s., n 13.

(52) Art. 2286, 4 C. civ.

(53) Sous réserve de remplir certaines conditions quant aux qualités de certaines parties et à la source des obligations financières, cf. art. L 211-36 C. mon. fin.

me lorsque l'une des parties fait l'objet d'une procédure collective, selon l'article L. 211-38 C. mon. fin. Ces sûretés, constitutives de fiducies innommées et qui conservent leur régime propre sans être assujetties aux articles 2011 et s. C. civ., ne subissent donc pas la loi du concours des procédures collectives.

L'existence de situations d'exclusivité au profit du créancier

Le droit positif autorise donc déjà diverses situations d'exclusivité, permettant de prémunir le créancier du concours d'autrui. Certes, on objectera l'atteinte au principe d'égalité des créanciers qui en résulte, tout en pouvant noter que les prêteurs recherchent une sécurité dont le corollaire est une baisse de rémunération du risque et donc un intérêt plus faible à payer par l'emprunteur.

b. Fiducie-sûreté et procédure collective

Primauté de l'entreprise en difficulté ou du créancier?

Alors que le droit des procédures collectives est une terre de conflit entre l'intérêt du créancier et celui de l'entreprise(54), la loi instituant la fiducie est apparue très favorable aux créanciers titulaires d'une fiducie-sûreté, grâce à l'exclusivité que la propriété fiduciaire leur confère(55). Dans le même temps où l'appropriation contractuelle d'un bien affecté en garantie d'une dette était banni lors d'une procédure collective, aucune disposition de la loi de 2007 ne venait restreindre la réalisation d'une fiducie-sûreté en période de procédure collective du constituant.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 propose un compromis intéressant entre les intérêts en cause(56). Observons, tout d'abord, la sécurité attachée à la fiducie-sûreté lorsque le constituant est en "faillite", avant d'étudier sa réalisation en pareilles circonstances.

Le contrat de fiducie n'est pas un contrat en cours

Premièrement, le contrat de fiducie, dont les effets essentiels – le transfert de propriété du constituant au fiduciaire – sont advenus avant l'ouverture de la procédure collective, n'est pas un contrat en

cours(57). L'ordonnance de 2008 le confirme(58). La fiducie-sûreté n'est donc pas à risque d'être résiliée à ce titre, ce qui participe à l'indispensable stabilité qui doit être celle de toute sûreté.

Certes, la convention de jouissance ou d'usage, par laquelle le constituant a conservé l'utilité du bien mis en fiducie peut, elle, être résiliée, comme tout contrat en cours. Si elle est utile au redressement du constituant, cette convention pourra être poursuivie, moyennant exécution des obligations financières. Mais la résiliation ne vient en rien porter atteinte aux droits du créancier-bénéficiaire. Au contraire, elle rend la chose au fiduciaire, libre de toute obligation de transfert de l'usage avec possibilité de la réaliser.

■ L'exclusion du comité des créanciers

Deuxièmement, le créancier bénéficiaire d'une fiducie est exclu des comités de créanciers (art. L. 626-30, al. 4 C. com.) à hauteur des créances garanties par une fiducie(59), ce qui évite qu'il ne subisse des délais de paiement ou des abandons de créances dans ce cadre(60). La somme des créances faisant l'objet de la fiducie étant aussi d'un montant potentiellement tel, ne pas inclure les créanciers titulaires de fiducies-sûretés permet aussi d'éviter le risque qu'ils aient un pouvoir prépondérant au détriment des autres créanciers et qu'ils ne bloquent l'adoption d'un plan de redressement.

Note:

(54) F.-X. Lucas et M. Sénéchal, "Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir", *D.* 2008. 29; M. Farge et O. Gout, "L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit de sûretés", *RLDC*, mars 2009, p. 25 et s., n 3.

(55) A. Cerles, "La fiducie, nouvelle reine des sociétés?", *JCP éd. E* 2007. 2054.

(56) R. Dammann et G. Podeur, "Fiducie et sauvegarde, un nouvel équilibre", *RLDC*, mai 2008, p. 33 et s.; des mêmes auteurs, "Fiducie et sauvegarde: deux réformes complémentaires", *Bull. Joly*, 2008. 88.

(57) F. Barrière, "La fiducie. Commentaire de la loi n 2007-211 du 19 février 2007", *Bull. Joly* 2007. 556, n 24.

(58) Et ce de manière très nette comparée à une version de l'avant-projet d'ordonnance.

(59) Ces créanciers feront toutefois l'objet d'une consultation sur le projet de plan, cf. art. L. 626-33, al 1 C. com.

(60) Alors qu'un crédit-bailleur peut se voir imposer des remises malgré sa propriété à titre de garantie, cf. P.-M. Le Corre, *La réforme du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2009, n 271-6.

■ La revendication des biens

Troisièmement, la loi permet (en réalité, commande) au fiduciaire de revendiquer les biens fiduciaires dont l'usage ou la jouissance aurait été laissée au constituant (art. L. 624-16, al. 1 C. com.). Il n'est, toutefois, pas certain qu'il faille donner une trop grande importance à cette norme. La revendication suppose que le bien soit détenu par le constituant et qu'elle ne fasse pas l'objet d'une contestation. Sinon, le juge-commissaire statue sur la demande (art. L. 624-17 C. com.). Or, dès lors que la loi, d'une part, traite comme un contrat en cours la convention d'usage, d'autre part, ne permet pas la réalisation de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition du bien au profit du constituant en période de sauvegarde ou de redressement (art. L. 622-23-1 C. com.), il est peu probable qu'un juge soit enclin à faire droit à une revendication du bien lors de telles procédures collectives. Y faire droit reviendrait sinon à vider d'utilité ces dispositions et à permettre au fiduciaire de reprendre l'usage de la chose sans toutefois pouvoir réaliser la sûreté: il y aurait alors une perte d'utilité de la chose qui serait regrettable. La possibilité de revendication trouve par contre tout son intérêt lors de la résiliation de l'avenant du terme de la convention de mise à disposition. Le fiduciaire peut alors indiscutablement se voir restituer le bien par le constituant (art. L. 624-10-1 C. com.).

L'absence de transfert du bien au cessionnaire

Quatrièmement, si la sauvegarde ou le redressement du constituant débouche sur une cession de l'entreprise (art. L. 631-13 C. com.), la propriété des biens fiduciaires ne peut évidemment pas être incluse dans un plan de cession faute d'être celle du constituant. De plus, la convention de mise à disposition ne le pourra pas non plus. Autrement dit, le fiduciaire récupère la jouissance de la chose. Cette disposition vise à protéger le bénéficiaire de la sûreté. A première vue, on hésite à être convaincu. Que le bien soit à disposition du constituant ou d'un tiers-cessionnaire ne devrait pas avoir d'impact sur le fiduciaire. Le fiduciaire est et demeure propriétaire. Peu importe qui détient le bien, tant que le fiduciaire pourra résilier la convention de mise à disposition lors de son défaut de paiement et le bénéficiaire pourra en disposer librement. Toutefois, la cession de l'entreprise n'empor-

tant pas transfert des dettes, le créancier du constituant ne pourra pas recouvrer sa dette sur le patrimoine du cessionnaire. Il est donc parfaitement légitime que le fiduciaire puisse récupérer la jouissance de la chose et ainsi réaliser sa sûreté libre de toute convention de mise à disposition le bien.

La même solution est applicable en cas de cession de l'entreprise lors de la liquidation (art. L. 642-7 C. com.). La clôture des opérations de liquidation entraînant, en principe, l'extinction des poursuites contre le débiteur (art. L. 643-11 C. com.) si la dette, devenue exigible, n'est pas payée, il est souhaitable de permettre au fiduciaire de récupérer la main mise sur le bien et de le réaliser non grevé d'une convention d'usage, afin de permettre le désintéressement du créancier. La convention de mise à disposition ne peut donc pas être cédée si elle concerne une fiducie-sûreté⁽⁶¹⁾.

Le paiement anticipé par le constituant

Notons ensuite la flexibilité offerte au bénéficiaire du constituant. De manière cohérente avec le droit actuel, l'ordonnance prévoit que le bien mis en fiducie à titre de garantie peut être retiré lors de la période d'observation auprès du fiduciaire moyennant paiement, s'il est utile à la poursuite de l'activité (art. L. 622-7 C. com.). Cette entorse au principe d'interdiction de paiement des créanciers antérieurs se justifie par sa finalité et est similaire à la possibilité de payer un créancier titulaire d'un droit de rétention sur un bien du débiteur. On peut douter que ce droit sera fréquemment utilisé. Si le bien était véritablement utile au constituant, il aurait, le plus souvent, conclu une convention de mise à disposition du bien concomitamment au contrat de fiducie. De plus, encore faudra-t-il que le bien soit retiré avant son transfert au bénéficiaire⁽⁶²⁾, sinon le bien sera hors champ d'appropriation. En tout cas, aucune atteinte n'est subie par le créancier-bénéficiaire: certes, le bien mis à l'origine en fiducie ne garantira plus sa dette mais, mieux, sa dette se trouve éteinte par le paiement effectué, la sûreté disparaissant par accessoire alors.

Note:

(61) Rien n'interdit sa cession si, au contraire, il s'agit d'une fiducie-gestion.

(62) V. *infra* "La réalisation lors d'une procédure de sauvegarde ou de redressement en l'absence de convention de mise à disposition?".

La déclaration de créance

La Cour de cassation a pu autoriser l'exercice d'une clause de réserve de propriété malgré l'absence de déclaration de la créance⁽⁶³⁾. Mais cette jurisprudence fait fi du caractère accessoire de la sûreté. Afin de ne pas prendre le risque que la fiducie-sûreté ne devienne inopposable par voie d'accessoire à sa créance, la prudence commande la déclaration⁽⁶⁴⁾.

Sauvegarde et redressement vs. liquidation judiciaire

Le cadre général venant d'être posé, études, tour à tour, le régime applicable à la réalisation de la fiducie-sûreté en période de sauvegarde et de redressement judiciaire puis celui lors d'une liquidation judiciaire.

Convention de mise à disposition ou non

Le régime applicable en période de sauvegarde et de redressement judiciaire se scinde en deux, selon qu'une convention d'usage ou de jouissance du bien au profit du constituant a été ou non conclue.

L'absence de réalisation lors d'une procédure de sauvegarde ou de redressement avec convention de mise à disposition

Comme déjà indiqué, la fiducie implique un transfert de propriété d'un bien du constituant au fiduciaire. Le bien pouvant néanmoins toujours être utile au constituant, rien n'empêche que le fiduciaire, devenu propriétaire du bien, en laisse l'usage ou la jouissance au constituant. Dans ce cas, afin de faciliter la sauvegarde ou le redressement du constituant, le bien doit demeurer à disposition du constituant. La loi, en quelque sorte, le présume irréfragablement nécessaire au constituant⁽⁶⁵⁾, évitant de devoir qualifier d'essentiel ou non tel actif (avec le contentieux qu'un tel critère subjectif aurait entraîné). Dans cet esprit, l'article L. 622-23-1 C. com. vient interdire toute réalisation de la fiducie-sûreté avec convention de mise à disposition du fait d'un défaut de paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture ou du fait d'une clause d'exigibilité anticipée fondée sur l'ouverture d'une telle procédure collective. Le créancier ne pourra donc être désintéressé qu'à l'issue de la période d'observation ou du plan. La règle au-

rait pu être plus flexible: dès lors que le bien n'est plus la propriété du constituant, rien n'aurait dû empêcher le fiduciaire de le transférer au bénéficiaire, quitte à simplement confirmer l'opposabilité de la convention d'usage ou de jouissance afin de protéger le constituant (la personne propriétaire du bien devrait lui être indifférente s'il a l'utilité du bien), un peu comme un contrat de bail est opposable au cessionnaire d'un bien immeuble.

La réalisation lors d'une procédure de sauvegarde ou redressement en l'absence de convention de mise à disposition?

Si aucune convention d'usage ou de jouissance n'a été conclue au profit du constituant, par une lecture *a contrario* de l'article L. 622-23-1 C. com., la réalisation de la fiducie-sûreté doit être permise et le fiduciaire devrait pouvoir transférer le bien au bénéficiaire. Le bien n'étant plus dans le patrimoine du constituant ni utilisé par ce dernier, il n'y a pas de logique à geler le patrimoine fiduciaire et, au contraire, il y en a à permettre la réalisation de la sûreté et de libérer le bien, jusqu'alors en fiducie, de l'affectation qui le grevait. Si la cause de la réalisation est le défaut de paiement d'une dette antérieure à la procédure collective, le paiement de cette dette par la réalisation de la sûreté ne porte pas atteinte à l'égalité des créanciers puisque le bien servant au paiement de la dette ne fait plus partie du droit de gage général des créanciers du constituant, étant devenu la propriété du fiduciaire. Si la cause de réalisation est fondée sur l'ouverture d'une procédure collective, la réalisation de la sûreté aura alors lieu alors que la dette garantie ne serait pas exigible, une telle clause étant réputée non

Note:

(63) Com. 29 janvier 1991 et 20 octobre 1992, D. 1993 som. 288, obs. F. Pérochon, *Rev. proc. coll.* 1992. 425 et 1993. 572, obs. B. Soinnie; Com. 9 janvier 1996, D. 1996. 184, note (critique) F. Derrida, *RTD civ.* 1996. 437, n 4, obs. P. Crocq, *JCP éd. E* 1996. I. 554, n 19, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, *JCP éd. E* 1996. I. 571, n 4, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *D. Aff.* 1996. 603, note Ch. Larroumet. *Add. Cl. Witz*, "Réflexions sur la fiducie-sûreté", *JCP éd. E* 1993. I. 244, n 6.

(64) Rappr. Ph. Pétel, "Le nouveau droit des entreprises en difficulté: acte II. Commentaire de l'ordonnance n 2008-1345 du 18 décembre 2008", *JCP éd. E* 2009. 1049, n 44 et 47; A. Jacquemont, ouvrage préc., n 482 et n 525.

(65) Comp. J.-F. Adelle et H. Le Nabasque, "La fiducie à l'épreuve des procédures collectives: la fin de l'incertitude", *Option finance*, n 1017, 23 février 2009, p. 30.

écrite. Est-ce à dire, dans ce cas, que la réalisation de la fiducie-sûreté devrait être interdite? Peut-être. A nouveau, le bien étant hors du patrimoine du constituant et ne devant servir qu'à désintéresser le créancier-bénéficiaire, en opportunité, il ne semble pas nécessaire de devoir empêcher la réalisation conformément aux stipulations du contrat de fiducie. Le bénéficiaire recevra un bien en paiement d'une dette non encore exigible due par un constituant soumis à une procédure collective: il sera tenu d'une dette de restitution à son égard qui devrait s'éteindre par le jeu de la compensation pour dettes connexes (art. L. 622-7, I al. 1 C. com.). Toutefois, cette possibilité pourrait être considérée comme faisant échec à la possibilité pour le juge-commissaire de permettre le paiement de la créance antérieure du bénéficiaire de la fiducie (art. L. 622-7, II al. 2 C. com.), afin d'obtenir le retour du bien fiduciaire auprès du constituant en période d'observation et à ce titre la jurisprudence aura à préciser l'imbrication de ces textes.

La réalisation après la période d'observation ou le plan

Dès la fin de la période d'observation ou du plan(66) (ou en cas de non-respect du plan(67), y compris si une liquidation judiciaire(68) est ouverte, la réalisation de la fiducie-sûreté pourra avoir lieu(69)). Aucune restriction à sa réalisation n'existe, ce qui permet au créancier d'être désintéressé plus rapidement que s'il devait attendre la réalisation orchestrée par un organe de la procédure. En conséquence, *"la comparaison avec la situation d'un créancier hypothécaire par exemple ou d'un créancier nanti sur le fonds de commerce se passe de commentaires tant la supériorité de la fiducie est manifeste au cours de la liquidation judiciaire"*(70). Avec des auteurs(71), on peut aussi penser que la fiducie-sûreté pourrait prendre le pas sur le nantissement de compte d'instruments financiers, qui, certes, bénéficie d'une forme d'exclusivité par le droit de rétention qu'il confère, mais ne permet pas au créancier de réaliser à son gré la sûreté lors d'une procédure collective. Cette sûreté permettra aussi, par exemple, au banquier *"de s'aménager une position de force dans les négociations de restructuration de la dette d'acquisition"*(72). Et s'il y a cession de l'entreprise, le créancier de la fiducie-sûreté n'en souffrira pas. Non seulement sera-t-il mis un terme à une éventuelle convention de mise à disposition mais le bien lui-même sera réalisé afin de désintéres-

ser le créancier, à la différence d'autres sûretés réelles où le droit de préférence s'exerce sur une partie du prix de cession, qui ne reflète pas toujours la valeur vénale du bien.

Un équilibre compétitif

Finalement, ce régime préserve les chances de redressement de l'entreprise, en ne la privant pas d'un actif utile (présumé l'être par le jeu de la convention de mise à disposition), mais en laissant la possibilité au créancier de réaliser sa sûreté, hors concours, lorsque ce n'est pas le cas: soit que le bien ne soit pas utile à l'entreprise, soit que l'entreprise n'ait pas de chance de se redresser (liquidation judiciaire). Le droit français est alors particulièrement compétitif par rapport aux pays anglo-américains, souvent réputés davantage protéger leurs créanciers. En effet, au Royaume-Uni, si le principe est qu'un créancier peut réaliser sa sûreté, peu important le dommage que ceci pourra causer au débiteur ou autres créanciers(73), une sûreté (y compris détenue par un *trustee*) ne peut, depuis 2003, pas être réalisée si la société débitrice en difficulté démontre qu'elle a des chances de se redresser pendant une période de "moratorium". Aux Etats-Unis, le *Bankruptcy Code*, tant en son Chapitre 11(74) dit *reorganization*, qu'en son Chapi-

Note:

(66) P. Crocq, "L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit de sûretés", *JCP éd. E* 2009. 1313, n 35.

(67) Art. L. 626-27, al. 3 C. com.

(68) Art. L. 641-11-1, VI C. com.

(69) Malgré le renvoi à l'alinéa 2 et non 3 de l'article L. 626-27 C. com. par l'article L. 631-14 al. 4 C. com. Cf. F. Pérochon, art. préc., n 25 et note 96.

(70) F. Pérochon, "A propos de la réforme de la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008", *Gaz. Pal.* 8-10 mars 2009, p. 3 et s., n 40. On peut aussi observer que si le pacte commissaire est neutralisé lorsque l'hypothèque porte sur la résidence principale du débiteur, la fiducie ne comporte pas de restriction analogue.

(71) M. Grimaldi et R. Dammann, art. préc., n 15; R. Dammann et G. Podeur, "Fiducie-sûreté, fiducie-gestion. Les applications pratiques", art. préc., p. 61.

(72) R. Dammann et G. Podeur, "Fiducie-sûreté, fiducie-gestion. Les applications pratiques", art. préc., p. 61. *Add* R. Dammann, "Avantages et inconvénients de la fiducie en cas de procédure collective", *RLDC*, mai 2009, p. 60.

(73) *Re Potters Oils* (n 2) [1986].

(74) Qui a inspiré la procédure de sauvegarde en France.

tre 7 sur la liquidation, vient restreindre la faculté d'un créancier de réaliser sa sûreté, obligeant le plus souvent le créancier à obtenir une autorisation préalable d'un tribunal⁽⁷⁵⁾, laquelle ne sera habituellement pas donnée⁽⁷⁶⁾ si l'actif est d'une valeur supérieure à la dette garantie ou si une protection "adéquate" bénéficie au créancier.

■ Conclusion

En conclusion, on peut se demander si, malgré son éveil tumultueux, la fiducie-sûreté n'a pas vocation à devenir reine des sûretés⁽⁷⁷⁾. Evidemment, d'autres sûretés efficaces existent. On pense à la cession de créances dite "Dailly" à titre de garantie, aux garanties des obligations financières régies par le code monétaire et financier ou au nantissement de créances⁽⁷⁸⁾; mais leurs domaines d'application sont tellement restreints qu'elles ne peuvent prospérer de manière générale. C'est aussi le cas de la réserve de propriété, mais elle n'intéresse que le vendeur ou fournisseur d'un bien. A l'inverse, tout bien pouvant être mis en fiducie, l'exclusivité conférée par la propriété fiduciaire pourrait séduire d'autres créanciers

que ces derniers et la flexibilité d'utilisation de l'actif, même en période de sauvegarde ou de redressement, rassurer le débiteur. L'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) affirme que cette "fiducie profondément rénovée [peut] augurer d'un avenir prometteur pour l'institution"⁽⁷⁹⁾. L'accueil que la pratique réservera à cette institution confirmera ou non ce pronostic.

Note:

(75) V. notamment para. 361 et s. du *Bankruptcy Code* américain.

(76) Sur les possibilités offertes au tribunal, v. para. 362, d, du *Bankruptcy Code* américain.

(77) P. Crocq, "L'ordonnance...", art. préc., n 37; J.-J. Ansault, "La fiducie ressuscitée!", Journ. soc., mai 2009, p. 22 et s., spéc. p. 23; C. de Lajarte, art. préc., p. 86: "la fiducie française assure au bénéficiaire une protection suffisante de ses intérêts. Souhaitons que ce gage d'efficacité donne à la fiducie un brillant avenir".

(78) L. Aynés, "Le nantissement de créances, entre gage et fiducie", *Droit & Patrimoine*, sept. 2007, p. 66 et s.; D. Legeais, "La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives", *Rev. soc.* 2007. 687, p. 694. Le droit au paiement direct du créancier nanti (art. 2363 C. civ.), ayant notifié le débiteur, lui offre une forme d'exclusivité sur la créance.

(79) ANSA, "La fiducie", avril 2009, n 09-020, p. 6.

I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia

di Angelo Di Sapia

La cura e la protezione delle persone prive di autonomia è, di per sé, un interesse giuridico meritevole di tutela.

I trust interni di protezione possono consentire un importante riequilibrio dell'interesse del beneficiario con l'interesse dei terzi, la cui tutela costituisce il tallone d'Achille della legge 9 gennaio 2004, n. 6.

I trust interni di protezione, quale autonoma misura negoziale di protezione, sono uno strumento complementare o alternativo alle misure legali di protezione.

La complementarità del trust può accrescere la funzionalità dell'amministrazione di sostegno, come della tutela e della curatela.

L'alternatività del trust può garantire un sistema maggiormente proporzionato alle esigenze, anche di riservatezza, della persona priva di autonomia.

■ Introduzione

Il titolo della relazione affidatami (I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia) dà la traccia dell'argomento su cui m'intratterò e, al contempo, anticipa alcune soluzioni che proverò a suggerire.

Gli step di analisi del nostro tema sono (i) la verifica di liceità dei trust interni autodestinati quale misura negoziale di protezione delle persone prive di autonomia e (ii) il raffronto, in termini di efficacia, dei trust rispetto alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia.

Fissate queste linee di rotta, mi sembrano opportune due precisazioni.

Prima precisazione. Proporrò un disegno schematico: una trama volutamente quasi senza l'ordito(1).

Seconda precisazione. Ho parlato prima di "efficacia": non di "efficienza" delle misure di protezione. È una scelta tutt'affatto che nominalistica. Si staglia qui una questione di campo: stiamo parlando di persone, prima che di soggetti di diritto. Il punto è centrale. Siamo in presenza di esseri umani in carne e ossa. Non di individui astratti. Non, quindi, – come ci ha ricordato Paolo Grossi in una pagina magistrale, non – di individui, appunto, *abs-tracti*: cioè estratti dal loro contesto storico e che – secondo l'acuta puntualizzazione di Hannah Arendt – non esistono in nessun luogo, come vorrebbe invece un certo neogiacobinismo giuridico(2).

Fine delle premesse.

Angelo Di Sapia - Notaio in Saluzzo

Il lavoro è dedicato a Grazia Signorello.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso del Decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Ischia, il 1°-3 ottobre 2009. Conserva l'immediatezza dell'esposizione orale, con l'aggiunta di alcuni sviluppi specifici, oltre che delle note essenziali. Desidero ringraziare Benedetto Elia e Valentina Sapienza per aver voluto leggere l'avamprima e per i preziosi suggerimenti: i difetti e le imprecisioni sono naturalmente solo miei.

Note:

(1) Per i curiosi dell'ordito faccio rinvio ad A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo), I parte, in questa Rivista, 2009, 364 (I parte); ivi, 480 (II parte), a p. 364, nota 4, le indicazioni bibliografiche sui trust di protezione in considerazione o in vista della perdita di autonomia, propria o altrui, cui *adde*, più recentemente, A. C. Di Landro, La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust, ivi, 493, M. Bucchi - G. Bertolini, "Il trust come misura di protezione dell'incapace?", *infra*, 35, e le relazioni di L. F. Risso, Trust nell'interesse di soggetti deboli e di R. Riccio, L'esperienza di un trust nell'ambito dell'amministrazione di sostegno, presentate, anch'esse, al Congresso del Decennale dell'Associazione "Il trust in Italia" [*supra*]; sempre di R. Riccio v. anche Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno: il cammino del professionista, in questa Rivista, 2009, 676.

(2) P. Grossi, Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno storico del diritto), Riv. stor. dir. it., 2003, 31, segnatamente a p. 42 (dal-
(segue)

■ Primo step: la verifica di liceità dei trust interni autodestinati quale misura negoziale di protezione delle persone prive di autonomia

Cominciamo con il primo step: la verifica di liceità dei trust interni autodestinati quale misura negoziale di protezione delle persone prive di autonomia.

Viene in questione l'apertura del raggio dell'autonomia privata. Le resistenze si collocano, principalmente, sul piano (i) dell'intervento degli organi giudiziari e (ii) della personalità della funzione di amministratore di sostegno, tutore e curatore(3).

L'autonomia privata incontra dei limiti nella salvaguardia della sfera giuridica delle persone prive di autonomia. È un punto fermo, che, però, non può essere portato oltre i propri confini. Infatti: altro è l'area del se, altro l'area del come.

L'area del se – che è, approssimativamente, l'area della validità dei trust interni autodestinati di protezione – ha per oggetto la liceità degli interessi divisati.

L'area del come – che è, approssimativamente, l'area degli effetti dei trust interni autodestinati di protezione – ha per oggetto l'inderogabilità delle regole richiamate dall'art. 15, paragrafo 1, lett. a), della Convenzione de L'Aja(4). L'articolo 15 citato ce lo dice facendo la "O" col bicchiere: il contrasto con le disposizioni inderogabili del foro non colpisce la validità del trust, ma solo il prodursi di singoli effetti(5).

Il passaggio da il trust a i trust e dalle tipologie di trust ai singoli trust può darsi per acquisito. È allora chiaro che, proprio per la flessibilità e duttilità dei trust, la verifica di validità ed efficacia deve essere condotta in concreto. Non in base a preconcette e astratte griglie di valutazione.

Una tipica ipotesi di trust di protezione è stata recentemente presa in esame dal G.T. presso il Tribunale di Bologna con decreto del 23 settembre 2008 e dallo stesso Tribunale, in composizione collegiale, con decreto dell'11 maggio 2009(6). È un caso paradigmatico: si tratta di un trust autodestinato: disponente e beneficiario coincidono, una persona soggetta ad amministrazione di sostegno; scopo del trust è garantire e assicurare che il patrimonio del "beneficiario" della misura di sostegno(7) sia destinato a esclusivo vantaggio del medesimo, al fine di soddisfarne le esigenze di vita, le aspirazioni e le legittime istanze per tutta la durata della sua vita; trustee è una *trust company* esperta del settore, coperta da polizza assicurativa; guardiano un commercialista impegnato nell'area della disabilità; è mantenuta la sorveglianza

e la possibilità di intervento del G.T. sull'"attività del trust", nel caso sia necessario.

La tutela assicurata attraverso questo trust è omogenea all'impianto di cura e di protezione tracciato dagli artt. 404 s. cod. civ.: è evidente(8).

La prassi operativa è ricca di ipotesi consimili. Non stupisce, dunque, che la giurisprudenza sia assestata sulla compatibilità dei trust di protezione con la

Note:

(continua nota 2)

(l'estratto); v. pure, senz'altro, Id., Pagina introduttiva (Storia e cronistoria dei "Quaderni fiorentini"), Quaderni fiorentini, 2001, 1, segnatamente a p. 12. V. anche, per una erudita analisi del nostro specifico tema, A. Bortoluzzi, Incapacità e amministrazione di sostegno, in Id. (cur.), L'amministrazione di sostegno. Applicazioni pratiche e giurisprudenza, Torino, 2005, 1, in particolare a p. 14.

La formula utilizzata negli artt. 404, 405, IV e V comma, 406, II e III comma, 407, II comma, e 408, I comma, cod. civ. avvalorava l'idea abbozzata nel testo: *amplius*, s. v., A. Di Sapia, La cura giuridica della disabilità: dalla cultura della volontà alla costellazione dell'intenzione (Trovare mezzodi alle quindici), in Aa. Vv., L'amministrazione di sostegno. Percorsi, Varese, s. d., ma 2008, 23, in particolare a p. 27 s.

(3) La novella ci consegna uno di statuto di cura giuridica e di protezione della persona priva di autonomia, piuttosto che uno statuto di controllo incatenato su un insieme di divieti e di comandi (più diffusamente, s. v., A. Di Sapia, La cura giuridica della disabilità [*supra*, nota 2], a p. 25) ed è su questa piattaforma che s'intarsiano l'intervento degli organi giudiziari e la personalità della funzione di amministratore di sostegno, tutore e curatore: per un approfondimento di entrambi gli aspetti (sul secondo dei quali torneremo *infra*, (Segue)). Il necessario valore aggiunto dei trust interni di protezione: notazioni a margine di un motto), s. v., A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) [*supra*, nota 1], a p. 371 s. e a p. 480 s.).

(4) L'art. 15, paragrafo 1, lett. a), della Convenzione de L'Aja fa riferimento alle disposizioni inderogabili in materia di protezione di minori e di incapaci. Sono certamente comprese le norme in materia di amministrazione di sostegno: l'*eadem ratio* e la compatibilità e rispondenza dell'interesse tutelato dalle singole disposizioni di legge all'interesse della persona priva di autonomia spezza la crosta di un certo involucro dogmatico che tende, sostanzialmente, a ricollocare il discorso su un piano concettuale della "incapacità": indicazioni bibliografiche in senso conforme in A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) [*supra*, nota 1], a p. 481, nota 37.

(5) Il contrasto con le disposizioni inderogabili del foro deve essere vagliato con riguardo alla *ratio legis*. Non dogmaticamente. Certo, è salva l'applicazione della regola di cui all'art. 1419, I comma, cod. civ.; ma la regola è da coordinare con il *favor* per il trust scolpito dal paragrafo 2 dell'art. 15 della Convenzione de L'Aja: conf., in luogo di molti, M. Lupoi, Trusts, II ed., Milano, 2001, p. 540 s., segnatamente pp. 543 e 544.

(6) Trib. Bologna, 23 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 631 e Trib. Bologna, 11 maggio 2009, *ivi*, 2009, 543.

(7) Sì. Come ho già fatto in altre sedi, anche qui dico "beneficiario" della misura di sostegno mutuando l'espressione dal codice civile (artt. 405, V e VIII comma, 406, I comma, 407, I comma, 408, I e III comma, 409, 410, I e II comma, 411, III e IV comma, 412, I e II comma, e 413, I, II e IV comma). Ma lo dico, appunto, tra virgolette: bisognerebbe provare a stare dall'altra parte!

(8) L'omogeneità, nel caso riferito, può registrarsi anche con riguardo all'utilizzo dell'abitazione scelta personalmente dal beneficiario e all'autonomia del beneficiario nella gestione degli affari di vita quotidiana garantita da somme di denaro e beni mantenuti nella sua personale e diretta responsabilità (*scil.*: disponibilità): art. 409 cod. civ.

tutela delle persone prive di autonomia(9). Questa soluzione deve essere accomodata, *a fortiori*, in tutti i casi in cui è previsto che l'amministratore di sostegno o il tutore assumano la posizione giuridica di guardiano, così disegnandosi una specializzazione nella distribuzione delle funzioni: al trustee la *cura patrimonii*; al guardiano la *cura personae*, oltre ai tipici poteri di direzione e controllo dell'operato del trustee(10).

Nel frasario giurisprudenziale ricorre, spesso, il richiamo all'art. 2645-ter cod. civ., che, notoriamente, prevede la trascrizione degli atti di destinazione per la realizzazione di interessi riferibili a persone con disabilità(11). Sono ipotesi diverse: un conto è il trust, altro conto l'atto di destinazione *ex art. 2645-ter* cod. civ.. Ma le ragioni che sorreggono il secondo ben si attagliano anche al primo, sia o no l'atto di destinazione un frammento di trust.

Le dande offerte dall'art. 2645-ter cod. civ. sono comode, ma, come vedremo tra poco (*infra*, *Segue*). Destinazione e separazione patrimoniale tra causa ed effetto del trust autodesinato: notazioni a margine di un critto tipo), non sono necessarie, almeno per chi voglia accedere a una lettura più moderna e a tutto tondo dell'art. 2740 cod. civ.(12).

Alla compattezza giurisprudenziale fa *pendant* un panorama di dottrina più screziato.

Si è ritenuto che la "sostituzione" di un trustee all'amministratore di sostegno o al tutore nella gestione

Note:

(9) Questi i precedenti noti.

A proposito dell'amministrazione di sostegno, oltre ai due decreti ricordati nel testo (Trib. Bologna, 23 settembre 2008 e Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [*supra*, nota 6]), Trib. Modena, 11 agosto 2005, in questa Rivista, 2006, 581; Trib. Genova, 14 marzo 2006, *ivi*, 2006, 415 (commenti di G. La Torre, Trust e amministratore di sostegno, *ivi*, 2007, 51; A. Venchiarutti, Amministrazione di sostegno e trust, Nuova giur. civ., 2006, I, 1211 e M. C. Di Profio, Trust e tutela dei soggetti deboli: un primo richiamo all'art. 2645 *ter* c.c., Giur. merito, 2006, 3267); Trib. Treviso, 7 febbraio 2007, inedito (lo segnala R. Riccio in L'esperienza di un trust nell'ambito dell'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], a p. 1 e 13, note 2 e 23) e in Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, a p. 677 e 680, nt. 3 e 8 [*supra*, nota 1]; Trib. Rimini, 21 aprile 2009, in questa Rivista, 2009, 409 (l'atto istitutivo si legge *ivi*, 2009, 682); Trib. Genova, 17 giugno 2009, *ivi*, 531.

Nel medesimo solco, a proposito di trust istituiti a beneficio di minori d'età, Trib. Perugia, 16 aprile 2002, in questa Rivista, 2002, 584 (commento di F. Mazza Galanti, Trust con disponente minorenni, in M. Dogliotti - A. Braun (curr.), Il trust nel diritto delle persone e della famiglia, Milano, 2003, p. 201); Trib. Bologna, 3 dicembre 2003, *ivi*, 2004, 254 (l'atto istitutivo si legge *ivi*, 477; commenti di G. De Nova, Trust interni con valore aggiunto e trust elusivi: il caso del trust di cimeli napoleonici, *ivi*, 2006, 174 (trattasi della relazione presentata al III Congresso Nazionale organizzato dalla Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Roma il 21-23 ottobre 2005), M. Dogliotti, Trust e amministrazione dei beni del minore, *ivi*, 2004, 212 e I. Lipparini, Trust, interesse del minore e ruolo del giudice, *ivi*, 534); Trib. Firenze, 8 aprile 2004, *ivi*, 2004, 567; Trib. Grosseto, 15 luglio 2008, Notariato, 2009, 40, con (il relativo ricorso, in uno

alla bozza dell'atto istitutivo e il) commento di S. Bartoli e D. Muritano, Note sul trust interno; Trib. Modena, Sez. Dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008, in questa Rivista, 2009, 177 (commento di L. F. Risso - D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse, *ivi*, 373).

A proposito di trust istituiti a beneficio di interdetti, Trib. Ferrara, 28 febbraio 2006, inedito (ringrazio ancora una volta Daniele Muritano per avermi fornito copia di questo provvedimento, con precisazione che la data indicata si riferisce alla pronuncia e non al deposito in cancelleria, illeggibile); v. pure, con riferimento ad alcune modificazioni dell'atto istitutivo, Trib. Firenze, 7 luglio 2004, in questa Rivista, 2005, 85 (commento di G. La Torre - A. Fusi, Applicazione della legge straniera per la modifica delle clausole di un trust interno in favore di interdetto, *ivi*, 58).

Trust autodesinati erano pure quelli autorizzati da Trib. Bologna, 3 dicembre 2003 [*supra*, in questa nota]; Trib. Modena, 11 agosto 2005 [*supra*, in questa nota]; Trib. Genova, 14 marzo 2006 [*supra*, in questa nota]; Trib. Modena, Sez. Dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008 [*supra*, in questa nota]; Trib. Rimini, 21 aprile 2009 [*supra*, in questa nota]; Trib. Genova, 17 giugno 2009 [*supra*, in questa nota].

(10) In argomento, con differenze, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 5], p. 646; Id., I trust nel diritto civile, in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 335 e, trattando dei negozi di affidamento fiduciario, Id., Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, p. 327 s.; A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi, in questa Rivista, 2003, 192; A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno, *ivi*, 2006, 46, a p. 47; M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto, *ivi*, 354, a p. 364 s. (si legge anche, con titolo parzialmente diverso, in G. Ferrando - L. Lenti (curr.), Soggetti deboli e misure di protezione. Amministrazione di sostegno e interdizione, Torino, 2006, 323); A. C. Di Landro, Trusts per disabili. Prospettive applicative, Dir. fam. pers., 2003, 123, a p. 153 s. e Id., Ipotesi applicative e istituti alternativi nel nuovo sistema di protezione dei disabili, in G. Autorino Stanzione - V. Zambrano (curr.), Amministrazione di sostegno. Commento alla legge 9 gennaio 2004, n. 6, Milano, 2004, 329, a p. 346 s. Si sofferma sui vantaggi di questa ipotesi sotto il profilo della *cura patrimonii*, con particolare riguardo agli obblighi di rendicontazione annuale dell'amministratore di sostegno, R. Riccio, di cui L'esperienza di un trust nell'ambito dell'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], a p. 14 e Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, a p. 680 [*supra*, nota 1].

(11) Tra gli altri, Trib. Genova, 14 marzo 2006 [*supra*, nota 9]; Trib. Bologna, 23 settembre 2008 [*supra*, nota 6]; Trib. Modena, Sez. Dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008 [*supra*, nota 9]; Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [*supra*, nota 6]; Trib. Genova, 17 giugno 2009 [*supra*, nota 9].

(12) Certo: è significativo che sia il progetto di legge n. 5494, d'iniziativa dell'On. Paissan e altri, presentato alla Camera il 4 dicembre 1998, XIII legislatura, sia il progetto di legge n. 2733, d'iniziativa dell'On. Cima e altri, presentato alla Camera il 10 maggio 2002, XIV legislatura, sia il progetto di legge n. 3972, d'iniziativa dell'On. Pepe e altri, presentato alla Camera il 14 maggio 2003, XIV legislatura (consultabili sul sito Internet della Camera dei deputati all'indirizzo <http://www.camera.it> e, i primi due, in L. Santoro, Il trust in Italia, Milano, 2004, p. 515 s. e, *ivi*, p. 329 s. alcuni stralci delle relazioni di accompagnamento) si riferivano alle persone prive di autonomia.

Indubbiamente: il trust è uno strumento che consente una maggiore tutela delle persone prive di autonomia.

Ma è chiaro: uno degli aspetti primari è, anche qui, la segregazione patrimoniale. Ciò che viene in gioco è allora pure la riconsiderazione della portata dell'art. 2740 cod. civ.. Giro subito le mie carte: alla luce della evoluzione normativa cui abbiamo assistito sin dagli anni '70 (e delle interpretazioni e applicazioni datene), l'art. 2740 cod. civ. può essere letto tutto d'un fiato: non più il I comma come regola e il II comma come eccezione, ma come un'unica regola. Per l'approfondimento del tema, s. v., sin d'ora, A. Di Sapio, Patrimoni segregati ed evoluzione normativa: dal fondo patrimoniale all'atto di destinazione *ex art. 2645-ter*, Dir. fam. pers., 2007, 1257, ove ragguagli normativi e indicazioni di dottrina e giurisprudenza. Cfr., però, S. Bartoli - D. Muritano, Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni, in S. Bartoli - M. Graziadei -

(segue)

del patrimonio della persona priva di autonomia – lo dico semplificando – sarebbe consentita a due condizioni: (i) che la separazione patrimoniale costituisca l'effetto e non la causa del trust autodestinato di protezione e (ii) che il trust assicuri un sistema di gestione del patrimonio della persona priva di autonomia più efficace di quello offerto dalla legge italiana(13).

Entrambe le condizioni devono essere approfondite. Procediamo per ordine.

■ (Segue). Destinazione e separazione patrimoniale tra causa ed effetto del trust autodestinato: notazioni a margine di un crittotipo

Prima condizione. Il trust autodestinato sarebbe lecito solo se la separazione patrimoniale si pone sul piano dell'effetto, e non su quello della causa(14).

Il tema è ricco d'implicazioni e non può essere liquidato in poche e fugaci battute(15).

La questione si presta a essere affrontata con approcci differenti. Occorrerebbe mettersi d'accordo, anzitutto, sulle condizioni stipulative del distinguo. Le linee di demarcazione tra causa ed effetto non si tagliano con il coltello.

Proviamo a guardare il tema dal lato della soluzione, e non solo dal lato del problema.

L'approccio più costruttivo è ricercare il crittotipo che si annida nella proposta riferita, verificandone la rispondenza sul piano metodologico e sistematico(16).

L'opzione interpretativa in esame paga dazio alla teoria della fattispecie. L'analisi dogmatica non è l'unica possibile. Il diritto civile conosce anche l'analisi operativa(17). Poi. Poi, si sa. C'è spazio per una

Note:

(continua nota 12)

D. Muritano – L. F. Risso, I trust interni e le loro clausole, E. Q. Bassi - F. Tassinari (curr.), Roma, s. d., ma 2007, 89, segnatamente a p. 167 s.; Id., Le clausole dei trusts interni, Torino, 2008, p. 137 s. e Id., Note sul trust interno [supra, nota 9], a p. 44 (del secondo a. v. pure Trust e soggetti deboli: rapporti con l'amministrazione di sostegno, relazione presentata al Convegno svoltosi in Ancona il 21-22 settembre 2007, consultabile sul sito Internet del notaio Ricciardi all'indirizzo <http://www.notaioricciardi.it>, specialmente a p. 11 s.).

(13) Si registrano anche soluzioni più radicali. Tale mi sembra, per certi versi, la proposta affacciata da S. Bartoli – D. Muritano, Le clausole dei trusts interni [supra, nota 12], p. 129 s. e p. 132 s., per i quali l'amministrazione dei beni della persona priva di autonomia potrebbe essere affidata a una persona diversa dal suo legale rappresentate nei limiti di applicabilità dell'art. 356 cod. civ. Ma cfr., *ex plurimis*, Trib. Bologna, 3 dicembre 2003 [supra, nota 9] e Trib. Firenze, 8 aprile 2004 [supra, nota 9], relativi, come visto, a minori d'età; Trib. Ferrara, 28 febbraio 2006 [supra, nota 9], relativo, come visto, a un interdetto; Trib. Bologna, 23 settem-

bre 2008 [supra, nota 6], Trib. Rimini, 21 aprile 2009 [supra, nota 9] e Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [supra, nota 6], relativi, come visto, a un beneficiario di un'amministrazione di sostegno.

(14) L. F. Risso – D. Parisi, Trust istituito da un minore [supra, nota 9], a p. 374 s. e a p. 377 s. (del primo a. v. anche Trust nell'interesse di soggetti deboli [supra, nota 1]); sostanzialmente nel medesimo ordine d'idee S. Bartoli – D. Muritano, Riflessioni su talune clausole utilizzate nei trusts interni [supra, nota 12], a p. 168 e Id., Le clausole dei trusts interni [supra, nota 12], p. 138; più in generale, e per tutti, U. La Porta, Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale, Napoli, 1994, *passim*, in particolare pp. 6 s., p. 9, nota 6, p. 10, p. 27, p. 38 e p. 87 s.

(15) Sarei stato tentato di sorvolare su questo tema, come d'altronde ho fatto nell'esposizione orale della presente relazione. Ma alcuni amici e colleghi mi hanno domandato di (provare a) mettere le biglie in fila e non posso ulteriormente sottrarmi a questo invito.

(16) Un approccio più radicale mette in forse la stessa fondatività della dicotomia "causa" v "effetto". Già. Nelle scienze e nella filosofia è da qualche centinaio di anni che gli studiosi sono orientati più sulla prevedibilità, che sulla necessità degli effetti rispetto alle cause (per un primo riscontro N. Abbagnano, voce "Causalità", in Id., Dizionario di filosofia, aggiornato da G. Fornero, III ed., Torino, 1998, p. 143). Si registra inoltre un filone di pensiero che contesta lo stesso fondamento del rapporto di causalità (L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus* [1922], § 5.1361, Torino, 1998, trad. it. A. G. Conte, p. 67, scriveva: "[g]li eventi del futuro non possiamo arguirli dagli eventi presenti. / La credenza nel nesso causale è la superstizione" [corsivo nel testo]). All'osso. Questo approccio pone in evidenza un'altra delle tante metafore con cui il giurista accompagna il suo procedere assertivo. Ma non ci porta molto lontano; anzi, corre il rischio di farci arroccare su noi stessi: in argomento, con differenze di settore, prospettiva e metodo, F. Stella, Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale, in C. de Maglie – S. Seminaria (curr.), *Scienza e causalità*, Padova, 2006, I; E. Agazzi, La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale, *ivi*, 39; B. V. Frosini, Il ruolo della statistica nel processo penale e nel processo civile, *ivi*, 55; M. Taruffo, La prova del nesso causale, *ivi*, 77; C. Pizzi, *Eventi e cause. Una prospettiva condizionalista*, Milano, 1997, *passim*, in particolare p. 261 s.; M. Capecci, Il nesso di causalità. Da elemento della fattispecie "fatto illecito" a criterio di limitazione del risarcimento del danno, Padova, 2005, *passim*, specialmente p. 78 s. e p. 239 s.

Le metafore fanno parte integrante del diritto e dei suoi racconti (per il giurista le letture di J. Monod, [1971] *Il caso e la necessità*, Milano, 1997 e di M. Buchanan, *Why God plays dice*, *New Scientist*, 22 ottobre 1998, Avenel, New Jersey, 27, sono letture raffinate, ma, al più, di svago).

Il discorso deve essere montato su cardini diversi (a maggior ragione, se si aspira a un certo disincanto: l'individuazione di una metafora non sempre si emancipa dal racconto che, a sua volta, può creare incanto; d'altronde: aver scoperto che non esiste Babbo Natale, non dice nulla sul perché, in occasione delle festività natalizie, ci si scambi dei doni). Altro è la scoperta di una metafora. Altro il disvelamento di un crittotipo.

(17) Per un ridimensionamento della concettualità tradizionale della "fattispecie", accuratamente sviluppata in Italia dalla scuola di Messina (i riferimenti sono davvero superflui) e per un primo fluido riscontro del rapporto tra analisi dogmatica e analisi operativa, P. G. Monateri, voce "Fattispecie", *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., VIII, Torino, s. d., ma 1992, 223.

Le feritoie aperte dal diritto europeo sono considerevoli. È interessante. Molto interessante. Del necessario oltrepassamento della logica della fattispecie, nel quadro del poliformismo che caratterizza la dimensione postmoderna del contratto, parla ora anche V. Scalisi, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843, in particolare a p. 847 s. Ma, appunto a proposito dell'impatto del diritto comunitario e della sua opera disgregatrice delle concettualità tradizionali, è illuminante di A. Gentili, *Deconcettualizzazione e riconcettualizzazione*, relazione presentata all'ultimo Convegno nazionale della SIDIc su "Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti", svoltosi in Capri il 16-19 aprile 2009, consultabile sul sito Internet di "Sisdic" all'indirizzo <http://www.convegnisisdic.it>.

terza – preferibile – impostazione che stempera la dicotomia *law in the books v law in action* e mantiene significatività al binomio “causa” – “effetto”: in sede ordinante, però(18). Quindi, a posteriori. Non a priori. Il binomio, infatti, deve essere attentamente verificato in sede applicativa: la verifica del nesso di causalità implica una indefettibile analisi di contesto. Il binomio non si presta a un gioco di specchi: dalla responsabilità penale, alla responsabilità civile ai (negozi giuridici, e quindi ai negozi istitutivi dei) trust (o, in apparente alternativa e detto, ancora una volta, con Jean Cocteau, gli specchi dovrebbero riflettere prima di rimandarci le immagini).

Proseguiamo. Andiamo al nocciolo. Proviamo a non accodarci alla tendenza di far precedere le conclusioni al ragionamento (la progressione narrativa ha i suoi perché nel discorso persuasivo; e, per altro, non anestetizza il gusto di chi ascolta o legge). Ora. Senza dubbio possiamo distinguere il profilo della separazione dal profilo della destinazione. Ma il distinguo – lo accennavo prima – è prezioso in sede ordinante. In sede applicativa ha una portata diversa. L'art. 2, paragrafo 2, lett. a) e c), della Convenzione de L'Aja ci offre un dato prezioso: ci dice che la separazione e la destinazione sono delle caratteristiche del trust. Leggiamolo in controluce. Ci dice, sostanzialmente, che queste caratteristiche sono diverse, autonome ed equiordinate e che devono ricorrere entrambe. Non ci dice, invece, che la prima deve costituire l'effetto e la seconda la causa del trust.

Affiora lo stratagemma dell'opzione interpretativa in esame. Il distinguo tra la destinazione (quale causa) e la separazione (quale effetto del trust) è strumentale alla selezione degli interessi divisati. Essi devono essere meritevoli di tutela (artt. 1322, II comma e 2645-ter cod. civ.): questo lo sappiamo, ma occorre capirsi in che senso devono essere meritevoli di tutela.

Non mi soffermerei a lungo sul discorso, un po' ritrito, del rapporto tra il controllo di liceità sui negozi tipici e il controllo di meritevolezza sui negozi atipici, la cui matrice corporativa è stata segnalata da decenni. Si fa presto a dire che il trust deve realizzare interessi meritevoli di tutela, ma è facile accorgersi di quanto questo parametro sia evanescente allorché, poi, si debba darne una definizione concreta. Occorrerebbe, infatti, stabilire gli standard di meritevolezza e chi è deputato a fissarli e a verificarli(19).

Gli interpreti più avveduti lo hanno chiarito da tempo: l'art. 1322, II comma, cod. civ. – e lo stesso può dirsi per l'art. 2645-ter cod. civ. – deve essere coordi-

nato con gli artt. 1343 e 1344 cod. civ. I negozi tipici non sono affatto avvalorati dalla legge allorché perseguano un interesse immeritevole di tutela, così come i negozi atipici non sono affatto avvalorati dalla legge allorché siano contrari a norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Il controllo non cambia. Cambia l'oggetto del controllo: nel primo caso la nullità deriva dalla immeritevolezza del rapporto, nel secondo dalla immeritevolezza dell'interesse concretamente perseguito con un rapporto diverso da quello tipico(20). *Nihil sub sole novi*: lo scopo del trust non dev'essere (volto a perseguire un interesse) contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume.

Ci siamo. La separazione patrimoniale ben può penetrare nello scopo che s'intende perseguire con il trust: in questo non è registrabile alcuna contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume(21). Ciò che non è consentito è che lo scopo s'identifichi con la separazione. Ho già accennato all'art. 2, paragrafo 2, lett. a) e c), della Convenzione de L'Aja: la coincidenza della destinazione con la separazione incontra un limite nella struttura (prima che nella funzione) del trust. Non, invece, nell'art. 2740, I comma, cod. civ.. E anche qui occorre intendersi.

Provo a semplificare. Il discorso corre su due piani differenti: l'uno più ampio, relativo alla questione in generale, l'altro più ristretto, relativo alla nostra questione in particolare. Sia sufficiente qualche trama di canovaccio.

Primo piano: destinazione e separazione patrimoniale in generale.

L'universalità della responsabilità non è una rego-

Note:

(18) Per un levigato recupero della categoria della fattispecie in sede ordinante, senz'altro, R. Sacco, *La parte generale del diritto civile*, I, Il fatto, l'atto, il negozio, in *Trattato di diritto civile* diretto R. Sacco, Torino, 2005, *passim*, in particolare p. 34 s.

(19) Una informata e acuta impostazione della tematica è proposta da A. Gentili, *Le destinazioni patrimoniali atipiche. Egesi dell'art. 2645-ter c.c.*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 1134, in particolare a p. 1137.

(20) R. Sacco, *Altri elementi della fattispecie*, in *Trattato di diritto civile* diretto R. Sacco [*supra*, nota 18] e G. De Nova, *Il contratto*, vol. 3, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2004, tomo primo, 831, segnatamente a p. 848 s.

(21) Anzi: questo è ciò che avviene in tutte le ipotesi di patrimoni di destinazione. Per rimanere a un classico di diritto interno non è registrabile un solo caso in cui la destinazione a far fronte ai bisogni della famiglia non sia fissata dai coniugi o dal terzo in considerazione (diciamo così) anche del filtro posto dall'art. 170 cod. civ. alla esecuzione sui beni e sui frutti “del” fondo patrimoniale. Nessuno mai ha dubitato della meritevolezza degli interessi così perseguiti. Le difficoltà che pongono i trust è che gli interessi non sono predeterminati.

la di cristallo infrangibile. Non basta dire che l'art. 2740 cod. civ. è una norma imperativa. Tale disposizione è neutra: non è, di per sé, autosufficiente per risolvere i problemi relativi all'oggetto della responsabilità. Siamo in presenza di una sineddoche: l'art. 2740, I comma, cod. civ. ci parla di beni presenti e futuri, ma il debitore risponde anche con i beni dei quali abbia disposto anteriormente al sorgere del debito (e, quindi, in questo senso, con i suoi beni passati), ricorrendo le condizioni di cui all'art. 2901, I comma, n. 1), cod. civ.. Gli studiosi più attenti lo hanno osservato limpidamente oltre cinquant'anni fa: la responsabilità patrimoniale è pienamente compatibile con una delimitazione massima o minima: qualitativa, quantitativa e cronologica(22).

C'è di più. Molto di più. Accanto all'interesse del creditore, c'è, infatti, l'interesse del debitore. Entrambi gli interessi godono di uguale proporzionata tutela. Certo, occorre far debito posto a tutte le varianti e a tutti i limiti del caso. Epperò – lo sto dicendo sempre semplificando, ma senza scorciatoie – il debitore potrebbe pur sempre liberamente disporre dei propri beni a favore di terzi od offrirli in garanzia: non si comprende perché non potrebbe segregarli. Il bandolo della matassa è qui. Se allarghiamo il compasso verificando l'evoluzione normativa dei patrimoni segregati negli ultimi trent'anni, possiamo agevolmente constatare che, come ho tentato di dimostrare in altra sede, l'art. 2740 cod. civ. è, oggi, una tessera di un più ampio mosaico caratterizzato dalla possibilità di parcellizzare il patrimonio diversificando gli *asset* che lo compongono. L'ago della bussola si è spostato dalla universalità alla (possibilità di) specializzazione della responsabilità patrimoniale. L'universalità della responsabilità patrimoniale da regola generale è diventata regola residuale.

Leaving the veil, è lo stesso piano metodologico e sistematico della proposta in esame che si dimostra allora fragile. Il capitolo dei patrimoni di destinazione si presta, infatti, a essere meglio focalizzato non tanto sulla titolarità e imputabilità, quanto sulla responsabilità. Muta lo scenario: siamo al passaggio da un registro a soggetto a un registro a oggetto e, così, dal piano del chi risponde per cosa al piano del cosa risponde per cosa(23). L'immeritevolezza di tutela fulmina l'irresponsabilità del debitore; non la possibile perimetrazione della sua responsabilità(24). Ed è in questo senso, ma solo in questo senso, che l'art. 2740 cod. civ. viene in questione quale norma imperativa ai fini del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti con l'istituzione di un trust.

Note:

(22) *In terminis*, R. Sacco, Il potere di procedere in via surrogatoria. Parte generale, Torino, 1955, p. 89 s. Nella medesima traiettoria P. G. Jaeger, La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento, Milano, 1968, p. 365 e, *proxime*, M. Graziadei, voce "Trusts nel diritto anglo-americano", Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., XVI, Torino, s.d., ma 1999, 256, segnatamente a p. 265.

(23) Più approfonditamente, s. v., A. Di Sapia, Patrimoni segregati ed evoluzione normativa [*supra*, nota 12], *passim*, in particolare a pp. 1260, 1261 s., 1265 s., 1269 s., 1271 s., 1277 s., 1286 s. e 1302 s. Sui presupposti di questa prospettiva, senz'altro, F. Ferro-Luzzi, Dei creditori dei patrimoni destinati ad uno specifico affare, Riv. dir. comm., 2003, I, 107; v. pure le incisive osservazioni di A. Gentili, Le destinazioni patrimoniali atipiche [*supra*, nota 19], a p. 1134 s. Ma cfr. A. Falzea, Introduzione e considerazioni conclusive [alla giornata di studio organizzata dal Consiglio Nazionale del Notariato, Roma - Palazzo Santacroce, 19 giugno 2003], in Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003, 23, in particolare a p. 28 s. e segnatamente a p. 31, e R. Lenzi, I patrimoni destinati: costituzione e dinamica dell'affare, Riv. not., 2003, 543, segnatamente a p. 545.

(24) La responsabilità patrimoniale riguarda non l'adempimento, ma l'inadempimento. È sul creditore che grava l'onere di avvalersi dei mezzi di tutela, anche preventiva, apprestati dall'ordinamento per la realizzazione del proprio interesse. La disciplina dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, ma non solo questa, offre robusti supporti in questa direzione: artt. 2900, 2901 e 2905 cod. civ. Essa fissa il punto di equilibrio tra l'interesse del debitore e quello dei creditori.

In particolare, nel caso in cui il trust autodesinato rechi pregiudizio alle ragioni dei creditori, questi possono esperire l'azione revocatoria: da ultimo, a proposito di un trust familiare, Trib. Cassino, 1° aprile 2009, in Fam. dir., 2009, 925, con commento di E. Ravot. L'azione revocatoria tutela il creditore precedente nei confronti del debitore convenuto. Ma lo tutela anche – e questo è un aspetto di fondamentale importanza – nei confronti degli altri creditori non ugualmente diligenti nella salvaguardia dei propri interessi.

Come accennato nel testo, tutt'altro paio di maniche è se il trust è diretto alla irresponsabilità del debitore, piuttosto che alla perimetrazione della sua responsabilità. È chiaro. Qui non solo la destinazione s'identifica con la separazione in contrasto con lo schema di cui all'art. 2, paragrafo 2, lett. a) e c), della Convenzione de L'Aja. Qui è lo stesso interesse diviso a non essere meritevole di tutela. Qui è la stessa responsabilità del debitore che verrebbe esclusa. Altro è il se, altro il come della responsabilità. Il principio di responsabilità non è in discussione; in discussione sono le sue regole, appunto il "come". Non è in questione la "morte della responsabilità" (L. M. LoPucki, The Death of Liability, Yale L. J., 106 (1996), 1). È in questione dell'altro: la possibile perimetrazione della responsabilità del debitore, appunto.

In questa cornice, è condivisibile Trib. Milano, 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533, che ha dichiarato nullo un trust istituito da una società con finalità di eludere le pretese dei creditori. Andiamo al di là dalla massima. Scandagliamo la motivazione. Si scoprono diversi altari. La società era in evidente stato di insolvenza con impossibilità di remunerare le passività attraverso i mezzi normali di pagamento: anteriormente alla istituzione del trust erano stati notificati alla società diversi decreti ingiuntivi, di cui uno di rilevante importo. Lo scopo non era quello indicato nell'atto istitutivo (perseguire l'interesse dei creditori), ma quello, esattamente opposto, di occultare il patrimonio sociale in loro danno (la carrellata di anomalie è in evidenza nel testo della sentenza). Bene ha fatto, dunque, il collegio meneghino a negare la meritevolezza dell'interesse perseguito diretto a eludere le norme imperative poste a presidio della liquidazione concorsuale in violazione degli artt. 13 e 15, lett. e), della Convenzione de L'Aja. Ma questo, come detto, non ha nulla a che spartire con il nostro tema. E lo stesso vale e, a maggior ragione, per tutti i casi di sconfinamento in ipotesi penalmente rilevanti (amplius, s. v., A. Di Sapia, Patrimoni segregati ed evoluzione normativa [*supra*, nota 12], a p. 1285, testo e note 69 e 70). *En passant*: le sale della galleria degli orrori sono di numero sicuramente superiore a quelle del Louvre: se ne è fatto eccellente cicerone M. Lupoi, Viaggio nella prassi professionale fra virtuosismi, errori, fatti e misfatti, in questa Rivista, 2009, 133.

Secondo piano: destinazione e separazione patrimoniale con particolare riguardo ai trust di protezione delle persone prive di autonomia.

Sotto questo piano si ha l'impressione di trovarci dinanzi a un falso problema⁽²⁵⁾. Per convincersene basta tirare le fila delle riflessioni sin qui maturate.

L'abbiamo visto: la verifica del nesso di causalità implica una indefettibile analisi di contesto. La cura e la protezione delle persone in tutto o in parte prive di autonomia ha assunto ben altra curvatura a seguito della legge 9 gennaio 2004, n. 6. La cura dell'altro è un valore giuridicamente protetto, prima che un principio e prima che un insieme di regole: la bussola degli artt. 3, I e II comma, e 32 Cost. punta anche in questa direzione.

Ancora. L'art. 2645-ter cod. civ. consente espressamente gli atti di destinazione diretti alla cura e alla protezione di persone con disabilità⁽²⁶⁾. La cura e la protezione di persone con disabilità risponde, di per sé, a un interesse meritevole di tutela. È una soluzione che, come abbiamo ora visto, ha riscontro nel sistema. Il suggello positivo di cui all'art. 2645-ter cod. civ. ce ne dà solo una conferma in bella vista. Ecco una ragione in più per ritenere che, per quanto ci riguarda da vicino, le dande offerte dall'art. 2645-ter cod. civ. sono comode, ma non necessarie.

Un esempio può forse meglio chiarire le idee che sto cercando di esporre. La prassi è generosa di spunti di riflessione. Prendiamo il caso di un trust istituito per garantire e assicurare che il patrimonio di una persona minore di età sia destinato a esclusivo beneficio della medesima per far fronte a ogni sua esigenza personale e patrimoniale fino al trentesimo anno della stessa, con facoltà di chiedere la cessazione anticipata una volta divenuta maggiorenne e capace ai sensi dell'art. 43 della Trust Jersey Law⁽²⁷⁾. Ecco. Questo è un trust di protezione chiaramente autodestinato, ma non per questo contrario ad alcuna norma imperativa. È un trust che ha per scopo la cura e la protezione di quella persona minore di età, uno scopo che, per quanto stilisticamente perfettibile nelle formule concretamente utilizzate, è, senza dubbio, uno scopo meritevole di tutela. Infatti. Anche volendo accedere, *in thesi*, alla proposta per cui sarebbe necessaria una valutazione comparativa tra classi d'interessi⁽²⁸⁾, l'interesse che s'intende realizzare con questo specifico trust non trova ostacolo nell'interesse dei creditori a potersi soddisfare su tutti i beni presenti e futuri del debitore (art. 2740, I comma, cod. civ.). La limitazione della responsabilità

(art. 2740, II comma, cod. civ.), nell'ipotesi in esame, è espressamente contemplata dall'art. 2645-ter cod. civ.. Ed è questo, notoriamente, uno dei pochi punti fermi sul tema: l'interesse dei disabili giustifica, testualmente, la limitazione della responsabilità patrimoniale⁽²⁹⁾. Le ragioni che sorreggono l'art. 2645-ter cod. civ. – anche questo lo abbiamo già visto – ben si attagliano ai trust.

Il discorso non cambia spostandoci dal lembo funzionale a quello strutturale. La cerniera si chiude ugualmente. Qui non può essere neppure sfiorato il tema se, ai sensi dell'art. 2645-ter cod. civ., sia necessaria una diversità soggettiva (anche solo parziale) tra disponente e beneficiario (la previsione di beneficiari ulteriori ci farebbe peraltro uscire dall'*impasse*). Ma

Note:

(25) Sembraerebbero intuirlo S. Bartoli – D. Muritano, *Le clausole dei trusts interni* [supra, nota 12], p. 138 e Id., *Note sul trust interno* [supra, nota 9], a p. 44.

(26) L'art. 2645-ter cod. civ. fa riferimento alla disabilità. La legge 9 gennaio 2004, n. 6 alla mancanza, in tutto o in parte, di autonomia. Sembraerebbero prendere in esame aree non del tutto coincidenti. L'egemonia dei testi legislativi arieggia uno spirito di altri tempi. Si lascia preferire una interpretazione meno didascalica che colga, anche qui, quella tendenza a rifuggire da ogni possibile etichetta. Il ventaglio nomenclativo è più ampio ancora: si è già passati dalla locuzione "handicappati", a "disabili", a "diversamente abili".

(27) Era il caso su cui si è pronunciato (favorevolmente) Trib. Modena, Sez. Dist. Sassuolo, 11 dicembre 2008 [supra, nota 9]. Ma bene hanno rilevato L. F. Rizzo – D. Parisi, *Trust istituito da un minore* [supra, nota 9], a p. 374 s., testo e nota 31: è dubbio che questo caso, al pari di altri casi simili, dia vita a una segregazione piena del patrimonio, come si legge nella motivazione del decreto: i creditori della minore, pur non potendo agire in surrogatoria per aggredire immediatamente i beni in trust, in quanto la legge regolatrice scelta, coerentemente con il modello inglese e internazionale, non consente di chiedere la cessazione anticipata del trust da parte di beneficiari incapaci, possono comunque aggredire immediatamente la posizione beneficiaria *vested* vantata dalla minore stessa ed esercitare l'azione surrogatoria al compimento della maggiore età; a proposito di tale ultimo argomento v. pure S. Bartoli – D. Muritano, *Note sul trust interno* [supra, nota 9], a p. 44.

(28) M. Nuzzo, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*. L'art. 2645-ter del codice civile, raccolta degli atti della Tavola Rotonda organizzata da M. Bianca e svoltasi in Roma, presso la Facoltà di scienze statistiche dell'Università "La Sapienza", il 17 marzo 2006, Milano, 2007, 59, in particolare a p. 67 s. e Id., *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio, relazione presentata al Convegno organizzato dal Consiglio Notarile di Milano svoltosi in Milano il 19 giugno 2006*, consultabile sul sito Internet della Scuola del Notariato all'indirizzo <http://www.scuoladinatoriatodellalombardia.org>, in particolare a p. 5.

(29) Lo ammette, senza titubanze, anche M. Nuzzo, del quale *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela* [supra, nota 28], a p. 68 e Id., *Atto di destinazione, interessi meritevoli di tutela e responsabilità del notaio* [supra, nota 28], a p. 5. Lo ammette, altresì, P. Spada, *Conclusioni alla Tavola Rotonda*, in M. Bianca (cur.), *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione* [supra, nota 28], 201, in particolare a p. 203, battendo il sentiero di una lettura severa ed eticamente rigorosa dell'art. 2645-ter cod. civ. aperta all'autonomia privata della solidarietà, ma chiusa all'autonomia privata dell'opportunità.

un punto dev'essere chiarito. La cura e la protezione delle persone prive di autonomia non è un interesse ancillare alla persona che intende realizzarlo. La cura e la protezione delle persone prive di autonomia, come detto, è un interesse in sé meritevole di tutela: sia esso realizzato da un terzo sia esso realizzato dallo stesso beneficiario. Le sue differenti declinazioni, in termini di solidarietà o di autoresponsabilità, non ne modificano la radice, che ha tutela di rango costituzionale. La diversa interpretazione rischia di presentare, così, qualche vizio di irragionevolezza. Rischia anche, probabilmente, di infrangersi contro il principio di economicità degli atti giuridici: a fare i conti della serva, lo stesso risultato potrebbe, infatti, essere raggiunto – o almeno: non è dimostrato che non possa essere raggiunto – attraverso un atto con cui il disabile trasferisca al terzo la proprietà di alcuni beni, affinché quest'ultimo, a sua volta, li destini alla cura e alla protezione del primo.

E pertanto: il trust autodestinato di protezione in esame, almeno sotto questi profili, deve ritenersi pienamente meritevole di tutela. Esso non viola alcuna norma imperativa⁽³⁰⁾.

Conclusione: nella cornice qui suggerita, il distinguo tra causa ed effetto non solo comincia a scricchiolare, ma si stempera di centralità.

■ (Segue). Il necessario valore aggiunto dei trust interni di protezione: notazioni a margine di un motto

Superata questa prima resistenza, occorre affrontare la seconda.

Molti di voi ricorderanno il motto di questa Associazione che Giorgio De Nova ha proposto, con efficacia, nel 2005, in occasione del III Congresso Nazionale: “sì ai trust interni con valore aggiunto, no ai trust elusivi”. Ovvero: sì ai trust che consentono di ottenere risultati cui non possono pervenire i negozi interni già noti, no ai trust che siano elusivi di principi inderogabili del diritto interno⁽³¹⁾. Bene. Facendo vendemmia di questo motto, si potrebbe ritenere che i trust di protezione devono assicurare un sistema di gestione del patrimonio della persona priva di autonomia più efficace di quello offerto dalla legge italiana.

Mi pare che proprio il nostro tema offra spunti preziosi per una più ampia riconsiderazione di questo criterio selettivo.

Proviamo a dissodare il campo. Scendiamo in

profondità. Guardiamo bene agli interessi in gioco. C'è linfa.

Il trust interno e le misure legali sono mezzi giuridici. Mezzi differenti. Il fine è il medesimo. Anzi, il fine deve essere il medesimo: la cura e la protezione del beneficiario.

Batte in breccia un diverso paradigma di riferimento: non più le singole regole legali di protezione, ma la tutela che esse accordando e garantiscono. Ripeto: le regole legali sono il mezzo; è il fine ciò che interessa: appunto, la cura e la protezione del beneficiario. Ecco allora che il trust, almeno sotto il profilo della *cura patrimonii*, potrebbe delineare un assetto di protezione anche diverso da quello legale⁽³²⁾.

Note:

(30) Ne dubitano, invece, L. F. Risso – D. Parisi, Trust istituito da un minore [*supra*, nota 9], a p. 374 s. (del primo a. v. anche Trust nell'interesse di soggetti deboli [*supra*, nota 1]).

(31) G. De Nova, Trust interni con valore aggiunto e trust elusivi [*supra*, nota 9], a p. 174.

(32) Discorso diverso è se la medesima soluzione possa essere accolta con riguardo alla *cura personae*: cfr., per tutti, con differenze, M. Lupoi, di cui, Trusts [*supra*, nota 5], p. 644 s. e, più recentemente, Id., L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, p. 307 s.; A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi, in questa Rivista, 2003, 192, a p. 192 s. e a p. 195 (si legge anche in M. Paradiso [cur.], I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara, tenutosi a Catania il 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, 87); A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli [*supra*, nota 10], a p. 47 e, con posizione meno sfumata, Id., Amministrazione di sostegno e trust [*supra*, nota 9], a p. 1212 s.; F. Eramo, L'amministrazione di sostegno, Dir. fam. pers., 2004, 534, a p. 541.

Non mi riferisco ovviamente alla destinazione, conservazione e utilizzo della casa di abitazione (magari adibita o già adibita a residenza familiare) e dei beni mobili che la corredano, facendo fronte alle relative spese di ordinaria e straordinaria amministrazione. Né mi riferisco all'eventuale mantenimento e assistenza materiale del beneficiario. E, ancora, neppure mi riferisco all'impiego dei redditi per un programma terapeutico di recupero dell'autonomia della persona e per la relativa assistenza medica e per le spese mediche-chirurgiche, infermieristiche e/o di assistenza domiciliare. Questi atti, per quanto trasversali, non sono in discussione; anzi, offrono un'ulteriore conferma delle ampie aree di permeabilità reciproca della *cura patrimonii* e della *cura personae*, su cui, s. v., A. Di Sapia, A proposito di tre ordinanze della Corte Costituzionale e dei rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione, nota a Corte cost., 19 gennaio 2007, n. 4, 19 aprile 2007, n. 128 e 17 luglio 2007, n. 292, Dir. fam. pers., 2008, 9, a pp. 43 e 44 s.

Mi riferisco, invece, agli atti che riguardano direttamente gli interessi essenziali della persona. Un esempio: la scelta di un programma terapeutico o il consenso informato relativo ai trattamenti sanitari. Per tali ipotesi adombra un'apertura “necessaria” delle misure legali di protezione M. Monegat, Trust e soggetti deboli, in M. Monegat – G. Lepore – I. Valas (curr.), Trust, I, Aspetti sostanziali e applicazioni nel diritto di famiglia e delle persone, Torino, 2007, 333, a p. 341, nota 11. In effetti l'impianto della Convenzione de L'Aja è incardinato sull'amministrazione e gestione di beni (di *biens du trust* e di *trust assets* ci parla il testo ufficiale della Convenzione: art. 2, paragrafo 2, lett. b)). Questo dato non è tuttavia sufficiente per chiudere la questione. Gli interpreti e gli operatori suggeriscono, infatti, una “specializzazione” nella distribuzione delle funzioni, su cui ci siamo già intrattenuti [*supra*, Primo step: la verifica di liceità dei trust interni autodestinati quale misura negoziale di protezione delle per-

(segue)

Detto senza ghirlande verbali: un assetto negoziale autonomo rispetto a quello legale.

Ergo: il motto proposto da Giorgio De Nova si presta a essere affinato come segue. I trust, complessivamente valutati, per essere leciti, non devono necessariamente consentire di ottenere risultati (e quindi di raggiungere un fine) cui non possono pervenire i mezzi giuridici interni. Non è necessario che delineino un sistema di gestione più adeguato ed efficiente rispetto a quello legale. E neppure un sistema di gestione non meno adeguato ed efficiente rispetto a quello legale. È, invece, necessario che, per rimanere alle ipotesi che ci toccano da vicino, il singolo trust assicuri la cura e la protezione del beneficiario privo di autonomia attraverso un sistema di gestione patrimoniale in sé adeguato ed efficiente del suo interesse, attraverso un sistema proporzionale alle esigenze del medesimo. Si muova o no tale sistema di gestione sui binari delle misure legali di protezione. La cartina di tornasole in sede di verifica della liceità dei trust di protezione è proprio questa, anche se gli interpreti preferiscono, talvolta, acclimatarsi su un piano formale.

Provo a portare un esempio che spero dia, anch'esso, la percezione di ciò che intendo dire. L'abbiamo visto: una delle maggiori resistenze in punto di verifica della validità dei singoli trust di protezione si colloca sul piano della personalità della funzione di amministratore di sostegno, tutore e curatore.

Ebbene, secondo alcuni interpreti, la regola di personalità nell'amministrazione legale non sarebbe interessata. Con l'atto di trasferimento al trustee, il disponente si spoglia definitivamente dei beni: la gestione dei beni facenti parte del *trust fund* sarebbe di competenza del trustee quale titolare della proprietà (ancorché equitativa). Non si avrebbe, pertanto, alcuna sostituzione nell'amministrazione. Questa considerazione è però fragile. Sul piano sostanziale, il beneficiario acquisisce pur sempre una posizione giuridicamente tutelata nei confronti del trustee.

Le case del nostro scacchiere presentano, in realtà, sia dei profili proprietari sia dei profili gestori. E, come mi piace pensare, è più difficile consegnarsi nelle mani dell'"ostaggio" che in quelle del "nemico"⁽³³⁾.

Allora. Vero sì che – come ha realisticamente notato anche il G.T. presso il Tribunale di Bologna nel decreto del 23 settembre 2008⁽³⁴⁾ – con il trust si predetermina, in maniera vincolante sia per l'amministratore di sostegno sia per il G.T., lo scopo cui dovrà essere destinato il patrimonio della persona priva di autonomia. Vero, però, anche – ed ecco la cartina

di tornasole! – che questa predeterminazione è soggetta al vaglio del giudice, il quale, appunto in sede di autorizzazione dell'atto istitutivo del trust, ne verificherà l'adeguatezza e l'efficacia. E, così, la concreta ed effettiva proporzionalità rispetto agli interessi della persona priva di autonomia.

In definitiva, i trust interni di protezione autodestinati possono ritenersi pienamente leciti allorché assicurino un sistema di gestione patrimoniale adeguato ed efficace dell'interesse del beneficiario privo di autonomia, un sistema proporzionato alle sue esigenze.

Abbiamo guadagnato un primo approdo: i trust di protezione si ritagliano una propria autonoma funzione tra le misure di protezione.

■ Secondo step: il raffronto, in termini di efficacia, dei trust rispetto alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia

Siamo al secondo step: il raffronto, in termini di efficacia, dei trust rispetto alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia.

Con la legge 9 gennaio 2004, n. 6 si è avuta una radicale trasformazione dell'impianto di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

Note:

(continua nota 32)

sone prive di autonomia, testo e nota 10]. Ora, dire che è il guardiano, e non il trustee, che si occuperà della *cura personae* è probabilmente un luogo di sintesi delle conclusioni di un diverso discorso, spesso più evocato che sviluppato. Un discorso che coinvolge i rapporti tra autonomia privata e diritti della personalità, su cui il dibattito, notoriamente, è andato ben oltre le lande giuridiche. Ed è su questo piano che deve allora essere verificato se e in che misura il trust, attraverso la figura del guardiano o in altro modo, possa essere uno strumento giuridico diretto, e non solo indiretto, della *cura personae*.

(33) Dico "ostaggio" e "nemico" e penso all'interprete e all'operatore del diritto in rapporto con il proprio metodo (e, così, in una certa misura, con "sé" e non solo con l'"altro da sé"). I comparatisti lo hanno svelato da tempo. Per l'interprete e per l'operatore è più difficile liberarsi da un crittotipo che non da una regola di cui abbia piena consapevolezza. La soggezione ai crittotipi costituisce la "mentalità" del giurista di un determinato paese. Proprio la differenza di "mentalità" e le asimmetrie tra i bagagli che dominano in ambienti diversi rappresentano il principale ostacolo (o forse "solo": uno dei principali ostacoli) a una felice mutua comprensione tra giuristi di provenienza territoriale diversa e a esso si può ovviare, appunto, con l'esercizio della comparazione, a livello sistemologico e istituzionale: R. Sacco, del quale, nell'ampia produzione, Id., voce "Crittotipo", Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., V, Torino, s. d., ma 1989, 39, in particolare a p. 40 e R. Sacco - A. Gambaro, Sistemi giuridici comparati, vol. 2, in Trattato di diritto comparato diretto da R. Sacco, Torino, 2002, 7 s.

(34) *Supra*, Primo step: la verifica di liceità dei trust interni autodestinati quale misura negoziale di protezione delle persone prive di autonomia, testo e nota 6.

La ritessitura dell'ordito codicistico è stata condotta con la finalità – enunciata nell'art. 1 della novella, ma poi, come per un gusto delle sineddoche, non penetrata nel testo codicistico, dicevo con la finalità – di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente.

Si tratta di una finalità che riguarda tutti e tre gli istituti di protezione. Di una finalità, dunque, che può essere letta in chiave prospettica: la novella, oltre a introdurre l'amministrazione di sostegno, ha modificato la struttura dell'interdizione e dell'inabilitazione, rendendo anche questi ultimi in qualche misura elastici (o, se si preferisce, meno rigidi) in considerazione delle concrete esigenze del caso di specie, a tal punto che, come mi piace pensare, gli istituti legali di protezione possono essere intesi come vasi comunicanti(35).

La novella del 2004 ci consegna, però, anche delle misure legali di protezione che presentano delle criticità. Il confronto con il trust si apre qui, proprio qui.

I punti più insistiti sono essenzialmente due.

Primo punto: il trust è uno strumento maggiormente plasmabile rispetto alle misure legali di protezione. Uno strumento effettivamente personalizzato rispetto al beneficiario. Uno strumento – per dirla con le stesse parole della relazione di accompagnamento del più recente progetto di riforma delle misure legali di protezione(36) – effettivamente cucitogli intorno come un “vestito su misura”: il trust, non le misure legali di protezione.

Il trust, in effetti, può essere non solo uno strumento di pianificazione a fini protettivi e conservativi(37), ma, grazie alla sua dinamicità e versatilità, può essere anche un penetrante strumento di promozione del pieno sviluppo della personalità del beneficiario(38) e di programmazione degli assetti economico-familiari(39).

Secondo punto: la responsabilità del trustee è diversa, molto diversa dalla responsabilità dell'amministratore di sostegno e del tutore (artt. 382, 383, 384 e 411, I comma, cod. civ.). Questo è chiaramente un profilo di grande significatività in termini di raffronto della differente adeguatezza ed efficacia delle misure di protezione. Un aspetto che può essere decisivo.

Non è questa la sede per affrontare il tema del diverso grado e titolo della responsabilità del trustee

rispetto alla responsabilità dell'amministratore di sostegno e del tutore(40). Basti un abbozzo. Il trustee risponde non per il risarcimento del danno, ma per le perdite cagionate al fondo (nel duplice senso di riduzione e di mancato incremento del fondo). Per il ristoro possono agire in giudizio tutti i beneficiari, inclusi quelli ulteriori rispetto alla persona priva di autonomia. Rimangono, infine, ferme le regole generali di condotta del trustee in termini di rendimento, lealtà e imparzialità: la loro violazione, in taluni casi, oltrepassa il piano obbligatorio e può condurre all'annullamento o alla dichiarazione d'ineffi-

Note:

(35) Per l'approfondimento, s.v., A. Di Sapia, A proposito di tre ordinanze della Corte Costituzionale [*supra*, nota 32], a p. 28 s. e a p. 36 s. e Id., La cura giuridica della disabilità [*supra*, nota 2], a p. 37 s. ove riferimenti bibliografici.

(36) Alludo, ovviamente, alla bozza Cendon 2007: consultabile in Dir. fam. pers., 2007, 1005, ove anche la relazione di accompagnamento, in particolare a p. 1026.

(37) Deve essere comunque riconosciuto che con la legge 9 gennaio 2004, n. 6 si è aperta una faglia in tema di amministrazione del patrimonio delle persone prive di autonomia che suggerisce un ripensamento delle (idee sin qui maturate sulle) tipiche finalità conservative delle amministrazioni legali, su cui, per tutti, F. Corsi, Il concetto di amministrazione nel diritto privato, Milano, 1974, *passim*, specialmente p. 151 s.; A. Trabucchi, voce “Amministrazione (atti di)”, Noviss. dig., I^a, Torino, s. d., ma 1957, 544, specialmente a p. 547; A. Jannuzzi – P. Lorefice, Manuale della volontaria giurisdizione, XI ed., Milano, 2006, p. 315 s.; ma cfr. le ampie e interessanti riflessioni proposte, in tema di continuazione dell'esercizio dell'impresa commerciale, da V. Colussi, Capacità e impresa, I, L'impresa individuale, Padova, 1974, p. 62 s. La conservazione del patrimonio può così essere riletta da una latitudine più dinamica (o, se si preferisce, meno statica) e v. *amplius*, s. v. A. Di Sapia – A. Gianola, Di una “donazione” del tutore dell'interdetto, nota a Trib. Caltagirone, 10 luglio 2008, Dir. fam. pers., 2009, 675, segnatamente a p. 686.

(38) Il trust può essere, dunque, un effettivo strumento sia di protezione sia di promozione della personalità del beneficiario. Sulla promozione della personalità del beneficiario di un'amministrazione di sostegno (che costituisce, o, almeno, dovrebbe costituire l'altra base del prisma della nuova misura legale) v. anche F. Anelli, Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia (ora con aggiornamenti e modifiche), Jus, 2005, 163, a p. 169.

(39) La programmazione degli assetti economico-familiari era al centro della scena del caso preso in esame da Trib. Caltagirone, 10 luglio 2008, Dir. fam. pers., 2009, 673; v. pure Trib. Genova, 17 giugno 2009 [*supra*, nota 9].

Per un primo inquadramento dei trust familiari, sì gratuiti, ma non liberali, v., s. v., A. Di Sapia – A. Gianola, Di una “donazione” del tutore dell'interdetto [*supra*, nota 37], a pp. 677 s. e 684 s. e A. Di Sapia, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) [*supra*, nota 1], a p. 491 s., testo e note 75 e 77, ove riferimenti, cui *adde* A. C. Di Landro, della quale, ora, con varianti, Id., La protezione dei soggetti deboli [*supra*, nota 1], in particolare a p. 501 e R. Riccio, L'esperienza di un trust nell'ambito dell'amministrazione di sostegno [*supra*, nota 1], a p. 15 s.; in giurisprudenza, Trib. Rimini, 21 aprile 2009 [*supra*, nota 9].

(40) Sul confronto del diverso grado e titolo della responsabilità del trustee rispetto a quella dell'amministratore di sostegno si sofferma, con ricchezza di argomenti, M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust [*supra*, nota 10], a p. 360 e a p. 364 s.

cacia dell'atto di disposizione compiuto dal trustee(41).

Un discorso imparentato con il precedente è quello relativo alle (considerevoli) diversità tra la "copertura" assicurativa del trustee e la cauzione eventualmente imposta dal giudice all'amministratore di sostegno e al tutore (artt. 381, 411, I comma e 424, I comma, cod. civ.).

Si apre così il ventaglio della fruibilità dei trust come strumento sia complementare sia alternativo alle misure legali di protezione.

Complementarità e alternatività sono, naturalmente, ipotesi differenti, che proverò ora a tratteggiare.

■ I trust quale misura negoziale complementare alle misure legali di protezione

La complementarità del trust rispetto alle misure legali di protezione offre una tutela articolata delle persone prive in tutto o in parte di autonomia.

L'istituzione di un trust ben può essere autorizzata contestualmente all'apertura della misura legale di protezione(42). Di più: il trust potrebbe essere istituito anche *invito iudicis*(43).

Il trust, proprio sotto questo aspetto, potrebbe presentare un valore aggiunto nella scelta giudiziale della misura legale di protezione. Infatti. L'indirizzo prevalente – a cui si è allineata la giurisprudenza di legittimità – appunta il distinguo tra amministrazione di sostegno e interdizione su un criterio funzionale in senso prevalentemente patrimonialistico. L'adeguatezza della misura di protezione andrebbe principalmente parametrata alla entità e alla struttura del patrimonio della persona. Se occorre provvedere a una gestione semplice sarebbe sufficiente un'amministrazione di sostegno. Se occorre provvedere a una gestione articolata e complessa dovrebbe aprirsi l'interdizione(44). Ecco. Se si affianca un trust di protezione a un'amministrazione di sostegno viene meno, in concreto, la ragione principe per cui, in questa chiave di lettura, dovrebbe aprirsi l'interdizione: l'attività di gestione – come ci dicono i giudici di cassazione, una gestione di una certa complessità e da svolgere in una molteplicità di direzioni – sarebbe, infatti, svolta dal trustee sgravando l'amministratore di sostegno da quelle incombenze. Voilà: per questa via, il trust potrebbe residualizzare la residualità dell'interdizione(45).

C'è di più. Il trust può dimostrare la sua efficacia anche sul piano dei rapporti tra la tutela del beneficiario

Note:

(41) Un ragionato quadro di sintesi in M. Lupoi, Istituzioni [*supra*, nota 10], p. 145 s. e p. 167 s. Preziosi spunti possono trarsi ora dalla relazione di A. Musy, I doveri di amministrazione e rendiconto del trustee, presentata al Congresso del decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Ischia il 1°-3 ottobre 2009.

(42) Era il caso, ad esempio, di Trib. Genova, 14 marzo 2006 [*supra*, nota 9], di Trib. Rimini, 21 aprile 2009 [*supra*, nota 9] e di Trib. Genova, 17 giugno 2009 [*supra*, nota 9].

(43) È, invece, controverso se il trust di protezione possa essere istituito *ope iudicis*. Lo suggeriscono M. Dogliotti – F. Piccaluga, La modifica del trust: giudice di *common law* e giudice (virtuale) a confronto, in questa Rivista, 2004, 552, a p. 555: il giudice, secondo i casi, potrebbe, egli, istituire anche d'ufficio un trust, eventualmente disponendone la modifica al sopravvenire di nuove circostanze.

Il suggerimento patisce qualche riserva. Certo, l'ordinamento italiano riconosce al giudice il potere di assumere provvedimenti di conservazione e amministrazione dei minori d'età e delle persone prive di autonomia, nella cui area potrebbe collocarsi l'istituzione di un trust di protezione (v. artt. 316, III comma, 333, 334, 361, 371, 405, IV comma, 410, II comma e 418, III comma, cod. civ.; v. anche, per un raccordo in chiave sistematica, artt. 48, I comma, 56, I comma, 129, II comma, 155, II comma, 155-bis, II comma, 155-*quater*, II comma, 268, 277, II comma, cod. civ.). Epperò, lo Stato Italiano non si è avvalso della facoltà di cui all'art. 20 della Convenzione de L'Aja, dichiarando che le disposizioni della Convenzione siano estese ai trust istituiti in base a una decisione giudiziaria.

(44) Con ulteriori specificazioni, S. Delle Monache, Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili sostanziali, Nuova giur. civ., 2004, II, 29, a pp. 32, 36 s. e 41. V. pure, con varianti, G. Bonilini, I presupposti dell'amministrazione di sostegno, in G. Bonilini – A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno, II ed., Padova, 2007, 45, a p. 60 s., F. Anelli, Il nuovo sistema delle misure di protezione [*supra*, nota 38], a p. 181 s., specialmente a p. 186, e U. Roma, L'amministrazione di sostegno: i presupposti applicativi e i difficili rapporti con l'interdizione, Nuove leggi civ., 2004, 993, a p. 1034 s.

Come accennato nel testo, su questo solco si muove sostanzialmente la giurisprudenza di cassazione, la quale – dopo aver tenuto in piedi la finalità esplicitata dall'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 verbalizzandola come "stella polare" – distingue a seconda del tipo di gestione patrimoniale che deve essere compiuta in nome del beneficiario della protezione: l'interdizione sarebbe una misura residuale riservata ai casi in cui si tratti di gestire un'attività di una certa complessità, da svolgere in una molteplicità di direzioni, ovvero ai casi in cui appaia necessario impedire al soggetto da tutelare di compiere atti pregiudizievoli per sé, eventualmente anche in considerazione della permanenza di un *minimum* di vita di relazione che porti detto soggetto ad avere contatti con l'esterno, ovvero in ogni altra ipotesi in cui il giudice di merito ritenga questa misura di protezione l'unica idonea ad assicurare quell'adeguata protezione degli interessi della persona che la legge richiede: Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, Dir. fam. pers., 2006, 1671; *ibidem*, 2007 (nota A. Venchiarutti, Il *discrimen* tra amministrazione di sostegno e interdizione: dopo la Corte Costituzionale si pronuncia la Corte di Cassazione); Fam. dir., 2007, 31 (nota M. Sesta, Amministrazione di sostegno e interdizione: quale bilanciamento tra interessi patrimoniali e personali del beneficiario?); Nuova giur. civ., 2007, I, 275 (nota U. Roma, La Cassazione alla ricerca del *discrimen* tra amministrazione di sostegno e interdizione); Corr. giur., 2006, 1533 (nota M. N. Bugetti, Amministrazione di sostegno e interdizione tra tutela della persona e interessi patrimoniali) e Cass., 29 novembre 2006, n. 25366, Fam. dir., 2007, 19 (nota F. Tommaso, Amministrazione di sostegno e difesa tecnica in un'ambigua sentenza della Cassazione); *ivi*, 2007, 121 (nota A. Chizzini, Brevi notazioni in tema di difesa tecnica nell'amministrazione di sostegno). La giurisprudenza di merito è divisa. Non in tutti i fori è seguito il medesimo indirizzo: esclude l'amministrazione di sostegno nel caso di perdita totale della capacità naturale Trib. Torino, 26 febbraio 2007, Dir. fam. pers., 2007, 1237, Fam. dir., 2007, 721 (nota critica U. Roma, Amministrazione di sostegno, *cura personae* e consenso al trattamento medico).

(45) È questo ciò che emerge, in filigrana, ma chiaramente, dai prece-
(segue)

di una misura di protezione e la tutela dei terzi. Ce lo conferma un interessante caso giurisprudenziale relativo alla trascrizione di un decreto – sì, di un decreto – di apertura di un'amministrazione di sostegno(46).

Il tallone d'Achille della novella del 2004 si colloca proprio qui: nell'aver polarizzato l'attenzione sull'interesse di chi è privo in tutto o in parte di autonomia. Si registra una pronunciata sordità per la tutela reale – intendo: operativa e non declamatoria – dei terzi. Un dato per tutti. Nel caso di atti annullabili ai sensi dell'art. 412 cod. civ., l'applicabilità degli artt. 1445 e 1443 cod. civ. esclude, tra l'altro, la rilevanza degli stati soggettivi dei terzi: anche il terzo di buona fede, pertanto, sarà soggetto a questo potere di ripensamento(47). Qui viene il bello. Mi sembra che ci sia addirittura un qual che di magico. Proprio di magico. E lo dico nella convinzione che una magia consiste non tanto nel far uscire un coniglio dal cappello, ma nel far uscire un cappello dal coniglio: che non è un chiasmo. La legge 9 gennaio 2004, n. 6, in una certa misura, sembrerebbe consentire un simile prodigio. Non c'è trucco: l'art. 412 cod. civ. riconosce l'opzionalità non solo, ovviamente, al beneficiario e all'amministratore di sostegno, ma anche – ed ecco la magia!, ma anche – agli eredi e agli aventi causa del beneficiario. Il tutto, ovviamente, fino al decorso del termine prescrizione di cinque anni dal momento – non in cui è stato concluso il contratto, ma dal momento – in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione di sostegno. Che, intendiamoci, nella maggior parte delle ipotesi, coinciderà con il decesso del beneficiario, con conseguente apertura della successione. Ci siamo: gli eredi agiranno facendo valere un loro diritto(48). Agiranno, quindi, nell'inte-

Note:

(continua nota 45)

denti di Trib. Bologna, 23 settembre 2008 e Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [supra, nota 6].

In altra sede ho tentato di dimostrare che non esistono, tuttavia, "misure di protezione d'élite" e "misure di protezione di massa". Il tema è piuttosto quello dell'adeguatezza dei diversi effetti delle misure legali, avendo riguardo alle esigenze, sia personali sia patrimoniali, della persona priva in tutto in parte di autonomia. Da qui il passo è breve per allargare l'ipotesi prospettata nel testo, nel senso che un'ampia diffusione dei trust protettivi potrebbe rendere residuali tutte le misure legali di protezione, amministrazione di sostegno compresa. Ed è questa una delle sponde su cui poggia il ponte di passaggio dalla complementarità alla alternatività dei trust rispetto alle misure legali di protezione: *amplius*, s. v., A. Di Sapio, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) [supra, nota 1], a p. 370, testo e nota 30.

(46) Trib. Roma, 8 settembre 2008, Vita not., 2008, 1667, riformato da App. Roma, 19 gennaio 2009, Riv. dir. civ., 2009, II, 495, (la massima; nota critica A. Morace Pinelli, Trascrizione degli atti negoziali di desti-

nazione e amministrazione di sostegno) e, l'intero provvedimento, Federnotizie, 2009, 109 (nota critica M. Ferrario Herculani).

Nel caso di specie era stato "interdetto" il compimento di atti di disposizione de (l'unico immobile di proprietà e destinato a costituire) l'abitazione della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno. I Giudici di prime cure hanno escluso, condivisibilmente, l'accogliibilità del reclamo avverso la trascrizione eseguita con riserva di un decreto di amministrazione di sostegno. La trascrizione del decreto è contraria alla regola di tipicità delle segnalazioni nei registri immobiliari. La trascrizione è, oltre tutto, inutile: le esigenze cautelari sono comunque assicurate con l'azione di annullamento ex art. 412 cod. civ. Tale opzionalità è indipendente (oltre che dalla trascrizione) dagli stati soggettivi (e, precisamente, dalla buona fede) dell'acquirente. I Giudici d'appello, incuranti della regola di tipicità, hanno, invece, ordinato la trascrizione ritenendo di poter raccogliere un qualche spunto in tal senso nell'art. 2645-ter cod. civ. Ma! Questa disposizione presuppone un atto di autonomia privata di segregazione che lega al medesimo *fil rouge*, e bidirezionalmente, la disponibilità e trasmissibilità vincolata – od ostacolata che dir si voglia – e la espropriabilità limitata. Presuppone una specializzazione della responsabilità patrimoniale, di cui, specie cogliendone i profili dinamici, non c'è barlume negli artt. 404 s. cod. civ. e per un convincente inquadramento delle specializzazioni patrimoniali in una chiave di lettura dinamica, senz'altro, M. Lupoi, Istituzioni [supra, nota 10], *passim*, in particolare, a proposito dell'art. 2645-ter c.c., p. 241 s., segnatamente p. 246 s.

(47) L'applicazione degli artt. 1445 e 1443 cod. civ. per il caso di atti annullabili ai sensi dell'art. 412 cod. civ. è pressoché pacifica: per tutti, S. Delle Monache, Prime note [supra, nota 44], a p. 55, U. Morello, L'amministrazione di sostegno (dalle regole ai principi), Notariato, 2004, 225, a p. 228 e, sostanzialmente, Trib. Roma, 8 settembre 2008 [supra, nota 46]. Risulta un'unica voce dissonante: A. Jannuzzi – P. Lorefine, Manuale della volontaria giurisdizione [supra, nota 37], p. 264, che ipotizza, senza motivazione, la rilevanza di una eccezione di buona fede del terzo convenuto in giudizio.

(48) Un capitolo a sé è quello degli aventi causa. La circolazione dell'azione di annullamento si svincola qui chiaramente dalle ragioni che attingono alle condizioni della persona e assume una valenza intrinsecamente patrimoniale: conf. R. Sacco, Il contratto invalido, in R. Sacco – G. De Nova, Il contratto [supra nota 20], tomo secondo, 493, segnatamente a p. 569. La regola affonda le sue radici nel codice civile del 1865: artt. 227, 322 e 335, II comma. C'è simmetria con le regole vigenti: artt. 322, 323, II comma, 377, 388, II comma, 396, I comma, 427, II e III comma, 428, I comma 1 e 775, I comma, oltre che, ovviamente, con quella di cui all'art. 412, I e II comma, cod. civ. (v. pure, da un latitudine sistematica, artt. 71, I comma, 73, I comma, 557, I comma, 2908 e 2909 cod. civ.).

Possiamo distinguere due ipotesi.

Prima ipotesi: gli aventi causa per atto *inter vivos*. Gli interpreti sono sostanzialmente d'accordo: avente causa è (anzitutto) l'acquirente dalla persona priva di autonomia: così, a proposito dell'interdetto, M. Franzoni, di cui, *proxime*, Dell'annullabilità del contratto, 2, in Il codice civile. Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Artt. 1425-1426, Milano, 2005, p. 181 e, a proposito dei minori d'età, A. Bucciantè, La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione, 2, in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, Torino, 2003, p. 513, in particolare p. 645 e A. Finocchiaro – M. Finocchiaro, Diritto di famiglia. Legislazione – dottrina – giurisprudenza, II, Artt. 90-240, Milano, 1984, p. 2135. Portiamo avanti il ragionamento. Il potere di ripensamento ex art. 412 cod. civ. è accordato (essenzialmente o almeno principalmente) nell'interesse della persona priva di autonomia. L'acquirente non è però sotto scacco. In una strategia difensiva, l'acquirente potrebbe esercitare, lui, l'azione di annullamento. L'art. 412, I e II comma, cod. civ. glielo consente: egli è avente causa del beneficiario. Dovrà, però, dimostrare di avere un interesse ad agire attuale e concreto. *On the field* sarà comunque improbabile che ciò accada: come vedremo tra un attimo, non può escludersi, infatti, che l'acquirente si trovi con un pugno di mosche in mano.

Seconda ipotesi: gli aventi causa (a titolo particolare) per atto *mortis causa*. Aventi causa potrebbero essere i legatari ex testamento di un bene alienato per atto tra vivi in violazione di norme di legge o delle disposizioni del giudice. (Ovvio: sto dando qui per risolto, in senso chiaramente positivo, il tema dalla capacità di disporre per testamento del beneficiario)

resse proprio. Non nell'interesse del beneficiario, che, come detto, è deceduto. E già questo stempera la simmetria con gli artt. 322, 323, II comma, 377, 388, II comma, e 396 cod. civ.. Una simmetria che, comunque, solo in senso lato potrebbe intendersi come una simmetria sistematica: è diverso, molto diverso, trattare con un minore di età o con una persona maggiore d'età beneficiaria di un'amministrazione di sostegno.

Non si tratta di un "problema notarile", come ha briosamente ipotizzato uno degli alfieri più appassionati della legge 9 gennaio 2004, n. 6. No. Qui è in gioco la portata (in termini di efficacia) della novella. Le novità sono note: (i) allargamento delle misure di protezione all'impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, per effetto di un'infermità ovvero anche solo di una menomazione fisica o psichica e (ii) modulabilità, giudiziale, dello statuto di protezione, cui ha fatto *pendant* (iii) un frastagliato panorama pubblicitario inidoneo a una semplice e immediata conoscibilità delle aree di residua capacità del beneficiario (ma anche, in buona misura, dell'interdetto e dell'inabilitato: art. 427, I comma, cod. civ.). Ecco. Queste novità mi pare che spezzino le linee sistematiche su cui era fondata, in passato, la tendenziale irrilevanza dell'affidamento altrui rispetto alla incapacità d'agire della controparte. Vengono a nudo la nuova ampiezza dell'obbligo di diligenza cui sono tenuti i terzi e i nuovi margini di responsabilità di chi contrae con le persone prive di autonomia. Una responsabilità che, in una certa misura, rischia di collocarsi su un piano non molto distante da quello della responsabilità oggettiva, almeno in tutti i casi in cui i terzi non siano nella condizione di percepire *icto oculi* l'inidoneità del beneficiario di un'amministrazione di sostegno alla cura dei propri interessi, che, come sappiamo, può derivare da una infermità psichica (per non parlare di quella fisica) anche solo parziale o temporanea. La tutela dell'incolpevole affidamento dei terzi si svuota così di contenuto. Diventa cornice senza quadro.

Certo, occorre armonizzare le esigenze di riservatezza delle persone prive in tutto o in parte di autonomia con le esigenze di conoscibilità dei terzi. Micca facile! Ma forse si è caduti in un bilanciamento che privilegia, in modo netto, le prime a scapito delle seconde. E ci potremmo domandare se con la legge 9 gennaio 2004, n. 6 – rovesciando un paradigma del passato che vedeva nell'interdizione e nell'inabilitazione uno strumento di difesa della società civile nei confronti del "diverso", un mezzo di protezione

dei terzi invece che degli incapaci – non si sia pervenuti a una sorta di assolutizzazione, per così dire, all'incontrario. Il che ribalta i termini del discorso e fa germogliare, appunto, il tema, affatto differente, degli attuali margini di protezione dei terzi rispetto alla protezione delle persone prive di autonomia. Sì, di protezione dei terzi, e non solo delle persone prive di autonomia. Ma di più: fa germogliare, soprattutto, il tema, centrale in un disegno proporzionato delle misure di protezione, del possibile equilibrio degli interessi in gioco, senza visioni monoculari.

È diffusa la credenza che questo sia il prezzo da pagare per l'abbandono delle vecchie misure dell'interdizione e dell'inabilitazione. Misure, in passato, standardizzate, totalizzanti e di una rigidità e assolutezza tali da oltrepassare ogni ragionevole esigenza. Misure, tuttavia, che, proprio per la loro predeterminazione, consentivano di stabilire, senza incertezze e a priori, la condizione giuridica delle persone prive di autonomia e che, pertanto, garantivano una sicurezza dei diritti acquisiti dai terzi e una sicurezza del traffico giuridico oggi non più così sicure per nessuna delle misure di protezione. L'addizione è presto fatta: il prezzo da pagare è salato. Molto salato.

Attenzione! A dover pagare il conto sono chia-

Nota:

(continua nota 48)

ciario di un'amministrazione di sostegno). Possiamo distinguere due sottoipotesi. Prima sottoipotesi: il testamento è anteriore all'alienazione. Occorre confrontarsi con la presunzione (relativa) di cui all'art. 686, I comma, cod. civ.. L'alienazione, a rigore, è annullabile per causa diversa dai vizi del consenso. Gli interpreti sono divisi (per una panoramica, da ultimo, A. Scacchi, *L'alienazione della cosa legata*, Riv. dir. civ., 2008, II, 425, segnatamente a p. 440 s.; in giurisprudenza, a proposito dell'alienazione annullabile per incapacità d'intendere o di volere, possono trarsi significative indicazioni da Cass., 16 marzo 1990, n. 2212, Giust. civ., 1990, I, 1762; ma cfr. Cass., 7 marzo 1983, n. 1683, Foro it. Rep., 1983, voce "Successione ereditaria", n. 73). Seconda sottoipotesi: il testamento è posteriore all'alienazione. È l'ipotesi che attira maggiormente l'attenzione. Il legatario, quale avente causa a titolo particolare, recupererà il bene direttamente dall'acquirente per atto tra vivi. (L'art. 651 cod. civ. presuppone, invece, un acquisto "definitivo" da parte del terzo e non implica alcuna circolazione dell'azione processuale: il legatario, infatti, deve agire nei confronti dell'onerato e non del terzo). Proseguiamo su quest'ultima sottoipotesi. L'acquirente per atto tra vivi convenuto, a sua volta, potrà chiedere la ripetizione dell'indebito: epperò – semplificando – egli dovrà agire nei confronti dell'erede (artt. 668 e 756 cod. civ.), il quale – e qui sta il punto – sarà tenuto a restituire all'acquirente esclusivamente quanto è stato rivolto a vantaggio della persona priva di autonomia. Non sto dando un'interpretazione malandrina. Sto solo leggendo l'art. 1443 cod. civ. (v. pure, ovviamente, gli artt. 2039 e 1190 cod. civ.: in dottrina, per tutti, G. Iudica, *L'azione di annullamento*, in G. Alpa – M. Bessone (curr.), *I contratti in generale*. Aggiornamento 1991-1998, III, Giur. sist. di dir. civ. comm. fondata da W. Bigliani, Torino, 2000, 2295, in particolare a p. 2310 s. e, *proxime*, A. Gentili, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (cur.), *I contratti in generale*, 2, II, in *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, 1407, in particolare a p. 1633). La tutela dei terzi (pur di buona fede) evidenzia anche qui qualche crepa.

mati non solo i terzi. Sono chiamate anche – ed è questo il tema – le persone prive di autonomia. Uno scenario che dicotomizza la tutela delle persone prive di autonomia e la tutela dei terzi e che è impermeabile alle porosità e ai reciproci condizionamenti dei loro interessi rischia, infatti, di provocare una fuga dei terzi dalle contrattazioni con le persone prive di autonomia. Le persone prive di autonomia, quasi per paradosso, potrebbero, così, essere emarginate dal mondo dei traffici giuridici: che non è certo la soluzione ottimale per la promozione e lo sviluppo della loro personalità ai sensi dell'art. 3, II comma, Cost.

Beninteso. La tracciatura di questo paradosso non è un invito nella direzione di un ritorno nostalgico al passato. Macché. Questa tracciatura è, invece, un invito a un equilibrato temperamento tra le sostanziali ragioni solidaristiche, su cui s'innesta l'attuale riconquistata protezione delle persone prive di autonomia e le sostanziali ragioni di equità, su cui s'innesta la protezione dell'incolpevole affidamento dei terzi, dalla quale ultima anche dipende, in concreto, l'efficacia delle misure legali di tutela. Il principio di protezione e il principio di autoresponsabilità non sono incompatibili. Si scopre una comunanza di interessi apparentemente antitetici e la convenienza di organizzarli: la tutela delle persone prive di autonomia e la tutela dei terzi, sotto questo profilo, sono simmetriche e speculari(49).

Il trust s'incardina perfettamente in questo disegno proporzionato delle misure di protezione. Il trust può garantire un importante ed effettivo riequilibrio degli interessi in gioco. La pubblicità delle misure di protezione nei registri dello stato civile (gli unici che contano) è pubblicità notizia: la prevalenza degli interpreti è sostanzialmente d'accordo. La pubblicità del trust di protezione nei registri immobiliari e nel registro delle imprese è pubblicità dichiarativa. Le condizioni e il grado di opponibilità delle misure (legali e negoziali) di protezione sono radicalmente diversi. Il vantaggio, sia per i terzi sia per le persone prive di autonomia, è assicurato. Come, in una certa misura, è assicurata l'armonizzazione della tutela dei loro interessi, differenti, ma per molti versi centripeti.

■ Il trust quale misura negoziale alternativa rispetto alle misure legali di protezione. Conclusioni

Siamo così alla seconda ipotesi: l'alternatività del trust rispetto alle misure legali di protezione.

L'alternatività offre una cura e una protezione ne-

goziale unitaria delle persone prive di autonomia. Una protezione che potrebbe presentare regole di gestione patrimoniale diverse oppure anche simmetriche a quelle legali(50).

Le differenze rispetto all'ipotesi precedente sono chiare. La complementarità si colloca sul piano della funzionalità dell'amministrazione di sostegno, come della tutela e della curatela e, come visto, può consentire un importante riequilibrio dell'interesse del beneficiario con quello dei terzi. L'alternatività si colloca, invece, sul piano della fruibilità delle misure legali di protezione.

L'alternatività del trust di protezione viene principalmente sulla ribalta nel caso di trust istituiti da terzi. Tocca il punto più delicato di tutta la novella. È vero, sì è vero: dal 2004 si è aperta una nuova stagione della tutela legale delle persone prive di autonomia; i relativi strumenti di verifica e controllo sono stati ampiamente ammodernati con importanti novità. Epperò è altrettanto vero che il sistema oggi offerto dal codice civile per affrontare giuridicamente il tema delle graduazioni delle incapacità – perché, senza drappaggi verbali e inutili concettualismi di ritorno, è anche di queste che stiamo parlando – non sempre costituisce, in concreto, un sistema effettivamente equilibrato e proporzionale per le persone che ne sono coinvolte. Non stupisce, quindi, che si registri una proposta di immunizzare le persone prive di autonomia dall'apparato giuridico organizzativo di protezione. Certo, occorre distinguere caso per caso. Ma è sicuramente da accogliere l'invito a evitare che queste persone siano torturate con la carta protocollo(51).

Il trust quale misura negoziale alternativa alle misure legali di protezione, in effetti, consente di garantire una maggiore tutela e riservatezza del beneficiario senza, con ciò, obliterare la tutela dei terzi. Consente anche di abbracciare ipotesi, per così dire, *fuzzy*, in re-

Note:

(49) Gli aspetti qui sfiorati trovano sviluppo in una più ampia ricerca di futura pubblicazione dedicata alla verifica dell'efficacia delle attuali misure legali di protezione dalla prospettiva dei terzi, con particolare riguardo alla tutela dell'incolpevole affidamento, alla stabilità dei rapporti giuridici e alla certezza dei traffici. Qualche anticipazione può leggersi, prosimamente, nella voce "Amministrazione di sostegno" che ho curato per l'Aggiornamento del Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Torino, 2010.

(50) *Funditus*, s. v., A. Di Sapio, Trust e amministrazione di sostegno (atto primo) [*supra*, nota 1], a p. 370 e a p. 490, nota 68.

(51) A. Bortoluzzi, Disabilità, persona, mercato (Per una umanità da non torturare con la carta protocollo), in Aa. Vv., L'amministrazione di sostegno. Percorsi [*supra*, nota 2], 9, segnatamente a p. 21, coltivando l'intuizione di F. Kafka: "[l]e catene della umanità torturata sono di carta protocollo".

lazione alle quali l'apertura di una misura legale di protezione (compresa l'amministrazione di sostegno) potrebbe risultare controvertibile o comunque inopportuna e penso, in particolare, alle persone che presentano delle fragilità o delle debolezze psico-fisiche e hanno bisogno di cure e di assistenza, ma manifestano una tendenziale lucidità e capacità di orientamento, ai tossicodipendenti, agli alcolisti, ai lungodegenti e agli anziani non autosufficienti. Consente, ancora, la nomina, e non solo la designazione, di chi amministrerà i beni nell'interesse della persona priva di autonomia, così come consente di fissare le regole per la sua revoca e sostituzione. Consente, ulteriormente, di orientare l'attività di amministrazione del trustee su uno specifico scopo e di modularla. Consente, ulteriormente ancora, un'articolazione e un'eventuale progressività nella gestione dei beni nell'interesse del beneficiario del tutto ignote alle misure legali di protezione, che, notoriamente, coinvolgono l'intero patrimonio e non singoli beni individualmente determinati(52). Consente, infine, una cura e una protezione delle persone prive di autonomia senza ricorso preventivo all'autorità giudiziaria, ma con piena assunzione di responsabilità: il trust di protezione taglia fuori quelle ipotesi di *outsourcing* che, in un certo tessuto contornato più dalle assenze che dalle presenze, tenderebbero a spostare integralmente il carico dei doveri di solidarietà dalla famiglia alla collettività.

Il cerchio si chiude. Stiamo parlando dei trust di protezione come misura negoziale alternativa alle misure legali. *L'ever green* della obbligatorietà delle misure legali di protezione non ha perso brillantezza. Il testo degli artt. 404, 414 e 415 cod. civ. ci dice che le persone prive in tutto o in parte di autonomia possono essere soggette ad amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione. Possono. Non devono esserlo(53).

Già. Già, come mi piace dire, si può anche non affogare in un cucchiaino d'oceano. Infatti: pur volendo ipotizzare un obbligo – e non una facoltà (come invece lascerebbero intendere anche gli artt. 406, I comma, e 417 cod. civ.) – per le persone legittimate a chiedere l'apertura di una misura legale di protezione, ecco, si tratterebbe, comunque, di un obbligo sornio di sanzione.

C'è un'unica "eccezione". Per nulla casuale. Solo i responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona, ove a conoscenza di fatti tali da rendere opportuna l'apertura del procedimento di amministrazione di sostegno, sono tenuti a proporre al giudice tutelare il ricorso o a fornirne comunque notizia al pubblico ministero: art.

406, III comma, cod. civ. I responsabili dei servizi sanitari e sociali. Non i familiari: loro no(54).

Un obbligo di attivare le misure legali, pertanto, essenzialmente privo di sanzione per i familiari. E quindi.

E quindi: primo. Un obbligo che i familiari valuteranno meditatamente se adempiere giacché, nel procedimento giudiziale di protezione (che non è disponibile dai privati), la regola di corrispondenza tra chiesto e pronunciato non opera (o, se si preferisce, opera solo in parte). La misura legale domandata potrebbe non corrispondere a quella disposta dal giudice: chiesta l'istituzione di un'amministrazione di sostegno, potrebbe essere aperta una tutela(55).

E quindi: secondo. Un obbligo che i familiari valuteranno meditatamente se adempiere giacché esiste uno strumento negoziale alternativo, certamente meno invasivo, più duttile e versatile, che può dimostrarsi maggiormente proporzionato alle esigenze della persona priva di autonomia: il trust.

Fine delle capriole in salita. La fine è il mio inizio, diceva un altro autore. Si tratta non di opere letterarie. Si tratta, appunto, di persone.

Note:

(52) Proprio sotto quest'ultimo aspetto un trust di protezione potrebbe essere sin anche più aderente alla *guide line* tracciata dall'art. 1 della legge 9 gennaio 2004, n. 6 rispetto a un'amministrazione di sostegno: il trasferimento di alcuni beni al trustee con contestuale mantenimento della disponibilità di altri beni da parte del beneficiario garantisce, infatti, una maggiore autonomia gestionale di quest'ultimo (e v. art. 409 cod. civ.). E, pure in questo, come accennato, l'ipotesi presa in esame da Trib. Bologna, 23 settembre 2008 e Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [*supra*, nota 6] è davvero paradigmatica.

Per un più ampio raffronto del trust con l'amministrazione di sostegno, M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust [*supra*, nota 10], a p. 363 s. e A. C. Di Landro, La protezione dei soggetti deboli [*supra*, nota 1], a p. 498 s. e a p. 504 s.

(53) Conf., anteriormente alla legge 9 gennaio 2004, n. 6, M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 5], p. 644, nota 266; posteriormente, per tutti, F. Anelli, Il nuovo sistema delle misure di protezione [*supra*, nota 38], a p. 230 s. e a p. 173 s. nota 37 e, ivi, l'analisi dell'applicabilità dell'art. 182 cod. civ., tema, quest'ultimo, che, prima della novella, costituiva per la giurisprudenza maggioritaria un corridoio nascosto (ma poi mica tanto nascosto!) attraverso cui far rientrare dalla porta la doverosità delle misure di protezione espulsa dalla finestra: App. Milano, 7 marzo 2003, Fam. dir. (nota critica G. Gennari, L'impedimento del coniuge ex art. 182 c.c.); App. Torino, 18 maggio 1998, Giust. civ., 1999, I, 585 (nota favorevole M. Finocchiaro, Sulla nozione di impedimento di uno dei coniugi, ai sensi dell'art. 182 c.c.); Trib. Torino, 25 ottobre 1999, Riv. not., 2000, 948; ma cfr. Trib. Torino, 29 aprile 1997, ivi, 1998, 682.

(54) Piaccia o no i rapporti di famiglia fanno la differenza. Eccome. È significativa l'omogeneità delle situazioni che danno il via all'apertura delle misure di protezione: trattamenti sanitari, atti notarili o compimento di operazioni bancarie in cui proprio l'attività di supplenza familiare non costituisce più una rete di cura e di protezione autosufficiente.

(55) *Amplius*, s.v., A. Di Sapio, A proposito di tre ordinanze della Corte Costituzionale [*supra*, nota 32], a p. 19 s., testo e nota 23, ove i necessari riferimenti.

Il trust come misura di protezione dell'incapace?

di Michele Bucchi - Giorgio Bertolini

Il tribunale bolognese si schiera ancora una volta a favore della piena legittimità del trust interno nell'ordinamento italiano.

Esso può essere modulato e conformato nella maniera più varia, anche al fine di provvedere alla cura di persone non autonomamente in grado di tutelare i propri interessi. In tal senso costituisce una potenziale alternativa alle ordinarie misure di protezione dei soggetti deboli.

Nel decreto in commento il trust consente di realizzare una giusta scelta di compromesso tra tutela dell'autonomia del soggetto, da una parte, e necessità di sostegno economico-patrimoniale, dall'altra. Combinandosi con l'amministrazione di sostegno, nel caso di specie funge da strumento alternativo all'interdizione.

■ Il fatto

Il decreto in commento(1), emesso a seguito di un procedimento in camera di consiglio ex art. 747 cod. proc. civ., conferma ancora una volta l'attenzione e la sensibilità del foro bolognese per l'istituto del trust interno.

La natura non decisoria del provvedimento non può sminuirne la portata dei contenuti, invero innovativi sotto taluni profili applicativi del trust.

L'antefatto da cui esso promana è rappresentato da un ricorso rivolto al "Tribunale delle Successioni" di cui all'art. 747 cod. proc. civ. (individuato nel collegio felsineo), nel quale è formalizzata la richiesta di autorizzazione da parte di un soggetto beneficiario di amministrazione di sostegno per la istituzione in trust di determinati beni provenienti dalla successione ereditaria del di lui padre, previamente accettata con beneficio di inventario.

L'amministratore di sostegno, avente in ipotesi ampi poteri rappresentativi del soggetto minorato(2), dopo una serie di divergenze e contrasti con quest'ultimo, riesce a trovare un punto d'incontro

con la volontà del medesimo in ordine alla istituzione di un trust volto testualmente a "prevenire la dispersione del patrimonio del Soggetto da Assistere, assicurandone la consistenza e l'integrità e la corretta amministrazione"(3).

La destinazione patrimoniale autorizzata dal Tribunale è, quindi, indirizzata – questa una delle particolarità più rilevanti del caso di specie – a favore dello stesso disponente, che, pertanto, ne riveste anche la qualità di beneficiario.

Il trust viene istituito con scrittura privata autenticata da notaio, e contestualmente viene trasferita al trustee (professionale) la somma iniziale di euro 1.000,00, onde sottolineare la serietà dell'intento destinatorio.

Successivamente e con atto separato il beneficiario dell'amministrazione di sostegno intende trasferire

Michele Bucchi - Notaio in attesa di nomina
Giorgio Bertolini - Avvocato in Bolzano

Note:

(1) Trib. Bologna, 11 maggio 2009, in questa Rivista, 2009, 543.

I più recenti contributi in tema di trust e amministrazione di sostegno pubblicati in questa Rivista sono: A. Di Sapia, I trust interni autodestinati: misura negoziale complementare o alternativa alle misure legali di protezione delle persone prive di autonomia, *supra*, 20; Id., Trust e amministrazione di sostegno (atto primo), I parte, in questa Rivista, 2009, 364 (I parte); *ivi*, 480 (II parte); A. C. Di Landro, La protezione dei soggetti deboli tra misure di protezione, atti di destinazione e trust, *ivi*, 493; L. F. Risso – D. Parisi, Trust istituito da un minore nel suo esclusivo interesse, *ivi*, 373; R. Riccio, Trust a vantaggio di un soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno: il cammino del professionista, *ivi*, 676 [n.d.r.].

(2) Come anche riportato nel corpo del decreto, l'amministratore di sostegno del soggetto disponente (e beneficiario) del trust in questione "è chiamato a svolgere, in nome e per conto del beneficiario, tutti gli atti di ordinaria amministrazione del patrimonio del beneficiario" oltre a "ogni atto di straordinaria amministrazione [...] sempre in nome e per conto del beneficiario, ma solo previa distinta autorizzazione di questo Giudice Tutelare e previo deposito di adeguata documentazione". Si tratta di una misura di protezione piuttosto "pervasiva", tale cioè da ricomprendere una serie indefinita e astratta di attività giuridicamente rilevanti, e non, come secondo parte della dottrina dovrebbe essere per l'amministrazione di sostegno, atti singoli e determinati.

(3) Più in particolare il trust *de quo* è volto ad "assicurare al Beneficiario la più efficace garanzia, protezione e tutela economica, negli anni a venire, cosicché i beni vincolati nel fondo in trust non vadano dispersi e rimangano estranei a qualsiasi vicenda dovesse coinvolgere il Beneficiario e li conserva, gestisce e se possibile incrementa ad esclusivo vantaggio del Beneficiario".

strumentalmente al trustee ulteriori e ben più rilevanti beni sia mobili che immobili, nel frattempo a lui pervenuti in forza della suddetta successione paterna.

L'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario impone al soggetto di ottenere la previa autorizzazione giudiziale *ex art. 747 cod. proc. civ.* onde poter validamente compiere l'attività di straordinaria amministrazione in relazione ai beni ereditari, nella fattispecie individuata dal loro conferimento in trust(4).

Si noti come l'amministratore di sostegno nel caso in esame avesse già chiesto alla competente autorità giudiziaria l'introduzione della più pregnante misura interdittiva per la tutela del soggetto da lui rappresentato e coadiuvato, peraltro invano. Ben due volte, infatti, lo stesso Tribunale di Bologna aveva rigettato la richiesta, ritenendo l'interdizione non giustificata in ipotesi perché eccessivamente restrittiva dell'autonomia del soggetto.

La domanda di interdizione era apparsa frutto della preoccupazione, da parte dell'amministratore di sostegno, in ordine al pericolo che la convivente del soggetto beneficiario potesse impossessarsi e sottrarre a costui le notevoli disponibilità economiche di cui era divenuto titolare per successione tanto paterna, quanto materna.

Peraltro tale preoccupazione strideva con la volontà del beneficiario di favorire l'amata convivente, tanto da sfociare in un conflitto esplicito, anche se informale, tra quest'ultimo e l'amministratore di sostegno, un tempo legati da profonda amicizia.

Il conflitto ha trovato composizione nella comune intenzione e disponibilità a istituire il trust in oggetto, conferendovi gran parte dell'eredità sia materna, che paterna pervenuta al beneficiario della misura di protezione.

L'istituzione del trust pare, peraltro, rivelare in ipotesi tutta la sua potenzialità – questo l'altro profilo di maggior interesse tecnico-giuridico – quale soluzione alternativa all'interdizione, fungendo da scelta di compromesso tra le contrapposte istanze di tutela della libertà del soggetto e di conservazione del suo patrimonio(5).

■ Brevi cenni sull'ammissibilità del trust interno

Il Tribunale bolognese nel decreto in commento si schiera ancora una volta a favore della piena legittimità del trust interno nel nostro ordinamento.

Si tratta di una posizione, questa, pressoché consolidata, quantomeno per i giudici felsinei.

Nel corpo del provvedimento si richiama in particolare il “noto” precedente del Tribunale di Bologna in materia di trust interno(6), uno dei primi ad escludere *expressis verbis* la contrarietà del trust interno in quanto tale con i principi civilistici dello Stato, e in particolare con la regola generale di garanzia patrimoniale del credito di cui all'art. 2740 cod. civ.

La giurisprudenza italiana ha cominciato ad occuparsi del trust ancor prima dell'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja(7), dato che l'istituto, già conosciuto da tempo in altri ordinamenti con particolare riferimento a quelli di *common law*(8), cominciava a presentare profili applicativi all'interno dei nostri confini nazionali.

Tuttavia le prime sentenze italiane in materia di trust si riferivano al trust c.d. convenzionale o internazionale, ovvero al trust testualmente disciplinato dalla Convenzione de L'Aja in quanto caratterizzato da elementi di estraneità e forme di collegamento con ordinamenti stranieri, individuati alternativamente o cumulativamente nella cittadinanza straniera dei soggetti coinvolti (disponente, beneficiario, trustee o guardiano) e/o nella appartenenza a Stati esteri dei beni oggetto della destinazione.

Note:

(4) Si noti come nel caso di specie l'istituzione in trust dei beni provenienti dall'eredità paterna sia ottenuta ricorrendo a due distinte autorizzazioni giudiziali, l'una ai sensi dell'art. 411 cod. civ. e l'altra ai sensi dell'art. 747 cod. proc. civ. La prima è volta all'esclusiva tutela degli interessi del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno, mentre la seconda esprime la positiva verifica del giudice circa la compatibilità del trust con le ragioni dei creditori ereditari. In simili ipotesi è, tuttavia, più frequente nella prassi il ricorso all'unica autorizzazione *ex art. 747 cod. proc. civ.*, munita del parere (obbligatorio, ma non vincolante) del giudice tutelare ai sensi del secondo comma della medesima norma. Sul punto, v. A. Auciello, *Incapaci e impresa, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*, Milano, 2009, p. 5.

(5) Così il decreto in commento, secondo cui l'istituzione e la dotazione del trust a beneficio dello stesso disponente, sottoposto ad amministrazione di sostegno rappresentativa, permetterebbe di superare e anzi risolvere il “conflitto fra tutela del patrimonio del beneficiario e rispetto delle prerogative e della dignità della persona”.

(6) Trib. Bologna, 1° ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 67; Foro it., 2004, I, 1295; Corriere giur., 2004, 65; Vita not., 2003, 1297; Riv. not., 2003, 1633; Giur. merito, 2004, 469; Riv. dir. internaz. privato e proc., 2004, 294.

(7) V. Trib. Casale Monferrato, 13 aprile 1984, in questa Rivista, 2003, 93 e Trib. Oristano, 15 marzo 1956, *ivi*, 294; entrambe riportate anche in L. Santoro, *Il trust in Italia*, II ed., Milano, 2009, p. 384 s.

(8) Il trust, com'è noto, è istituto di origine anglosassone. Per qualche cenno storico essenziale sul trust, v. F. Rota – G. Biasini, *Il trust e gli istituti affini in Italia*, Milano, 2007, p. 7 s. In argomento, v. più diffusamente M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, cap. II e III, pp. 23 s.

A partire dalla metà degli anni novanta, poco dopo la ratifica italiana della Convenzione, l'attenzione delle corti della penisola ha cominciato a focalizzarsi sui c.d. trust interni.

Con il termine di "trust interno" si vuole oggi indicare il trust privo di elementi di estraneità sotto il profilo tanto soggettivo, quanto oggettivo, nel quale l'unico collegamento con l'estero è costituito dalla legge applicabile allo strumento destinatorio(9). Ammessa e non concessa la legittimità del trust interno nel nostro sistema giuridico, in ogni caso la legge ad esso applicabile dovrà essere necessariamente straniera, a riguardo non esistendo ancora una normativa interna *ad hoc*(10).

Il trust interno individua una sottospecie del trust convenzionale, e, come quest'ultimo, rappresenta per la dottrina prevalente un patrimonio destinato e separato, nel quale convergono, quindi, tanto un fine destinatorio, quanto un carattere di segregazione creditoria.

È questo secondo aspetto ad aver creato maggiori "frizioni" con l'ordinamento italiano, dominato dal ben noto principio secondo cui è appannaggio esclusivo del legislatore, e non dell'autonomia privata, lo stabilire eccezioni alla responsabilità patrimoniale del debitore "con tutti i propri beni presenti e futuri", ai sensi dell'art. 2740 cod. civ.

Altro delicato profilo dell'istituto in esame coincide con la possibilità di opporre ai terzi la qualità di trustee di un trust, rendendone così "assoluta" la posizione alla stregua di un qualsiasi diritto reale, in (apparente) contrasto con l'altrettanto nota regola della tipicità (*rectius*: del *numerus clausus*) dei diritti reali.

Esula dai fini del presente lavoro ogni minima pretesa di trattazione sistematica dell'istituto, sembrando, tuttavia, opportuno un fugace accenno alle opinioni della giurisprudenza a riguardo, evidenziando alcune fra le pronunce più significative.

La citata sentenza dell'anno 2003 del medesimo Tribunale di Bologna(11), non a caso richiamata nel provvedimento in questione, rappresenta allo stato una delle decisioni più autorevoli in materia di trust interno. Essa si inserisce nel filone giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità dell'istituto, attualmente quasi incontrastato(12). Tale sentenza procede, inoltre, a "smontare" le suaccennate argomentazioni critiche, offrendo dell'istituto un percorso di indagine più unico che raro quanto a chiarezza e rigore tecnico-giuridico(13).

Note:

(9) L'espressione "trust interno", preferita a quella di "trust domestico", è di M. Lupoi. V., sul punto, M. Lupoi, *Trusts* [supra, nota 8], p. 546. Per qualche cenno essenziale sul trust, v., di recente, A. Arceri, Note minime in tema di *trust*: un piccolo promemoria per l'operatore del diritto, *Questioni di diritto di famiglia*, 2009, n. 3. Sul trust interno, v., più diffusamente, L. Santoro, *Il trust in Italia* [supra, nota 7] e S. Bartoli - M. Graziadei - D. Muritano - L. F. Risso, *I trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, 2007.

(10) Occorre tuttavia segnalare la minoritaria opinione di chi considera l'art. 2645-ter cod. civ. quale legge italiana sul trust. Cfr. R. Franco, *Il nuovo art. 2645-ter cod. civ.*, *Notariato*, 2006, 324. Nega espressamente che con la nuova disposizione si sia creata una disciplina italiana sul trust, *Trib. Trieste*, 7 aprile 2006, in questa Rivista, 2006, 417.

(11) *Trib. Bologna*, 1° ottobre 2003 [supra, nota 6].

(12) Poche e isolate sono, infatti, le pronunce contrarie al riconoscimento del trust interno, individuate essenzialmente in *Trib. Santa Maria Capua Vetere*, 14 luglio 1999, in questa Rivista, 2000, 251, in *Trib. Napoli*, 1° ottobre 2003, ivi, 2004, 74, e in *Trib. Belluno*, 25 settembre 2002, ivi, 2003, 255.

Copiosissima, invece, la giurisprudenza favorevole all'ammissibilità dell'istituto: tra le pronunce più note si segnalano *Trib. Genova*, 1° aprile 2008, in questa Rivista, 2008, 392; *Trib. Trieste*, 19 settembre 2007, ivi, 42, *Notariato*, 2008, 251; *Nuova giur. civ.*, 2008, I, 687; *Trib. Reggio Emilia*, 14 maggio 2007, in questa Rivista, 2007, 425; *Guida al dir.*, 2007, fasc. 26, 50; *Trib. Siena*, 16 gennaio 2007, in questa Rivista, 2007, 266; *Trib. Milano*, 10 luglio 2007, ivi, 2007, 579; *Trib. Bressanone*, 16 agosto 2006, ivi, 2007, 60; *Trib. Modena*, 11 agosto 2005, ivi, 2006, 581; *Trib. Genova*, 14 marzo 2006, ivi, 2006, 415; *Trib. Milano*, 7 giugno 2006, ivi, 2006, 575; *Trib. Trieste*, 6 aprile 2006, ivi, 2006, 417; *Foro it.*, 2006, I, 1935; *Notariato*, 2006, 539; *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2007, 1113; *Trib. Pordenone*, 20 dicembre 2005, in questa Rivista, 2006, 247; *Trib. Napoli*, 16 giugno 2005, ivi, 2006, 249; *Trib. Prato*, 12 luglio 2006, ivi, 2007, 58; *Trib. Firenze*, 2 luglio 2005, ivi, 2006, 89; *Trib. Velletri*, 29 giugno 2005, ivi, 2005, 577; *Europa e dir. privato*, 2005, 785; *Trib. Venezia*, 4 gennaio 2005, in questa Rivista, 2005, 245; *Trib. Trieste*, 23 settembre 2005, ivi, 2006, 83; *Corriere merito*, 2005, 1277; *Guida al dir.*, 2005, fasc. 41, 57; *Foro it.*, 2006, I, 1935; *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2006, 458; *Riv. not.*, 2006, 794; *Trib. Bologna*, 1° ottobre 2003 [supra, nota 6]; *Trib. Parma*, 21 ottobre 2003, in questa Rivista, 2004, 73; *Corriere giur.*, 2004, 76; *Trib. Trento*, sez. dist. Cavalese, 20 luglio 2004, in questa Rivista, 2004, 573; *Trib. Bologna*, 30 settembre 2003, *Guida al dir.*, 2003, fasc. 45, 52; *Trib. Bologna*, 16 giugno 2003, in questa Rivista, 2003, 580; *Arch. locazioni*, 2003, 673; *Guida al dir.*, 2003, fasc. 31, 43; *Allegato al Fisco* 2, 2003, 161.

(13) Questo uno dei tratti salienti della motivazione di *Trib. Bologna*, 1° ottobre 2003 [supra, nota 6]: "Poiché il trust interno non può essere ritenuto invalido ex se per la carenza di elementi di estraneità (si rinvia alle considerazioni sopra svolte a proposito della libertà di scelta della legge regolatrice ex art. 6), né per il suo contrasto con norme inderogabili o di applicazione necessaria o di ordine pubblico (a garanzia delle quali presiedono gli art. 15, 16, 18, che, però, incidono sugli effetti di un trust già riconosciuto), l'unica possibile e ragionevole soluzione ermeneutica (a meno di non voler dare all'art. 13 un'interpretatio abrogans degli art. 6 e 11) è quella, appunto, di considerare la disposizione come una "norma di chiusura della convenzione" (paragonabile all'art. 1344 cod. civ.), che mira a cogliere le fattispecie che sfuggono alle norme di natura specifica: in altri termini, l'art. 13 costituisce l'estremo ed eccezionale rimedio apprestato per i casi in cui le modalità e gli scopi di un trust, i cui effetti sfuggono alle previsioni degli art. 15, 16 e 18, siano comunque valutati dal giudice come ripugnanti ad un ordinamento che non conosca quella particolare figura di trust, ma nel quale tuttavia il negozio espliciti in concreto i suoi effetti. Il percorso logico da seguire è, dunque, il seguente: i trust interni sorgono in conseguenza della scelta, da parte del settlor, di una legge regolatrice idonea; la scelta è da ritenersi libera e legittima ex art. 6 della convenzione; secondo la regola generale di cui all'art. 11, i

(segue)

L'effetto segregativo conseguente alla istituzione in trust di determinati beni, secondo la corte felsinea "trova una sua legittimazione in virtù delle specifiche disposizioni previste nella convenzione de L'Aja ed introdotte nell'ordinamento italiano con legge di esecuzione". "L'effetto segregativo, tipico ed essenziale nella struttura del trust, non è conseguenza della mera volontà delle parti, bensì discende da specifiche disposizioni normative: l'art. 11 della convenzione de L'Aja (come il suo omologo della l. 364/1989) afferma inequivocabilmente che "tale riconoscimento implica, quantomeno, che i beni in trust rimangano distinti dal patrimonio personale del trustee"

L'art. 11 della Convenzione, secondo autorevole dottrina oltre che per i Giudici di Bologna, costituisce ad un tempo norma di diritto internazionale privato – come del resto la stessa Convenzione in cui esso si inserisce – e – questa la particolarità – norma di diritto materiale uniforme. L'art. 11, in breve, opera anche e soprattutto a livello di diritto sostanziale, non limitandosi a dettare condizioni per il riconoscimento di un trust straniero, ma disciplinando direttamente gli effetti che lo stesso riconoscimento deve produrre nell'ordinamento degli Stati contraenti.

La legge italiana di ratifica della Convenzione, quindi, avrebbe essa stessa introdotto nel nostro sistema giuridico una testuale deroga al principio di cui all'art. 2740 cod. civ., il quale consente limitazioni di responsabilità "nei casi stabiliti dalla legge". L'art. 11 della L. 16 ottobre 1989, n. 364 può dunque costituire, in questo senso, l'eccezione di fonte legislativa ordinaria alla regola per cui "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri".

Il Tribunale di Reggio Emilia(14), nel pronunciarsi a favore di un'ipotesi di trust interno, ha per parte sua stabilito come l'art. 2740 cod. civ. non costituisca più, da diverso tempo, principio supremo e inderogabile dell'ordinamento italiano, stanti le numerose eccezioni a riguardo introdotte dal legislatore, non ultima la ratifica della Convenzione de L'Aja, con particolare riferimento all'art. 11. Lo stesso art. 2645-ter cod. civ., ad avviso della corte emiliana, ha contribuito in maniera decisiva a svuotare di significato la norma in questione, consentendo la trascrivibilità di atti, anche atipici, che imprimano su un certo bene un vincolo di destinazione volto a realizzare interessi meritevoli di tutela(15).

Quanto al secondo profilo, riferito al problema del numero chiuso dei diritti reali, il medesimo Tri-

bunale di Bologna ha testualmente stabilito che "la separazione dei beni in trust da quelli personali del trustee trova la sua fonte negli art. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja che hanno inserito nell'ordinamento una nuova forma di "proprietà"

Secondo autorevole dottrina, infatti, l'effetto segregativo si verifica perché i beni conferiti in trust non entrano nel patrimonio del trustee se non per la realizzazione dello scopo indicato dal disponente nell'atto istitutivo di trust, e, quindi, con lo specifico fine di restare separati dai suoi restanti averi. Se così non fosse, mancherebbe la stessa causa del trasferimento. Pertanto, non può parlarsi di acquisizione al patrimonio del trustee di detti beni, trattandosi di una proprietà "qualificata" o "finalizzata", o meglio ancora "dovuta"(16), caratterizzata, cioè, dal preciso fine destinatorio formalizzato nel trust. Tale forma di proprietà è così introdotta dagli artt. 2 e 11 della Convenzione de L'Aja in aggiunta a quella ordinaria conosciuta di cui agli artt. 832 s. cod. civ., mentre il nostro ordinamento già ne prevede forme analoghe nell'art. 1707 cod. civ., nel fondo patrimoniale e nei patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-bis ss. cod. civ.

Più di recente il Tribunale di Firenze(17) ha a sua

Note:

(continua nota 13)

trust istituiti in conformità alla legge determinata in base al capitolo II (e, quindi, anche i trust domestici) devono essere riconosciuti come tali; in forza degli art. 15, 16 e 18, qualora i trust riconosciuti producano effetti contrastanti con norme inderogabili o di applicazione necessaria della lex fori o con principi di ordine pubblico del foro, l'applicazione della legge straniera dovrà cedere il passo a quella della legge interna; infine, ex art. 13, qualora un trust interno, regolato da legge straniera, produca effetti ripugnanti per l'ordinamento che non siano colpiti dagli art. 15, 16 e 18, è possibile negare tout court il riconoscimento (il quale sarebbe, a tali condizioni, inesigibile). Dal momento che la questione sollevata dall'attrice non riguarda celati intenti frodati del disponente (mai allegati né dimostrati), ma si limita a sostenere che il trust interno non può trovare riconoscimento nell'ordinamento italiano in forza dell'art. 13 della convenzione, per le considerazioni sopra svolte l'eccezione di invalidità deve essere, anche sotto questo profilo, respinta".

(14) Trib. Reggio Emilia, 14 maggio 2007 [supra, nota 12].

(15) Secondo i giudici di Reggio Emilia l'art. 2645-ter cod. civ. non è norma che legittima la trascrivibilità del trust, essendo questa già ampiamente ammessa dalla giurisprudenza precedente l'introduzione della norma: essa, quindi, è da considerarsi mera conferma di una prassi preesistente; la trascrivibilità del trust nei pubblici registri italiani, infatti, discende in primo luogo dall'art. 12 della Convenzione de L'Aja ratificata dall'Italia.

(16) L'espressione "proprietà dovuta", riferita alla situazione dominicale del trustee sui beni istituiti in trust, è di M. Lupoi. V. a riguardo M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, pp. 91-92.

(17) Trib. Firenze, 2 luglio 2005 [supra, nota 12].

volta stabilito come il legislatore nazionale, attraverso la ratifica della Convenzione de L'Aja, abbia inteso introdurre nell'ordinamento italiano il trust. Non sarebbe, pertanto, possibile escludere in astratto l'ammissibilità del trust interno, dovendosi al contrario procedere ad un accertamento caso per caso, sia dell'eventuale violazione di norme imperative di legge non derogabili dall'autonomia privata, sia della meritevolezza dell'interesse perseguito.

Nettamente favorevoli all'ammissibilità del trust interno sono anche i Tribunali di Venezia e Velletri. Quest'ultimo ha sostenuto come esso abbia la medesima causa dei trust stranieri, consistente nella formazione di un patrimonio separato in capo a un soggetto affinché questi lo gestisca nell'interesse dei beneficiari; tale causa è lecita poiché consente il perseguimento di interessi riconosciuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, non essendo, inoltre, dissimile da quella tipica di altre figure giuridiche già previste dal nostro sistema (tra cui le fondazioni familiari e il fondo patrimoniale)(18). Il collegio veneto si è, invece, pronunciato a favore del trust interno ritenendolo del tutto legittimo, nei limiti dei principi indicati all'art. 15 della Convenzione, anche qualora il suo effetto sia quello di privare un erede del disponente della sua quota di legittima: il legittimario deve agire, infatti, in riduzione (e non per la nullità del trust), qualificando i trasferimenti a favore del trustee in termini di liberalità indirette(19)(20).

Quanto alla giurisprudenza tavolare, fra gli ultimi provvedimenti in merito si segnalano quelli del Tribunale di Trieste(21), il quale ha affermato l'intavolazione nei libri fondiari del trust interno (nella fattispecie di scopo), sia perché l'art. 12 della Convenzione avrebbe introdotto una nuova fattispecie negoziale suscettibile di pubblicità, sia perché a ciò non osterebbe alcuna previsione normativa del R. D. 28 marzo 1929, n. 499 (c.d. legge tavolare). L'atto con il quale il disponente vincola beni immobili in trust trasferendone la proprietà al trustee, se in concreto compatibile con l'ordinamento giuridico italiano, merita l'intavolazione come negozio finalizzato a incidere sul regime dominicale della *res* e, in particolare, su diritti considerati dall'ordinamento inerenti al bene immobile oggetto della convenzione negoziale. Il giudice deve verificare in concreto se il programma negoziale del trust rispetti i principi dell'ordinamento italiano, fuggendo da soluzioni preconcepite e da valutazioni generalizzanti e aprioristiche sull'istituto in questione. L'accertamento giudiziale circa la li-

ceità in concreto del trust non può, perciò, prescindere dall'allegazione del relativo atto istitutivo alla domanda di intavolazione dei beni dal disponente al trustee, pena la negazione di pubblicità all'atto e al diritto trasferito.

Note:

(18) Trib. Velletri, 29 giugno 2005 [*supra*, nota 12].

(19) Trib. Venezia, 4 gennaio 2005 [*supra*, nota 12].

(20) Negli ultimi tempi la giurisprudenza italiana in tema di trust interno è stata copiosa ed essenzialmente orientata, come detto, nel senso della piena ammissibilità dell'istituto. Si vedano, tra le più recenti pronunce, Trib. Roma, 11 marzo 2009, in questa Rivista, 2009, 543, il quale ammette, nell'ambito di una procedura concorsuale, il conferimento in trust da parte del curatore del fallimento delle somme destinate ai creditori irripetibili; Trib. Reggio Emilia, 5 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 645, che riconosce esclusivamente al trustee la legittimazione ad insinuarsi nel passivo fallimentare di una società emittente un prestito obbligazionario oggetto di trust, istituito con il precipuo scopo di assicurare il rispetto del relativo regolamento, il tutto al fine di ottenere una somma da redistribuire agli obbligazionisti in proporzione dei rispettivi crediti; Trib. Genova, 17 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 531, ove il Giudice Tutelare autorizza l'amministratore di sostegno ad istituire un trust a favore dell'amministrato e della di lui famiglia, avente ad oggetto beni in parte di proprietà dell'amministrato stesso, soluzione che garantisce "il miglior regime di vita possibile unitamente alle cure e all'assistenza necessarie"; Trib. Crotone, 26 maggio 2009, in questa Rivista, 2009, 37, che, riconoscendo implicitamente il trust interno, pone come limite all'efficacia delle disposizioni in esso contenute le norme imperative e di ordine pubblico, ed in particolare il principio di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, teso ad impedire che l'autonomia negoziale sia compressa da restrizioni imposte dall'autorità giudiziaria al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge e ad impedire una privatizzazione della giustizia; Trib. Milano, Sez. Dist. Legnano, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 634, il quale respinge il ricorso di un creditore sociale per sequestro conservativo di un immobile segregato in trust dalla società debitrice, attualmente in liquidazione, essendo il trust *de quo* strumento in grado di "operare la liquidazione in modo più ordinato ed efficace realizzando e garantendo la conservazione del valore dell'impresa in funzione del miglior realizzo, nell'interesse dei creditori sociali e dei soci della Disponente"; Trib. Firenze, 6 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 549, in tema di trust di garanzia e prescrizione del diritto di credito del beneficiario; Trib. Bari, 21 dicembre 2007, in questa Rivista, 2009, 647, il quale consente il conferimento in trust di beni facenti parte di un asset fallimentare venduti all'incanto, qualora il trust, avendo partecipato ai pubblici incanti, ne sia risultato aggiudicatario ed abbia depositato il relativo prezzo; Trib. Milano, 16 giugno 2009, in questa Rivista, 2009, 533, che dichiara la nullità di un trust istituito da una società insolvente per tutelare le pretese dei creditori, in quanto finalizzato a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali, incompatibile con gli articoli 13 e 15 della Convenzione de L'Aja; Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in questa Rivista, 2009, 636, che legittima l'istituzione di un trust da parte dell'assuntore coobbligato e del debitore, quale strumento efficace di ristrutturazione dei debiti che consenta la concreta esecuzione delle obbligazioni concordatarie; Trib. Torino, 5 maggio 2009, *infra*, 92, in tema di revoca di un atto di conferimento di beni in trust e di conseguente espropriazione presso il terzo proprietario.

Per il riconoscimento di un trust istituito all'estero, si veda Cass., 1° luglio 2007 n. 16991, in questa Rivista, 2009, 624, che affronta il tema della *final sequestration* prevista dall'art. 12 dell'Insolvency Act della Repubblica del Sudafrica, assimilata *quoad effectum* alla dichiarazione di fallimento, 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.

(21) Trib. Trieste, 6 aprile 2006 e Trib. Trieste, 23 settembre 2005 [*supra*, nota 12].

■ Il trust a favore di soggetti incapaci e tendenzialmente capaci

Il trust individua, dunque, un patrimonio separato di destinazione, privo di soggettività giuridica, il cui effetto qualificante consiste nella segregazione patrimoniale di determinate utilità di scambio e di uso per il perseguimento di un programma meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, solitamente, ma non necessariamente a beneficio di soggetti diversi dal disponente.

Esso può essere modulato e conformato nella maniera più varia, anche al fine di provvedere alla cura di persone non autonomamente in grado di tutelare i propri interessi. In tal senso il trust può costituire una valida alternativa alle ordinarie misure di protezione dei soggetti deboli, così come apprestate dall'ordinamento(22).

Il caso affrontato dal Tribunale di Bologna offre al giurista uno spunto molto interessante in questa direzione. Il decreto in commento autorizza l'istituzione di un trust a favore di un beneficiario di amministrazione di sostegno(23), ovvero di un soggetto tendenzialmente capace d'agire, ma che, tuttavia, subisce restrizioni alla propria libertà d'azione, nei limiti fissati dal decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno.

Più precisamente, si è in presenza di un trust dinamico con finalità autodesinata: dinamico perché la protezione del soggetto beneficiario è mediata dall'attribuzione dei beni (*rectius*: dei diritti sui beni) ad un ente (nel nostro caso una società dotata di un elevato grado di professionalità); con finalità autodesinata, perché il disponente è contemporaneamente anche beneficiario.

La finalità autodesinata, accompagnata dai corollari della segregazione patrimoniale e del contestuale sacrificio dei creditori, trova, nel caso di specie, la propria giustificazione causale nella composizione del conflitto nascente tra la tutela del patrimonio del soggetto beneficiario ed il rispetto delle prerogative e della dignità della persona medesima. L'interesse del ceto creditorio può così soccombere dinanzi alla tutela di un soggetto che, seppur capace, non è in grado di provvedere in piena autonomia ai propri interessi, e in relazione al quale rileva, quindi, un forte rischio di dispersione del patrimonio.

Il trust, normalmente preordinato alla tutela di istanze di natura economica, nel caso di specie si affianca e non si sostituisce all'operato dell'amministratore di sostegno, per quanto non espressamente

conferito nel trust stesso. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno, apparentemente esautorato della proprietà e della legittimazione di disporre in vita dei beni istituiti in trust, può, tuttavia, liberamente regolarne la sorte per il tempo in cui avrà cessato di vivere(24).

I beni sono conseguentemente assoggettati, durante la vita del soggetto beneficiario e finché perduri la sua condizione di precarietà psico-fisica, ad un vincolo di indisponibilità dettato da ragioni di protezione del beneficiario medesimo. Detto vincolo non avrebbe più ragione di esistere nel momento in cui questi ritorni pienamente capace di agire o deceda.

A livello strutturale, la caratteristica di maggior rilievo del trust in questione è data dalla coincidenza tra qualità di disponente e qualità di beneficiario, entrambe concentrate nella medesima persona "incapace" o, più correttamente, sottoposta ad amministrazione di sostegno.

Nulla osta in generale alla possibilità di prevedere se stessi quali beneficiari del trust che si intende istituire.

Il limite sta tutto nella meritevolezza dell'interesse tutelato(25).

Note:

(22) S. Bartoli, Trust con beneficiari incapaci e rispetto delle nostre norme imperative in materia, in questa Rivista, 2003, 560; A. Palazzo, Autonomia privata e trust protettivi, *ivi*, 192; V. Vigoriti, Trustee e beneficiari: l'arbitrato difficile, *ivi*, 2002, 505; D. Caruso, Trust in favore di soggetto portatore di handicap, *ivi*, 2000, 612; P. Amenta, Trust a protezione di disabile, *ivi*, 616.

(23) Il tema dell'amministrazione di sostegno è trattato, tra l'altro, da L. Genghini, La volontaria giurisdizione, Padova, 2006, p. 643; G. Bonilini - A. Chizzini, L'amministrazione di sostegno, Padova, 2004, p. 18; A. Venchiarutti, Gli atti del beneficiario di amministrazione di sostegno. Questioni di validità, in G. Ferrando (cur.), L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli, Milano, 2005, p. 162.

Per i rapporti tra amministrazione di sostegno e trust: M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto, in questa Rivista, 2006, 354; A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno, *ivi*, 46; Id., Amministrazione di sostegno e trust per una protezione articolata del disabile, Nuova giur. civ., 2006, 1211; G. Cipriani, L'amministrazione di sostegno e il trust interno, *ivi*, 299.

In giurisprudenza, Trib. Bologna, 11 maggio 2009 [*supra*, nota 1]; Trib. Bologna, 23 settembre 2008, in questa Rivista, 2008, 631.

(24) È, infatti, pacifico che il beneficiario di amministrazione di sostegno possa testare, non rientrando in alcuna delle ipotesi di incapacità di cui all'art. 591 cod. civ.

(25) Liceità è concetto diverso rispetto a meritevolezza, lemma il primo che designa un atto non contrario a norme imperative, al buon costume ed all'ordine pubblico, la meritevolezza rappresentando invece un *quid* dai contorni incerti. Mentre in materia contrattuale la tendenza della dottrina e della giurisprudenza è tesa ad assorbire il giudizio di meritevo-

(segue)

Non vi sono, peraltro, dubbi sulla meritevolezza del trust *de quo*, volto com'è a fungere da forma di sostegno e sostentamento per un soggetto non del tutto in grado di provvedere autonomamente a se stesso.

Evidente è la vicinanza, se non quasi la coincidenza, tra il trust in oggetto e quello in genere istituito a favore di individui affetti da disabilità o da *handicap*(26). L'esigenza di provvedere ai bisogni di vita di soggetti colpiti da forme di minorazione, sia essa psichica o anche solo fisica, oltre a rilevare costituzionalmente (cfr. artt. 3 e 32 Cost.), è anche oggetto di specifiche norme di legge di rango ordinario: si pensi agli articoli che il libro primo del codice civile dedica alla tutela dei minori e degli interdetti, agli inabilitati e ai minori emancipati, e ai soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno. Non ultimo il riferimento al concetto di "disabilità" di cui all'art. 2645-ter cod. civ. Senza contare, poi, la recente legislazione speciale sulle persone diversamente abili(27). A tutto questo devono, infine, aggiungersi la notevole diffusione sociale e pratica di trust a ciò finalizzati(28), oltre al pressoché incontrastato *favor* che essi incontrano nelle pronunce dei giudici(29).

La tutela degli incapaci *latu sensu* intesi è fine meritevole di tutela per il nostro ordinamento, senza possibilità di contestazione alcuna.

Detta meritevolezza non può, peraltro, escludersi per il sol fatto che beneficiario del trust sia il medesimo soggetto disponente, nella fattispecie sottoposto ad amministrazione di sostegno rappresentativa. La dottrina nulla eccepisce in ordine alla coincidenza tra i soggetti in questione, e addirittura ammette l'istituzione di trust ove nello stesso individuo converga anche la qualità di trustee, oltre a quelle di disponente e di beneficiario, sempre che quest'ultima qualità sia non di sua titolarità esclusiva, ma da lui condivisa con altri(30). In tali estremi limiti può ravvisarsi la meritevolezza del trust, quantomeno sotto il profilo strutturale.

Altra caratteristica è individuata dal trasferimento strumentale dei beni ad un trustee professionale, che meglio di tutti potrà garantire l'attuazione della finalità assistenziale dell'affidamento *de quo*(31).

In particolare, la qualifica di trustee non è assunta direttamente dall'amministratore di sostegno, come è avvenuto, invece, in altri casi(32). Si tratta, in quest'ultimo caso, di un'ipotesi ritenuta ammissibile, nonostante l'apparente contrasto del trasferimento strumentale attuativo del trust con le norme che impediscono al rappresentante legale dell'incapace di

rendersi in genere acquirente di ragioni o diritti verso l'incapace medesimo(33).

Note:

(continua nota 25)

lezza in quello sulla liceità, svuotando in tal modo il contenuto della prima a scapito della seconda, è opinione degli scriventi che il concetto di meritevolezza sia legato indissolubilmente alla solidarietà e che quindi abbracci anche istanze di soggetti totalmente o parzialmente incapaci. Per un'ampia analisi del concetto di meritevolezza, si rinvia a E. Morandi, Gli atti di destinazione nell'esperienza degli Stati Uniti d'America, in Aa. Vv., Negozio di destinazione: percorsi verso un'esperienza sicura dell'autonomia privata, Lavis, 2007, pp. 46-55 e G. Baralis, Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter cod. civ., *ivi*, pp. 135-138.

(26) Sul trust per disabili v., *ex multis*, F. Rota – G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia [*supra*, nota 8], p. 127 s.

(27) Legge 5 febbraio 1992, n. 104, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate (G. U., 17 febbraio 1992, n. 39, S.O.), c.d. legge-quadro sull'handicap, da ultimo modificata con Legge 8 marzo 2000, n. 53 e con Decreto Legislativo 26 marzo 2001, n. 151.

(28) Copiosi sono i contributi di stampo pratico sul trust a favore di soggetti incapaci. V. tra i molti: G. Gallizia, Trust per i discendenti con "beni prenotati", in questa Rivista, 2009, 85. V. anche *infra*, nota 36. Sugli aspetti prettamente tecnico-redazionali della questione, v. Atto di trust in favore di soggetto sottoposto ad amministrazione di sostegno, in questa Rivista, 2006, 635, e Istituzione di un trust su beni di un minore: il ricorso e la consulenza, *ivi*, 2009, 324. Più in generale, sul trust familiare, v. M. Beltrami – R. Sarro, I difficili equilibri tra le posizioni del disponente, del trustee, dei guardiani e dei beneficiari in un trust di famiglia, *ivi*, 2008, 36; V. Mariani, Il trust familiare: l'ontologica differenza con gli altri istituti, *ivi*, 2008, 282; M. Focosi, Trust e diritto di famiglia: analisi di alcuni casi pratici, *ivi*, 2008, 585; F. Rota – G. Biasini, Il trust e gli istituti affini in Italia [*supra*, nota 8], p. 113 s.; C. Carbone, Trust a tutela di soggetti deboli. Problemi e alternative nell'ambito della famiglia, *Vita not.*, 2009, 1089.

(29) V. Trib. Trieste, 19 settembre 2007 [*supra*, nota 12]; Trib. Modena, 11 agosto 2005 [*supra*, nota 12]; Trib. Genova, 14 marzo 2006 [*supra*, nota 12]. Più specificamente, sul trust a favore dei discendenti in sede di separazione personale tra coniugi, v. Trib. Genova, 1° aprile 2008 [*supra*, nota 12]; Trib. Milano, 7 giugno 2006 [*supra*, nota 12]; Trib. Pordenone, 20 dicembre 2005 [*supra*, nota 12]; sul punto v. anche Atto istitutivo di trust allegato ad un verbale di separazione coniugale consensuale, in questa Rivista, 2008, 456.

(30) V. M. Lupoi, Istituzioni [*supra*, nota 16], p. 4 s., secondo cui "Il disponente può rimettere il compito a se stesso: il disponente allora si sdoppia e nella sua persona coincidono disponente e trustee: parliamo di trust auto-dichiarato (in inglese "self-declared trust"). Il trustee, coincide egli o meno con il disponente, può essere beneficiario, purché non l'unico beneficiario. Il disponente può essere beneficiario. Teoricamente, il disponente può essere l'unico beneficiario, purché non sia anche trustee. Nella prassi, i trust con questa struttura, che sforzano fino al limite i principi giuridici dell'istituto, sono rarissimi perché le medesime funzioni sono meglio attuate da altri negozi gestori. Tuttavia, se ne rinvencono esempi in campo commerciale e finanziario, quando certe risorse debbono essere apprese e gestite dal trustee prima di essere rimesse al beneficiario".

(31) Non si tratta, quindi, di trust auto-dichiarato.

(32) V. ad esempio Trib. Modena, 11 dicembre 2008, in questa Rivista, 2009, 177, ove il ruolo di trustee del trust a favore di soggetto minore d'età è assunto dal di lui tutore.

(33) Ai sensi dell'art. 323 cod. civ., infatti, i genitori esercenti la potestà sul figlio minore "non possono, neppure all'asta pubblica, rendersi ac-

(segue)

È, inoltre, prevista la figura del guardiano, nella fattispecie ricoperta da un professionista, con poteri di natura essenzialmente consultiva in ordine alle operazioni da compiersi ad opera del trustee. Tale figura è ritenuta da parte della giurisprudenza fondamentale per l'istituzione di trust a favore degli incapaci, in modo da garantire la maggiore ponderatezza possibile delle decisioni relative alla sorte dei beni in trust(34). Talvolta al guardiano spettano altresì poteri di veto o anche di disposizione di dati beni del trust(35).

■ Il trust come alternativa all'interdizione

Il trust interno può, come detto, essere impiegato per gli scopi più disparati, nei limiti della meritevolezza degli interessi da perseguire.

Tale è la conclusione cui giungono dottrina e giurisprudenza prevalenti, previa l'adozione della susposta opinione favorevole all'astratta ammissibilità dell'istituto nel nostro ordinamento.

Uno dei campi applicativi più frequenti del trust è rappresentato dal diritto di famiglia(36).

L'istituzione di un trust presenta, nel caso di specie, notevoli vantaggi pratici rispetto ai tradizionali uffici di diritto privato rappresentativi (*id est*: potestà dei genitori e tutela) o assistenziali (*id est*: emancipazione ed inabilitazione) così come delineati dall'ordinamento(37).

Solitamente i singoli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, posti in essere da soggetti totalmente o parzialmente incapaci di agire, sono soggetti ad autorizzazione da parte dell'organo giudiziario che rimuove in tal modo un limite all'esercizio dei diritti stessi. Ciò può non verificarsi qualora il bene, trasferito a favore dell'incapace a titolo di liberalità, venga successivamente alienato, e il donante o il testatore abbiano disposto nel senso di non richiedere le autorizzazioni all'uopo previste.

Infatti, dall'art. 356 cod. civ., dettato in tema di lascito testamentario o donativo a favore di un minore o di un interdetto, si evince come, effettuata una liberalità a favore di un incapace, il donante possa esonerare il soggetto che amministra i beni nell'interesse dell'incapace dall'obbligo di munirsi delle autorizzazioni giudiziali per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione sui beni oggetto di liberalità(38).

Tuttavia, la norma ha un campo applicativo limitato perché, oltre a non applicarsi direttamente agli

inabilitati ed ai beneficiari di amministrazione di sostegno in quanto non espressamente richiamata nelle relative *sedes materiae*, sconta, per interpretazione costante, due importanti eccezioni qualora i beni siano attribuiti a titolo di eredità o si sia in presenza di un'azienda commerciale(39).

Nel primo caso, infatti, è necessario proteggere, oltre agli interessi dell'incapace, anche quelli dei creditori ereditari e dei legatari da una possibile distra-

Note:

(continua nota 33)

quirenti direttamente o per interposta persona dei beni e dei diritti del minore". Divieto analogo è previsto all'art. 378 cod. civ. in materia di tutela del minore, applicabile direttamente anche all'interdizione giudiziale in forza del rinvio espresso di cui all'art. 424 cod. civ. Meno rigorosa è, invece, la disciplina che sul punto caratterizza l'amministrazione di sostegno, di cui all'art. 411, III comma, cod. civ. Evidentemente il carattere "dovuto" della proprietà del trustee sui beni istituiti in trust e l'impossibilità per il medesimo di trarre utilità e benefici da tale situazione dominicale, tutta a esclusivo vantaggio del soggetto beneficiario del trust, impediscono di considerare violato il disposto delle norme citate laddove il ruolo di trustee del trust a favore dell'incapace sia ricoperto dal rispettivo rappresentante legale.

(34) V. Trib. Modena, 11 dicembre 2008 [*supra*, nota 31], secondo cui "appare opportuno procedere a detta nomina affiancando al trustee un guardiano che potrà verificare come si sia impiegata la discrezionalità del trustee nel rispetto delle finalità del trust, scegliendo detto guardiano fra soggetti terzi rispetto al nucleo familiare della minore ed esperti in diritto dei trust".

(35) Sulla figura del guardiano in generale e sui poteri anche di veto e/o dispositivo-gestionali che l'atto istitutivo di trust può attribuirgli, v. M. Lupoi, Istituzioni [*supra*, nota 16], p. 125 s.

(36) Sull'applicazione del trust nel diritto di famiglia, v. i contributi segnalati *supra*, nota 27.

(37) Sui rapporti tra misure ordinarie di protezione dell'incapace e trust interno, v., *ex multis*, M. R. Spallarossa, Amministrazione di sostegno, interdizione, trust: spunti per un confronto [*supra*, nota 23], a p. 354 e A. Venchiarutti, La protezione dei soggetti deboli. Trust e amministrazione di sostegno [*supra*, nota 23], a p. 46.

(38) V. A. Auciello – F. Badioli – C. Iodice – S. Mazzeo, La volontaria giurisdizione e il regime patrimoniale della famiglia, Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi, Milano, 2000, p. 227; G. Santarcangelo, La volontaria giurisdizione, Istituti a protezione degli incapaci, II, Milano, 2003, p. 791; A. Guerra, Il curatore speciale per l'amministrazione dei beni donati o lasciati ad incapaci, Riv. not., 1960, 166, a p. 173. Analoga previsione, in merito alla possibilità di eliminare il controllo giudiziale circa il compimento di atti di straordinaria amministrazione, è contenuta nel disposto di cui all'art. 169 cod. civ., secondo cui "Se non è stato espressamente consentito nell'atto di costituzione, non si possono alienare, ipotecare, dare in pegno o comunque vincolare beni del fondo patrimoniale se non con il consenso di entrambi i coniugi e, se vi sono figli minori, con l'autorizzazione concessa dal giudice, con provvedimento emesso in camera di consiglio, nei soli casi di necessità od utilità evidente". Sulla problematica relativa all'ammissibilità della clausola del fondo patrimoniale che escluda la necessità dell'autorizzazione giudiziale, anche in presenza di figli minori, per gli atti di straordinaria amministrazione dei beni costituiti in fondo, v. L. Genghini, La volontaria giurisdizione [*supra*, nota 23], pp. 278 – 282.

(39) G. Capozzi, Successioni e donazioni, Milano, 2002, pp. 192-194; A. Jannuzzi, Manuale della volontaria giurisdizione, Milano, 1984, p. 186; A. C. Pelosi, La patria potestà, Milano, 1965, p. 228.

zione di beni che frustrerebbe le loro ragioni. Logica conseguenza è la necessaria applicazione dell'art. 747 cod. proc. civ. che attribuisce la competenza al "Tribunale delle Successioni" ex art. 747 cod. proc. civ..

Nel caso di azienda commerciale, data l'assunzione del rischio d'impresa comportante responsabilità illimitata, l'incapace dovrà munirsi dell'autorizzazione giudiziale per continuare l'attività ai sensi dell'art. 320, quinto comma, cod. civ. (per i minori), ed ai sensi dell'art. 371, primo comma, lett. c) e secondo comma, cod. civ.(40).

Allora, se l'esonero dalla richiesta di autorizzazione giudiziale è ritenuto pienamente ammissibile, qualora il bene resti in titolarità del soggetto incapace, *a fortiori* ciò dovrà valere qualora il beneficiario sia un soggetto tendenzialmente capace ed il bene venga trasferito ad un terzo dotato di un elevato grado di professionalità ed in grado di tutelare le ragioni del beneficiario medesimo.

Ciò che si verifica in caso di istituzione di trust a favore di un beneficiario di amministrazione di sostegno con attribuzione strumentale di beni al trustee.

Infatti i beneficiari del trust non sono legalmente intestatari della proprietà dei beni (c.d. *equitable estate*), dato che la stessa è attribuita al trustee (c.d. *legal estate*) ed il trustee medesimo non assume propriamente la qualifica di rappresentante legale(41).

Inoltre, in tal caso, l'esercizio dell'attività di impresa potrà avvenire senza che sia necessario richiedere le predette autorizzazioni, dato che il trust rappresenta un patrimonio separato sia rispetto a quello del disponente che a quello del trustee, insensibile alle vicende dei relativi creditori e quindi senza che il beneficiario possa subire le conseguenze economiche, anche concorsuali, di una *mala gestio*.

Infine, la mancanza di autorizzazioni giudiziali trova spazio anche in caso di istituzione di trust volontario a titolo oneroso, mentre ciò non può dirsi in caso di lascito testamentario o donativo ai sensi dell'art. 356 cod. civ., limitato alle ipotesi di liberalità.

Il Giudice espressamente rileva come il trust *de quo* consenta di realizzare una giusta scelta di compromesso tra esigenze fra loro contrapposte: tutela dell'autonomia del soggetto, solo parzialmente "incapace", da una parte, e sostegno economico-patrimoniale a una situazione meritevole comunque di protezione, dall'altra(42).

È così che il collegio bolognese giustifica la meritevolezza del trust quale strumento alternativo alla interdizione.

L'amministrazione di sostegno pare, quindi, nel caso di specie, misura non totalmente in grado da sola di provvedere alla tutela degli interessi essenzialmente patrimoniali del soggetto beneficiario. Nel ricorso da cui è scaturito il decreto in commento, l'amministratore di sostegno sembra in particolare preoccuparsi del rischio che altri (meglio individuati nell'attuale compagnia del beneficiario) possano appropriarsi e, quindi, sottrarre beni al soggetto affetto da minorazione, in considerazione della notevole ricchezza di cui è divenuto titolare a seguito della morte dei genitori.

Probabilmente la "cura della persona" alla quale per legge è tenuto il tutore nei confronti dell'interdetto esprime la necessità di un controllo invasivo anche in ordine alla custodia della ricchezza, che altrimenti potrebbe essere oggetto di facili sottrazioni e/o sperperi da parte di terzi i quali approfittino della situazione di minorità del soggetto che la detiene.

Non pare che l'amministrazione di sostegno, neanche nella versione "pervasiva" o "onnicomprensiva" di cui al caso di specie, possa garantire un livello di controllo così penetrante sulla vita quotidiana del beneficiario da scongiurare il rischio di sottrazioni patrimoniali provenienti dall'esterno. E ciò anche laddove il decreto istitutivo della misura di protezione attribuisca al titolare dell'ufficio competenze di carattere esclusivo, tali da eliminare sul punto la concorrente capacità del beneficiario, come avviene nel caso di specie.

Tuttavia non rilevano neppure i presupposti per l'interdizione, la cui richiesta – ad opera dello stesso amministratore di sostegno – è stata per ben due volte respinta dal Giudice. Il soggetto affetto da minorazione psichica non risulta sprovvisto a tal punto di autonomia da giustificare il ricorso all'*extrema ratio* dell'interdizione giudiziale.

Note:

(40) A. Auciello, Incapaci e impresa [*supra*, nota 4], p. 5.

(41) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 8], p. 3 il quale afferma che il "frazionamento del diritto di proprietà fra trustee e beneficiario e l'esistenza di due diritti di proprietà sul medesimo bene ("legal ownership" e "equitable ownership") sono fraintendimenti che è oramai tempo di spiegare e superare".

(42) Così il collegio bolognese nel decreto in commento: "Al fondo, vi è il conflitto fra tutela del patrimonio del beneficiario e rispetto della prerogativa e della dignità della persona. [...] L'istituzione del trust consente dunque nel caso di specie di garantire la conservazione (e la destinazione) del patrimonio (o meglio, di buona parte del patrimonio) senza dover ridurre ulteriormente la capacità di agire del beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Queste considerazioni tanto più valgono se si pone in raffronto l'esigenza di protezione della persona con l'eventuale applicazione dell'interdizione: del resto il Tribunale, nel respingere la seconda istanza di interdizione, si era pronunciato sul punto".

In questa sottile linea di confine, che separa l'una dall'altra le due misure di protezione citate, si inserisce il trust, che così rivela tutta la sua potenzialità operativa in ambito familiare e di protezione degli incapaci.

L'inidoneità dell'amministrazione di sostegno, da un lato, allo svolgimento di funzioni di "polizia" sufficientemente invasive e precauzionali circa l'incolumità patrimoniale del soggetto beneficiario, e la non fondatezza delle richieste di interdizione per mancanza dei relativi presupposti, dall'altro, inducono il Tribunale di Bologna, in sede di autorizzazione *ex art.* 747 cod. proc. civ., a valorizzare il trust quale misura di protezione patrimoniale a tutela del soggetto minorato, cumulativa rispetto all'amministrazione di sostegno, ma alternativa all'interdizione.

In relazione all'istituzione di un trust pressoché identico a quello in commento, lo stesso collegio felsineo ha in tempi recenti affermato come "il vincolo di destinazione impresso sui beni in questo modo appare ancora più forte delle previsioni degli artt. 410 cod. civ. e ss. a tutela del beneficiario. Infatti l'amministratore di sostegno deve "tener conto dei bisogni e delle aspirazioni del beneficiario", ma la norma non esclude che avendone tenuto conto egli possa valutare diversamente da lui il suo migliore interesse. Inoltre, in caso di contrasto tra l'amministratore e il beneficiario il Giudice Tutelare deve valutare in contraddittorio con quest'ultimo i provvedimenti più opportuni da prendere nel suo interesse, ma è in capo al Giudice la decisione finale sulla questione su cui è insorto il conflitto. Con l'istituzione del trust qui proposto, espressivo delle richieste e delle aspirazioni del beneficiario, i beni istituiti in trust potranno essere destinati esclusivamente alle finalità dichiarate nel trust, corrispondenti alle legittime istanze espresse dal beneficiario, [...] consentendo al beneficiario – una volta che il trust sia stato autorizzato dal G. T. – di predeterminare in maniera vincolante sia per l'amministratore che per il G. T. gli scopi a cui dovrà essere destinato il suo patrimonio"(43).

■ L'art. 2645-ter cod. civ. e la protezione delle istanze di soggetti incapaci

È opportuno a questo punto chiedersi se, nel caso di specie, il trust rappresenti lo strumento giuridico più adatto per il perseguimento dell'interesse del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, oppure se, in al-

ternativa al medesimo, sia utilizzabile l'atto di destinazione di cui all'art. 2645-ter cod. civ.(44), recentemente introdotto con D. L. 30 dicembre 2005, n. 273 convertito, con modificazioni, L. 23 febbraio 2006, n. 51.

Si tratta, più precisamente, di un atto solenne che, in presenza di un interesse meritevole di tutela e non preconstituito dal legislatore, dà origine, derogando espressamente alla garanzia patrimoniale generica *ex art.* 2740 cod. civ., ad un patrimonio separato di destinazione con effetti segregativi, soggetto alla normativa italiana.

La risposta al quesito pare debba essere negativa, almeno aderendo alla lettura che autorevole e rigorosa dottrina ha dato della norma in esame(45).

Mentre l'istituzione di beni in trust è funzionale anche alla destinazione di utilità d'uso e di scambio a servizio di un interesse preconstituito non necessariamente altrui (come avviene nel caso di specie del decreto bolognese), tale possibilità sembra, invece, esclusa nel caso di istituzione di un atto di destinazione *ex art.* 2645-ter cod. civ.

L'assunto muove dal fatto che la legittimazione ad agire per la realizzazione dello scopo divisato nell'atto di destinazione spetta al soggetto conferente e ad ogni interessato, azione di adempimento che ricalca quella prevista in tema di onere all'art. 793 cod. civ.. Da ciò

Note:

(43) Così si esprime Trib. Bologna, 23 settembre 2008 [*supra*, nota 23]. Tale provvedimento rappresenta l'antecedente logico-giuridico del decreto in commento, in quanto emanato nell'ambito della stessa vicenda familiare.

(44) M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust, in questa Rivista, 2006, 169; F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645-ter cod. civ., Giust. civ., 2006, II, 165; G. Vettori, Atto di destinazione e trust: prima lettura dell'art. 2645 ter, Obbligazioni e contratti, 2006, X, 775; G. Oppo, Brevi note sulla trascrizione di atti di destinazione, Riv. dir. civ., 2007, I, 1; M. Bianca, Atto negoziale di destinazione e separazione, Riv. dir. civ., 2007, I, 198; R. Quadri, L'art. 2645 ter e la nuova disciplina degli atti di destinazione, Contratto e impresa, 2006, 1717; G. Petrelli, La trascrizione degli atti di destinazione, Riv. dir. civ., 2006, II, 161; A. Picciotto, Brevi note sull'art. 2645 ter: il trust e l'araba fenice, Contratto e impresa, 2006, 1314; P. Manes, La norma sulla trascrizione di atti di destinazione è, dunque, norma sugli effetti, Contratto e impresa, 2006, 626; G. Oberto, Vincoli di destinazione *ex art.* 2645 ter cod.civ. e rapporti patrimoniali tra coniugi, Famiglia e diritto, 2007, 212; A. Zoppini, Destinazione patrimoniale e trust: raffronti e linee per una ricostruzione sistematica, in Aa. Vv., Negozio di destinazione: percorsi verso un'esperienza sicura dell'autonomia privata [*supra*, nota 25], pp. 337-343 e M. Maltoni, Il problema dell'effettività della destinazione, *ivi*, pp. 80-85; A. Pezzani – S. Sebastiani, Vincoli di destinazione *ex art.* 2645 ter cod.civ. e accordo di separazione tra i coniugi, Famiglia e diritto, 2008, 1169; G. Vettori (cur.), Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter del codice civile), Torino, 2008.

(45) P. Spada, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta, in Aa. Vv., Negozio di destinazione: percorsi verso un'esperienza sicura dell'autonomia privata [*supra*, nota 25], p. 124.

si evince che l'interesse meritevole non può essere unicamente del destinante, perché non avrebbe senso pensare che il destinante agisca nei confronti di se stesso e che vi siano interessati ad agire per la realizzazione dell'interesse di un terzo. L'atto di destinazione non potrebbe, dunque, essere autodestinato, ipotesi, invece, ammessa pacificamente in tema di trust⁽⁴⁶⁾.

L'atto di destinazione *de quo* presenta inoltre problematiche e limiti di non poco conto, frutto essenzialmente di una disciplina legislativa scarna. Gli aspetti di difficile soluzione concernono principalmente il regime patrimoniale della famiglia e la regolamentazione successoria del soggetto attributario dei beni sui quali è impresso il vincolo funzionale, la durata della destinazione medesima, la natura dei beni da destinare, la surrogazione reale dei beni conferiti, la tutela giuridica, obbligatoria o reale, in caso di violazione da parte del soggetto "gestore" dei beni del programma destinato e la segregazione patrimoniale. Aspetti compiutamente regolati in tema di trust, sia dalla Convenzione de L'Aja che dalle leggi regolatrici di volta in volta richiamate.

Nel caso di specie, inoltre, il trust presenta il vantaggio di poter essere revocato qualora le condizioni psico-fisiche del soggetto beneficiario migliorino, avendo il trust perseguito il suo scopo ed essendo esso stesso un trust dinamico con finalità autodestinata, in cui, cioè, il beneficiario è lo stesso disponente, mentre ciò non sembra pacificamente ammissibile in caso di atto di destinazione.

Dato che quest'ultimo istituto è volto a tutelare anche esigenze di soggetti diversi ed ulteriori rispetto al disponente, destinatari di effetti diretti, interessati e favorevoli, non è concepibile, in mancanza di apposita clausola contenuta nell'atto istitutivo, una revoca *ad nutum* da parte del disponente medesimo, pena la violazione del principio di intangibilità di situazioni giuridiche acquisite di un soggetto (c.d. diritti quesiti) senza il suo consenso. La revoca sarà ammissibile, allora, solo fino a quando i beneficiari non abbiano dichiarato di volerne profittare, sulla falsariga di quanto previsto in tema di contratto a favore di terzi *ex art.* 1411 cod. civ.

È, peraltro, fortemente discusso in dottrina se l'art. 2645-ter cod. civ. racchiuda la disciplina di una nuova fattispecie, sebbene la collocazione topografica della norma non possa ritenersi del tutto corretta in tal senso, o sia ricognitivo di vincoli già esistenti di cui regoli l'adempimento pubblicitario nei competenti registri⁽⁴⁷⁾.

■ Conclusioni

Il provvedimento appena esaminato rappresenta l'ennesimo favorevole contributo che la giurisprudenza di merito italiana, ed in particolare il Tribunale di Bologna, offrono sul trust interno.

Sull'ammissibilità dell'istituto – come si è avuto modo di accennare *supra* – oramai pochi, anzi pochissimi, sono i dubbi che rimangono, quantomeno per i Giudici emiliani. In questa, come anche in altre pronunce già segnalate, ci si è tuttavia spinti oltre, non limitandosi l'autorità giudicante ad un'astratta considerazione del trust interno in termini di conformità rispetto ai principi inderogabili del nostro ordinamento, ma, anzi, sperimentandone la concreta valenza operativa in un campo delicato quale è quello relativo alle misure di protezione dei soggetti deboli.

Pare a questo punto che si sia mosso il primo passo verso una possibile futura qualificazione del trust interno come misura di protezione dell'incapace alternativa ai rimedi ordinari, misura che il giudice di volta in volta chiamato a pronunciarsi sul punto dovrà tenere in considerazione per le sue caratteristiche di estrema duttilità e flessibilità, superiori anche rispetto all'amministrazione di sostegno.

Non è peregrino già fin d'ora prevedere, in un futuro non troppo lontano, un'applicazione del trust interno combinata o anche autonoma rispetto all'interdizione, all'inabilitazione e all'amministrazione di sostegno.

La novità offerta dagli artt. 404 s. cod. civ. nel panorama delle misure di protezione dei soggetti deboli probabilmente rallenterà il processo di integrazione del trust in tale campo quale strumento di efficienza e diffusione pratica pari a quella dei rimedi ordinari. Sotto altro profilo, invece, la possibilità di combinare il trust con l'amministrazione di sostegno contribuirà certamente ad accelerare il già avviato processo di rarefazione applicativa dell'interdizione dal diritto vivente. Espressiva di questo fenomeno non può non ritenersi la pronuncia in commento.

Note:

(46) V. P. Spada, Articolazione del patrimonio da destinazione iscritta [*supra*, nota 45], p. 124.

(47) Per una disamina delle varie opinioni, si rinvia a M. Lupoi, Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust [*supra*, nota 44], a p. 169 e F. Gazzoni, Osservazioni sull'art. 2645-ter cod. civ., p. 165 [*supra*, nota 44].

Per le indicazioni nelle quali sono inseriti i contributi degli autori, G. De Nova, Esegesi dell'art. 2645-ter cod. civ., relazione presentata al seminario "Atti notarili di destinazione dei beni: articolo 2645-ter cod. civ.", organizzato dal Consiglio notarile di Milano e dalla Scuola notarile della Lombardia svoltosi in Milano il 19 giugno 2006; G. Petrelli, La trascrizione degli atti destinazione, Riv. dir. civ., 2006, II, 161.

Tecniche di filantropia: il ruolo del trust nel modello delle fondazioni di comunità

di **Vincenzo Bancone**

Preliminarmente ad ogni considerazione più specifica, occorre evidenziare che l'obiettivo del presente lavoro(1) è quello di verificare i presupposti per una vantaggiosa applicazione del trust al modello delle fondazioni di comunità così come finora concettualizzato nella realtà italiana.

Va da sé che, nell'accertare tale fattiva applicazione, la nostra sperimentale analisi ha dovuto necessariamente prendere le mosse dal tema della filantropia – in generale – e delle fondazioni di comunità – in particolare – anche in relazione alle definizioni teorico/giuridiche fornite sull'argomento.

Ovviamente, al fine di meglio concretizzare le nostre ipotesi applicative e, quindi, il ruolo che il trust potrebbe rivestire nel modello interno, abbiamo ritenuto necessario trattare (seppur sinteticamente) anche di una delle più importanti esperienze "comunitarie" ad oggi promosse in Italia.

■ La filantropia e la realtà italiana

Per come noto, l'espressione "filantropia" identifica comunemente un sentimento d'amore e interesse verso il prossimo che si traduce in atti di fattiva solidarietà ben diversi da quelli tipici del mondo degli affari laddove – invece – il comune denominatore è rappresentato dal perseguimento del proprio interesse.

In realtà – così come autorevolmente osservato(2) – è possibile far coesistere due realtà apparentemente contrastanti e radicalmente divergenti: il "tornaconto" e il "dono".

Ovviamente il concetto di "dono", qui in uso, è rivolto a finanziare progetti di ricerca, formazione, di tutela dell'ambiente, di sostegno dei deboli ai quali porre "degli indicatori di performance al fine di rendere percepibile la vicinanza dei donatori al mondo del non profit ed a tutti gli stakeholder, non limitata alla fredda corresponsione di un quantum"(3).

D'altronde, il dono (l'aiuto) fornito ai soggetti attivi nella filantropia contribuisce a rendere gli stessi più competitivi e più spinti verso gradi elevati d'eccellenza.

Ciò posto, facendo un passo indietro e storicizzando il fenomeno, è indispensabile evidenziare che le pratiche di altruismo si sono sviluppate tra gli esseri umani ancor prima che l'uomo avvertisse l'esigenza di un interesse individuale e si adoperasse per il suo raggiungimento.

Nel passaggio alla modernità la vocazione al prossimo si è presentata sotto due forme prevalenti: il mutuo soccorso e la filantropia privata(4).

L'attività filantropica "propriamente detta" si affaccia alla realtà nei secoli XII e XIII soprattutto nelle città dove si registrano importanti fenomeni di vagabondaggio; tra il 1700 e il 1800, invece, con il dilagare della c. d. "questione sociale" ci si avvia ad una revisione dell'impianto filantropico incentrato su attività volontaristiche organizzate.

A fine ottocento in Italia, sotto la spinta delle idee socialiste e cattolico-sociali, le società di mutuo soccorso allargano la loro base associativa al fine di

Vincenzo Bancone - Avvocato in Roma

Note:

(1) La cui intuizione è, peraltro, emersa – allo stato embrionale – nel corso dell'esposizione della nostra relazione al Congresso promosso per il Decennale dell'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi in Ischia il 1°-3 ottobre 2009.

(2) Il premio nobel Amartya Sen, nella sua opera "Etica ed Economia", vede nell'economia uno strumento capace di andare incontro all'uomo; vale a dire un mondo economico non più incentrato esclusivamente sul *self-interest*.

(3) Così L. Ciotti, Etica, filantropia ed economia di comunione, consultabile sul sito Internet della "Fondazione F.i.r.m.o." all'indirizzo <http://www.fondazionefirmo.com>.

(4) Secondo C. Ranci: "Entrambe queste forme d'azione affondano le proprie radici nell'epoca medioevale. Il mutuo soccorso trae le sue origini dalle aggregazioni mutualistiche sorte nell'ambito delle corporazioni di mestiere e delle confraternite che riunivano specifiche categorie di lavoratori specializzati e di artigiani allo scopo di far fronte alle situazioni di bisogno degli associati. Mentre l'azione filantropica nacque grazie soprattutto all'iniziativa delle congregazioni religiose e di esponenti laici delle comunità locali con finalità caritatevoli e beneficenziali".

fronteggiare l'esplosione della povertà e l'emarginazione provocata dalla rivoluzione industriale; vedono, così, la nascita le Opere Pie e le organizzazioni di volontariato, come la Società San Vincenzo, promosse dagli ordini religiosi anche per sopperire al latitante intervento pubblico.

Se il ventesimo secolo si apre con la decisa presa di coscienza da parte delle Istituzioni della questione sociale e con il conseguente intervento di ampi settori della pubblica amministrazione, sul finire degli anni settanta tale tendenza s'inverte a causa della crisi della finanza pubblica e delle politiche di razionalizzazione della spesa sociale che portano inesorabilmente a ridurre la portata del c. d. Welfare State.

A colmare il vuoto lasciato dalle Istituzioni pubbliche interviene un nuovo volontariato – meno politicizzato e bigotto – concreto nel recepire e rispondere alle nuove emergenze sociali lasciate senza risposta dal Welfare State.

Il processo si sviluppa soprattutto nel c. d. Terzo Settore.

Per l'effetto, quest'ultimo accresce sia sotto il profilo professionale che nel processo di identificazione dei settori da sostenere: benessere sociale e coesione, educazione, cultura e patrimonio, ricerca, specialmente ricerca medica, tutti settori cruciali per lo sviluppo nazionale e locale.

Ma il balzo in avanti (in termini qualitativi e quantitativi) della filantropia italiana avviene col l'affacciarsi sulla scena, agli inizi degli anni '90, delle fondazioni bancarie.

Nate dalla privatizzazione delle banche sottoposte al controllo dello Stato, le fondazioni d'origine bancaria rivestono immediatamente un carattere puramente filantropico, di natura privata, organizzate in modo professionale.

Attraverso la qualità e la quantità delle loro risorse – destinate allo sviluppo umano, sociale, culturale, educativo, scientifico ed economico – le fondazioni d'origine bancaria segnano un cambiamento significativo non solo nel modo di lavorare del Terzo Settore, ma (anche) nel funzionamento dei sistemi locali.

Infatti, sin da subito le fondazioni bancarie cercano di individuare nuovi e moderni metodi per promuovere la filantropia, seguendo tendenze di paesi come gli Stati Uniti o la Gran Bretagna che hanno una più lunga e più consolidata tradizione di gestione della filantropia.

Viene così importata nella nostra realtà l'espe-

rienza della c. d. "fondazione comunitaria", che rappresenta – ad oggi – uno dei contributi più significativi apportati dalle fondazioni di origine bancaria alla filantropia italiana.

■ Gli strumenti: la fondazione di comunità

Il concetto di *community foundation* nasce negli Stati Uniti all'inizio del novecento per mobilitare le risorse filantropiche di una comunità a favore di quella stessa comunità(5).

L'idea di fondo – che soggiace alla base della predetta organizzazione di tipo comunitario – è che, in una società relativamente affluente, vi siano persone o imprese disposte a donare per buone cause, ma che (tuttavia) non lo fanno perché non conoscono i canali e le forme più appropriate ovvero perché ritengono troppo costoso organizzarsi o perché non hanno fiducia nei soggetti istituzionali come le università, gli enti locali, gli enti privati, ecc.

Altra problematica con cui si cerca di sopperire con la creazione della *community foundation* è quella – sempre nell'intenzione dei suoi ideatori – di evitare la dispersione delle donazioni, cercando di "coagulare" le singole erogazioni a favore di un progetto più complesso.

Da ciò è possibile ricavare che gli elementi fondanti della *community foundation* possono essere essenzialmente individuati:

- nell'alto numero di donatori ai quali è proposta una vasta gamma di possibilità e modi di donazione;
- nell'ampia gamma dei settori d'intervento (dal *welfare* alla cultura, dall'istruzione all'ambiente);
- nella concentrazione degli interventi su un territorio definito che si identifica con una comunità locale, una città o addirittura – in rari casi – un singolo quartiere.

Storicamente operante in luoghi fortemente provati dal punto di vista socio-economico, la *community foundation* sorge generalmente su iniziativa di grandi fondazioni private che forniscono le risorse necessarie ad assicurare l'organizzazione e il patrimonio iniziale, prevedendo in seguito meccanismi di supporto analo-

Nota:

(5) Fonte: "Promuovere il dono: ruolo e prospettive della filantropia comunitaria", estratto dal Convegno internazionale "Dare un futuro alle opportunità", promosso dalla Fondazione Cariplo, svoltosi in Milano il 19-20 ottobre 2006.

ghi a quello dei c. d. *matching grants* (vale a dire il meccanismo in virtù del quale: “ogni volta che riesci a raccogliere tanto, ti dono altrettanto”).

I modelli concreti di fondazione di comunità sono molteplici; ad esempio, negli Stati Uniti(6) si assiste sia a forme dove raccolta ed erogazione si succedono senza patrimonializzazione, che a forme dove le erogazioni vengono semi-patrimonializzate.

L'esperienza della *community foundation* assume rilevanza in quanto riesce a incentivare i donatori ad effettuare erogazioni garantendo agli stessi(7):

- di rivolgersi a un'istituzione che presenta un altissimo grado di trasparenza e integrità: nel modello generalmente adottato negli Stati Uniti sono chiamate a svolgere il ruolo di garante persone che ricoprono ruoli *super partes* nella comunità locale;

- di indirizzare le risorse secondo il proprio gusto e le proprie convinzioni, decidendo se investire nel patrimonio, su specifici progetti o in un fondo personale che porta il proprio nome.

Inoltre, la *community foundation* presenta un alto livello di sussidiarietà: i cittadini rispondono alle esigenze dei cittadini(8).

Il modello della *community foundation* americana è riscontrabile in Italia nelle fondazioni delle comunità locali costituite allo scopo – da un lato – di recepire le diverse istanze sociali ed economiche che si generano dalla comunità di cittadini e delle istituzioni e – dall'altro – di rafforzare i legami solidaristici attraverso un'attività di raccolta, gestione ed erogazione di una pluralità di fondi atti a finanziare progetti di utilità sociale.

In definitiva, la fondazione di comunità è “uno strumento agile e flessibile che viene offerto alla comunità e da questa guidato per dare concretezza ai principi di solidarietà, sussidiarietà e responsabilità sociale”(9).

Infatti, attraverso le fondazioni di comunità è possibile:

- diffondere la cultura della donazione e della responsabilità nei riguardi delle necessità di un contesto locale;

- creare un'istituzione comunitaria partecipata, indipendente, autonoma ed orientata ad obiettivi concreti e localmente rilevanti che garantisca efficienza nella raccolta ed efficacia e trasparenza nella erogazione;

- creare un patrimonio permanente destinato a soddisfare i bisogni della comunità locale.

In estrema sintesi, il modello delle fondazioni di

comunità locali, così come è stato concepito nel nostro sistema, si caratterizza fondamentalmente per tre aspetti:

- erogazioni: possono essere dirette a finanziare programmi nei settori rilevanti (ad esempio: ricerca scientifica, ambiente, assistenza sociale, educazione, cultura), a fini istituzionali e a soddisfare le richieste di contributi che giungono dalla “periferia”;

- rapporto con la società civile: se nel passato le fondazioni erano lontane dal territorio e più influenzate da inutili ingerenze esterne, ora invece stando a contatto con la realtà locale, “si cimentano sui problemi concreti e attivano i rapporti con pubblico e privato più opportuni per risolverli”(10);

- autonomia: solo “se si instaura un rapporto forte con la società civile e se i cittadini capiscono di essere loro i veri “proprietari” della fondazione e vi collaborano attivamente, allora ogni eventuale ingerenza e condizionamento esterni saranno improbabili, per non dire impossibili”(11).

Dalla giusta combinazione di questi tre fattori può nascere una fondazione di comunità in grado di garantirsi l'indipendenza e la crescita in modo equilibrato.

Il progetto delle fondazioni di comunità mira a costruire una struttura in grado di conoscere i bisogni e le potenzialità delle comunità locali, non attraverso una rete di uffici burocratizzati, ma grazie alla costituzione di enti totalmente autonomi che maturino una profonda conoscenza del territorio e che non si limitino ad aspettare l'intervento pubblico, ma che si impegnino in prima persona in una attività di erogazione(12).

Note:

(6) Tra le più importanti realtà “comunitarie” statunitensi vi sono: The Cleveland Foundation e il New York Community Trust.

(7) Cfr. B. Casadei, Un'identità problematica: ripensare la propria missione, relazione presentata al Convegno internazionale “Dare un futuro alle opportunità” [*supra*, nota 5].

(8) Sempre B. Casadei, Un'identità problematica: ripensare la propria missione [*supra*, nota 7].

(9) Così F. Ferrucci, Il ruolo delle fondazioni comunitarie nello sviluppo del welfare societario, Quaderni Università degli Studi del Molise.

(10) In tal senso, F. Maggio, La fondazione va a vivere in comunità, Il Sole 24 ore, 19 febbraio 2001.

(11) Cfr. F. Maggio, La fondazione va a vivere in comunità [*supra*, nota 10].

(12) Cfr. V. Melandri, La realtà italiana: le fondazioni delle comunità locali, consultabile sul sito Internet “Valerio Melandri fundraising blog” all'indirizzo <http://www.valeriomelandri.it>.

Ogni fondazione di comunità ha un patrimonio rivolto al raggiungimento di uno scopo di utilità sociale raggiungibile soprattutto in presenza di un organo amministrativo autorevole, rappresentativo, neutrale e indipendente.

Ne consegue, che l'organo amministrativo deve – da un lato – saper contemperare la redditività economico-finanziaria con le esigenze e i fini sociali e istituzionali anche alla luce del bilancio sociale e – dall'altro – ricercare la migliore destinazione delle risorse a disposizione.

Così operando, le fondazioni di comunità favoriscono la cultura della donazione perché assicurano ai *donor* di gestire il rischio connesso alla donazione; vale a dire il rischio che non si realizzi lo scopo sociale per cui la donazione è stata effettuata.

■ L'esperienza della Fondazione per il Sud

La Fondazione per il Sud – nata nel 2006 dall'alleanza delle fondazioni di origine bancaria e il mondo del Terzo Settore e del volontariato – sostiene e incoraggia la creazione di fondazioni di comunità locale nelle regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sardegna e Sicilia anche con l'obiettivo di ridurre lo squilibrio nella distribuzione dei fondi delle fondazioni bancarie tra nord e sud del Paese(13).

In particolare, scopo della Fondazione per il Sud è quello di concentrare gran parte delle proprie attività nelle infrastrutture della zona, investendo in particolare nell'educazione, nel capitale umano, nella cultura, nella cura dei beni pubblici, nella ricerca e nella sanità, sostenendo progetti per lo sviluppo delle comunità locali attive e di organizzazioni pluraliste della società civile(14).

Il precipuo ruolo della Fondazione per il Sud è, dunque, quello di sostenere la nascita delle fondazioni di comunità locale mettendo a disposizione un fondo patrimoniale iniziale e ricorrendo al citato meccanismo del "raddoppio della raccolta" (c. d. "grant matching") che stimoli – in tal guisa – l'autonomia raccolta fondi da parte delle stesse fondazioni di comunità.

In particolare, per ogni fondazione di comunità, la Fondazione per il Sud si impegna a:

– corrispondere un ammontare pari al patrimonio iniziale con cui la fondazione di comunità viene costituita;

– costituire un fondo patrimoniale presso di sé pari alle donazioni destinate a patrimonio che verranno raccolte dalla fondazione di comunità, sino a quando questo avrà raggiunto un certo ammontare in un certo periodo. A quel punto tale fondo sarà trasferito alla fondazione di comunità;

– erogare ogni anno un contributo pari al rendimento ottenuto sulla somma accumulata nel fondo patrimoniale, a condizione che la fondazione di comunità sia in regola coi suoi obiettivi di raccolta annui. Nel caso ciò non avvenga, tali somme verranno conservate dalla Fondazione per il Sud sino a quando la fondazione di comunità non avrà conseguito il proprio obiettivo;

– mettere eventualmente a disposizione della fondazione di comunità, per la copertura di costi gestionali relativi a specifici progetti volti al sostegno delle attività di raccolta fondi, un certo importo annuo a condizione che la fondazione di comunità ne raccolga altrettanti per la stessa finalità.

Ciò posto, occorre tuttavia evidenziare che le ambizioni iniziali dell'iniziativa avviata con la costituzione della Fondazione per il Sud sono state in gran parte disattese.

Infatti, le complessità legate alla particolare natura dell'operazione, soprattutto in fase di avvio, hanno fatto sì che la Fondazione per il Sud abbia agito finora in modo estremamente prudente soprattutto in termini di fiducia nei confronti dei promotori locali e in sede di verifica delle opportunità presenti sul territorio, sostenendo conseguentemente un numero estremamente limitato di progetti costitutivi.

In realtà avvicinandosi sempre più alla prospettiva italiana del fenomeno delle fondazioni di comunità emerge di tutta evidenza quali siano le criticità

Note:

(13) La prima fondazione di comunità del Mezzogiorno è stata costituita solo lo scorso aprile nella provincia di Salerno: la "Fondazione della Comunità Salemitana".

(14) Nell'intenzione dei fondatori la creazione della Fondazione per il Sud è cruciale per lo sviluppo socio-economico del Sud, considerato come uno dei "tesori culturali" del Paese. In particolare, l'iniziativa viene vista come un segno dei tempi che cambiano per le fondazioni italiane. La Fondazione per il Sud, infatti, è stata creata non solo per dare una risposta a coloro che possiedono una visione *top down*, ma anche come espressione di una nuova visione più pragmatica nel definire strategie comuni e alleanze fra i vari attori della società civile per far fronte ai problemi odierni dell'Italia.

Sempre secondo i fondatori, la Fondazione per il Sud fornirà un forte impulso alla filantropia italiana, visto il numero considerevole di attori coinvolti, nonché di progetti di cooperazione previsti dalla stessa Fondazione (fonte: European Foundation Centre, vol. 1, issue 2, summer 2007).

– finora registrate nell'applicazione concreta del modello – ancora irrisolte, quali, ad esempio:

– la ricerca di nuovi e più adeguati modelli volti a garantire efficienza e trasparenza nella raccolta delle erogazioni “iniziali”;

– la necessità di garantire sempre un alto profilo dei progetti da finanziare con il patrimonio costituitosi con le predette erogazioni; e

– l'esigenza di tener inizialmente segregato il fondo patrimoniale iniziale messo a disposizione – da attori quali, appunto, la Fondazione per il Sud – per il meccanismo del *grant matching* nei confronti dei promotori dell'iniziativa locale.

Probabilmente perché influenzati dai nostri consolidati convincimenti, ci chiediamo a questo punto se l'“avvicinabilità” al tema delle fondazioni di comunità dell'istituto giuridico del trust non possa avere un effetto benefico tenuto conto, soprattutto, della precipua natura delle sopraesposte criticità.

■ Il ruolo del trust nel modello italiano delle fondazioni di comunità

Procedendo sulla strada della effettiva concretizzazione del ricorso al trust nel modello delle fondazioni di comunità locale, un primo schema – a nostro avviso – concettualizzabile vedrebbe attori, quali, ad esempio, la Fondazione per il Sud, assumere la veste di disponenti e costituire, attraverso un negozio giuridico unilaterale recettizio, un trust in virtù del quale affidare al trustee il compito di gestire:

– il fondo patrimoniale iniziale messo a disposizione per il meccanismo del *grant matching*; e

– le erogazioni “incassate” a livello locale, sino a quando quest'ultime non avranno raggiunto, in un certo periodo, l'ammontare prestabilito.

In estrema sintesi, l'obiettivo perseguito sarebbe quello di poter fare affidamento – almeno fino a quando non sarà assicurata un'adeguata dotazione patrimoniale in grado di far fronte agli obiettivi individuati dai promotori locali – su una gestione trasparente, efficiente e professionale sia del fondo patrimoniale iniziale che delle erogazioni raccolte sul territorio, da destinare poi alla effettiva realizzazione dei progetti della fondazione di comunità locale.

In tale ottica, il ruolo precipuo del trustee sarebbe quello di gestire con estrema professionalità il patrimonio iniziale messo a disposizione per il meccanismo del *grant matching* e di definire un piano di raccolta delle erogazioni provenienti dalla realtà locale,

anche al fine di costituire la dotazione patrimoniale (al netto, ovviamente, dei costi di gestione del trust) che dovrà poi essere trasferita – alla scadenza del trust – alla fondazione di comunità locale.

Inutile sottolineare che la complessità dei compiti assegnati dovrebbe suggerire al disponente di scegliere il trustee tra soggetti di apprezzata esperienza e professionalità.

Da ultimo, superfluo evidenziare che – in tale modello – beneficiario del trust sarebbe la fondazione di comunità locale ideata dai promotori.

Una volta delineato tale schema concettuale risulta facilmente individuabile il (principale) vantaggio che potrebbe derivare in tale contesto dal ricorso al trust, ovvero l'effetto segregativo quale motivo di trasparenza e garanzia sia per l'ente finanziatore, che per i promotori locali.

Attraverso l'utilizzazione del trust si garantirebbe infatti – da un lato – l'ente finanziatore dai c. d. “rischi gestionali e operativi” legati alla gestione della dotazione patrimoniale e – dall'altro – i promotori locali in merito al flusso di cassa generato dalla raccolta delle erogazioni locali, proprio in quanto le stesse, confluendo nel trust sarebbero nella disponibilità esclusiva del trustee e non potrebbero pertanto essere aggredite da terzi.

Ciò detto, altri vantaggi che potrebbero derivare dall'applicazione del trust possono essere individuati:

– nella concentrazione in capo al trustee del compito di incassare le erogazioni nell'interesse sia dell'ente finanziatore che dei promotori locali;

– nella celerità con cui vengono adottate le decisioni in conseguenza del fatto che la gestione è attribuita ad un unico soggetto, il trustee appunto.

Una “variante” al modello sopra descritto potrebbe prevedere – sempre a nostro avviso – che i disponenti del trust, in questo caso (diversamente dalla prima ipotesi) i promotori locali, nominino il trustee già nella fase di ideazione del progetto, così da consentire agli eventuali enti finanziatori e ai *donor* di destinare i fondi direttamente a favore del trust.

Tali fondi risulterebbero, infatti, essere vincolati al raggiungimento dei seguenti obiettivi:

– la definizione della fase progettuale; e

– la susseguente costituzione della fondazione di comunità locale.

In tale ipotesi, gli enti finanziatori potrebbero fare affidamento sulla circostanza che – durante il periodo necessario per la raccolta delle risorse finanziarie – le erogazioni raccolte a livello locale non vengono distolte dalle finalità programmate per essere

impiegate per soddisfare esigenze più pressanti della fondazione di comunità.

■ Conclusioni

A chiusura del presente lavoro, la speranza è quella di aver contribuito a sviluppare il tema delle fondazioni di comunità in un'ottica meno "tradizionale" rispetto a quella finora concettualizzata.

Riteniamo che quanto sopra ipotizzato in merito al ruolo del trust possa realmente condurre a colmare le criticità finora emerse, nel nostro sistema, dall'applicazione concreta delle fondazioni di comunità e possa, quindi, portare alla massima applicazione del potenziale ancora inespresso di questa tecnica relativamente nuova (per noi) di filantropia rivolta a promuovere e sostenere la solidarietà all'interno della comunità locale.

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

La disciplina del trust ai fini delle imposte sui redditi: la residenza; la determinazione e la tassazione del reddito; i profili di pianificazione

di Emanuele Lo Presti Ventura

A più di tre anni dal debutto del Trust nel sistema delle imposte sui redditi, permangono ancora molti dubbi circa il corretto trattamento fiscale da riservare ai proventi derivanti dai beni e dai diritti segregati.

La disciplina ha peraltro pochi eguali nella normativa italiana in termini di complessità, facendo dipendere l'esatto inquadramento impositivo dei flussi da molteplici variabili: dalla residenza dell'istituto all'origine dei redditi, dal carattere opaco o trasparente del Trust alla residenza dei beneficiari.

I *trustees* sono così chiamati ad un costante monitoraggio delle fonti del reddito e delle causali delle distribuzioni delle somme da essi accumulate, compito questo quasi improbo, soprattutto di fronte a classi di beneficiari particolarmente variegati.

In questa prospettiva, il lavoro si propone di analizzare, con l'ausilio di prospetti e tabelle, gli aspetti più salienti dell'attuale disciplina, attingendo alla prassi più recente, evidenziando le lacune ancora esistenti ed in certi casi richiamando i profili discriminatori del sistema in vigore.

Autonomo spazio è riservato a taluni spunti pianificatori in tema di strutture di gruppo: l'attuale scenario, infatti, alla luce delle più recenti pronunce dell'Agenzia, combina previsioni in ambito di imposizione diretta e indiretta tali da rendere particolarmente vantaggioso, in ottica fiscale, porre all'apice dei soggetti operativi un Trust residente, in luogo di una società.

■ La residenza del trust: i criteri generali; la posizione dell'Agenzia delle Entrate

Al pari di tutti i contribuenti, il trust determina un diverso reddito imponibile in Italia a seconda della sua residenza: la pretesa impositiva del nostro paese, infatti, si estende ai redditi ovunque "prodotti" nel mondo per i soli soggetti residenti, lasciando diversamente il campo ad una tassazione di carattere "territoriale"⁽¹⁾.

In questa prospettiva, appare interessante osservare come i criteri tipicamente utilizzati per individuare la residenza o meno in Italia del dato contribuente Ires richiedano taluni adattamenti proprio con riguardo all'istituto in esame. L'art. 73, III comma, del Tuir fissa in Italia la residenza del soggetto Ires che, per la maggior parte del periodo d'imposta, ha nel territorio dello Stato la sede legale, la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale, intendendosi per esso l'attività essenziale svolta direttamente per realizzare il proprio scopo: un trust, tuttavia, per esplicita ammissione della circolare 6 agosto 2007, n. 48⁽²⁾, non può connotarsi per la presenza di una sede legale, così che il dispositivo di legge risulta *de facto* ridimensionato.

Il documento interpretativo appena richiamato offre diversi spunti di riflessione anche con riferimento agli ulteriori elementi citati dalla legge.

In merito alla sede dell'amministrazione, ad esempio, l'Agenzia conclude come la stessa debba essere identificata con il luogo ove è stata approntata una

Emanuele Lo Presti Ventura – Dottore commercialista in Verona, cultore della materia in Analisi strategica dell'Università di Verona

Note:

(1) L'art. 1, commi LXXIV, LXXV e LXXVI, della L. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007), come ben noto, ha incluso il trust tra i contribuenti Ires ed in particolare, a seconda dei casi, tra gli enti residenti, commerciali o non commerciali, ovvero tra quelli non residenti, di cui alle lettere b), c) e d), dell'art. 73, I comma, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("Tuir").

(2) In questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principî sulla fiscalità dei trust, ivi, 497.

struttura organizzativa (dipendenti, locali, eccetera) o, in sua mancanza, con il domicilio del trustee.

L'affermazione, tuttavia, non può essere pienamente condivisa, poiché svislisce la necessità di valutare l'elemento cardine di ogni indagine relativa alla residenza di un ente, ovvero il centro da cui promanano gli impulsi volitivi; in via del tutto fuorviante, l'Amministrazione fa poi uso di termini estranei al contesto di cui trattasi (i.e. "il domicilio"), come dimostra ampiamente l'art. 58, II comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che, nel preoccuparsi di regolare l'identificazione del domicilio fiscale in Italia per i soggetti non residenti, evidenzia la differenza esistente tra i due concetti(3).

Eccessivamente *tranchant* appare altresì il passaggio della citata circolare ove si afferma che l'individuazione della residenza risulti "agevole" laddove l'oggetto del trust sia rappresentato da un patrimonio immobiliare situato interamente in Italia. O ancora, che in presenza di beni immobili situati in Stati diversi, si debba far riferimento a criteri di prevalenza.

Tutti i concetti esplicitati dall'art. 73, III comma, del Tuir, "oggetto principale" incluso, rappresentano interpretazioni diverse e progressive dello stesso concetto, il centro decisionale appunto, sulla cui presenza in Italia, come sopra scritto, deve incentrarsi ogni processo di "accertamento"(4). Tale ricostruzione, peraltro, è perfettamente aderente alla posizione OCSE, che identifica la residenza di un organismo collettivo con il luogo in cui si esplica il potere decisionale del relativo *management*(5).

L'idea secondo cui vi sia coincidenza tra luogo in cui si colloca l'"oggetto principale" della società o ente, ovvero dove viene svolta l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari, e luogo in cui si trovano i beni attraverso cui si concretizza quest'ultima, appare così accettabile solo laddove manchi una qualunque forma di gestione e si assista al mero godimento degli *assets*. Conclusione questa non scontata neppure nel caso in cui a valle si collochi un patrimonio immobiliare(6).

Alla luce di quanto precede, è così concreta la possibilità che il trust sia al centro di fenomeni di doppia imposizione internazionale conseguenti ad un stato di duplice residenza fiscale: l'istituto, tuttavia, può essere ritenuto destinatario delle previsioni patrizie, pur non essendo menzionato da tutte le convenzioni(7), adottando un'interpretazione estensiva della nozione di "persona"(8), e quindi trarre vantaggio, tra le altre, dalla *tie-break rule* dell'art. 4, III comma, del Modello OCSE o dalle procedure amichevoli di cui al successivo art. 25.

■ Le presunzioni di esterovestizione: la condizione comune; i requisiti integrativi

La lotta contro i fenomeni di esterovestizione ha portato ad introdurre già in sede di debutto del trust nel sistema delle imposte sui redditi una clausola antielusiva. L'art. 73, III comma, del Tuir, infatti, presume residenti in Italia i trust "istituiti" in paesi diversi da quelli indicati nell'emanando decreto *ex* successivo art. 168-bis(9), se, alternativamente:

a) almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust sono fiscalmente residenti nel territorio dello Stato;

b) successivamente alla sua "costituzione", il trust riceve da un soggetto residente in Italia la proprietà di un immobile o un diritto reale immobiliare, anche per quote, o ancora risulta destinatario di un vincolo di destinazione su tali beni.

La circolare 6 agosto 2007, n. 48 ha dedicato ampio spazio alla disposizione, preoccupandosi innanzitutto di confermare il carattere relativo di ogni pre-

Note:

(3) Così anche G. Frasoni, La residenza del trust, *Corriere trib.*, 2008, 2582, e P. Gaeta, La residenza fiscale dei trust, relazione presentata al Congresso per il decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Ischia il 1°-3 ottobre 2009.

(4) F. Nannetti, Riflessioni in tema di "oggetto principale", ai fini dell'art. 73, comma 3, del Tuir, *Fisco*, 2007, 38120.

(5) Commentario all'art. 4(3) del Modello OCSE, su cui l'Italia ha espresso la ben nota osservazione.

(6) Cassazione, 10 dicembre 1974, n. 4172, inedita. Parimenti critico si dice A. Bavila, La residenza del trust nei trattati contro le doppie imposizioni e il ruolo dei soggetti diversi dal trustee, in questa *Rivista*, 590, a p. 594. Nel senso sopra esposto si esprime, infine, la circolare Assonime 31 ottobre 2007, n. 67, al paragrafo 2.2, in tema di esterovestizione delle *holding* di partecipazione: il documento, in particolare, evidenzia la sensibilità, di fatto, delle sole capogruppo "passive", ovvero delle società che, lungi dallo svolgere un'attività economica autonoma e diversa da quella delle partecipate, consistente, ad esempio, nella loro direzione e coordinamento, si limitano a goderne i frutti.

(7) Le uniche che lo citano espressamente, tra quelle stipulate dall'Italia, sono quelle sottoscritte con gli Stati Uniti d'America e il Kenia. L'istituto è, altresì, menzionato, al di fuori dell'art. 3 e quindi senza un suo formale riconoscimento tra i destinatari della Convenzione, nei Trattati con il Canada, le Filippine, la Nuova Zelanda e il Regno Unito.

(8) Almeno fintanto che ne sia pacifica la soggettività. Una possibile apertura sul fronte dei trust tassati per trasparenza potrebbe, comunque, discendere dal recente intervento di revisione del Modello OCSE, conseguente al rapporto dell'Organizzazione sui Real Estate Investment Trust (R.E.I.T.) "Tax treaty issues related to REITs", del 30 ottobre 2007, con il quale si è pervenuti all'inclusione di questi ultimi tra i soggetti beneficiari delle Convenzioni. Sul punto, e più ampiamente sul tema, si rinvia da ultimo all'intervento di S. Loconte, Trust e Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, relazione presentata in occasione del già citato Congresso per il decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia" [*supra*, nota 3]. In precedenza, si richiama, tra gli altri, C. Garbarino, La soggettività del trust nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, *Diritto e prat. trib.*, 2000, 377.

(9) Ad oggi, pertanto, si fa ancora riferimento al decreto 4 settembre 1996 (c. d. *white list*).

sunzione, al di là della lettera della norma, che sembra confinare alla prima delle due fattispecie la possibilità di offrire prova contraria(10).

Con riferimento all'inciso iniziale, ovvero al passaggio ove si afferma che la presunzione trova applicazione anche con riferimento agli "istituti aventi analogo contenuto", l'Agenzia ha poi affermato come la *ratio* dell'ampliamento vada ricercata nella volontà di includere nella presunzione istituti previsti dagli ordinamenti esteri, privi della denominazione "trust", ma aventi gli stessi "elementi essenziali e caratterizzanti". L'intervento non è stato comunque risolutivo, visto che ad oggi non è chiaro se gli epigoni del trust, diversamente dalla lettera dell'art. 73, III comma, rilevino anche ai fini della fattispecie sopra rubricata con la lettera b)(11).

La condizione iniziale, sulla quale si innestano i requisiti integrativi, è quella per cui il trust deve essere "istituito" in un paese con il quale non è attuabile uno scambio di informazioni, e quindi diverso da quelli riportati dalla lista ministeriale. Sul punto la circolare opera un notevole salto interpretativo rispetto al testo di legge, nell'evidente tentativo di superare ogni rigidità del meccanismo: nonostante il termine "istituzione" evochi un momento unico nella vita dell'istituto, quale è appunto la sua nascita, l'Agenzia arriva, infatti, a sostenere la necessità di prestare attenzione al paese ove quest'ultimo ha fissato la sua residenza. Così argomentando, sarà suscettibile di essere considerato residente il trust che, ovunque creato, faccia capo, ad esempio, ad un unico trustee, operante in termini decisionali in un paese "sensibile".

In merito alla prima delle due fattispecie integrative, ovvero quella per cui è altresì richiesto che almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato, è lecito chiedersi quando tale condizione debba verificarsi.

La ricostruzione più logica, peraltro avallata dall'Amministrazione, è quella per cui la residenza del disponente assuma importanza unicamente in sede di apporto: si ritiene erroneo comunque indulgere in un'interpretazione troppo statica della norma, e quindi non svolgere una verifica del requisito in ciascun periodo d'imposta, in presenza di più apporti nel tempo, da parte dell'unico disponente iniziale non residente o di soggetti ulteriori(12).

Il trust ricadrà poi nell'ambito della presunzione solo allorché, in un periodo d'imposta anche successivo, sia individuato un beneficiario anch'egli residente nel nostro paese. In considerazione del contesto entro il quale opera il meccanismo, si ritiene che il soggetto debba essere beneficiario di reddito

(individuato) e non già di capitale. In via aggiuntiva, in ragione del principio di piena autonomia di ogni periodo d'imposta, è lecito attendersi che in presenza di trust strutturalmente non "trasparenti", con scelte rimesse alla volontà del trustee, di modifiche tra i beneficiari o ancora di mutamenti nella loro residenza, l'attivazione della presunzione dipenderà dalla situazione esistente nel singolo anno, limitatamente a quest'ultimo(13).

La seconda ipotesi di attrazione in Italia della residenza del trust "istituito" in un paese non *white list*, come anticipato, è quella in cui, successivamente alla sua "costituzione", lo stesso riceva da un soggetto residente in Italia la proprietà di un immobile o un diritto reale immobiliare, anche per quote, o ancora risulti destinatario di un vincolo di destinazione su beni di tale natura(14).

La circolare 6 agosto 2007, n. 48 ha circoscritto l'ambito applicativo, prevedendo come alla base della disposizione debba esserci comunque un diritto reale o un vincolo di destinazione su immobili siti in Italia: sarebbe stato comunque utile un richiamo ai principi di prevalenza, così da non esporre alla presunzione i trust il cui fondo sia rappresentato solo in parte da diritti su beni localizzati nel nostro paese.

Non si ritiene che debba essere enfatizzata la presenza del termine "successivamente", al fine di escludere dalla norma i trust ove la disposizione avvenga insieme all'istituzione: tale coincidenza, infatti, è solo apparente, poiché l'apporto rappresenta concettualmente sempre una fase successiva a quella della creazione.

Circa, invece, l'efficacia della presunzione relativa, è legittimo ritenere che la residenza del trust sarà trattata in Italia, salvo prova contraria, fino a quando resterà integrato il presupposto originario, ovvero l'esistenza di un diritto su immobili siti nel nostro paese.

Note:

(10) Operativamente, non è del tutto chiaro quale sia la procedura esperibile.

(11) In F. Guffanti, Problemi aperti sul trust ai fini delle imposte sui redditi, *Corriere trib.*, 2007, 1190, sono suggerite, tra le altre, le fondazioni del Liechtenstein o di Panama.

(12) Così anche C. Gregori, Trust e presunzione di residenza in Italia, relazione presentata in occasione del già citato Congresso per il decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia" [*supra*, nota 3].

(13) In merito ai profili vessatori di tale meccanismo, quando i disponenti residenti sono presenti con percentuali minime rispetto ai loro rispettivi non residenti, si rinvia a F. Guffanti, I trust nelle imposte sui redditi alla luce delle indicazioni dell'Agenzia delle Entrate, *Corriere trib.*, 2007, 3835.

(14) Il riferimento dovrebbe portare ad includere nell'ambito di applicazione del dispositivo il trust destinatario di un vincolo di destinazione ex art. 2645-ter cod. civ., e quindi l'ipotesi in cui il trustee sia il soggetto cui spetta l'attuazione della data finalit . Cos  M. Lupoi, Imposte dirette e trust dopo la Legge Finanziaria, in questa Rivista, 2007, 5; *Corriere trib.*, 2007, 258.

Ha sollevato non pochi dubbi, infine, l'affermazione della circolare secondo cui le disposizioni in materia di esteroinvestizione delle società, previste dall'art. 73, commi V-bis e V-ter, del Tuir, si estendono *sic et simpliciter* ai trust, nella misura in cui non trovino applicazione le presunzioni appena esposte. Il trust, titolare di una partecipazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359, I comma, cod. civ., in un soggetto di cui alle lettere a) e b) del I comma dell'art. 73, infatti, non può mai strutturalmente risultare "controllato", anche indirettamente, sempre ai sensi dell'art. 2359, I comma, cod. civ., da soggetti residenti in Italia(15), salvo riqualificare il rapporto come mandato, con tutte le conseguenze del caso. L'unica ipotesi ove il meccanismo può trovare applicazione, quindi, è quella in cui la "gestione" del trust estero faccia capo a trustee residenti nel territorio dello Stato, ovvero in uno scenario non solo poco ricorrente, ma dove la residenza italiana dell'istituto discende già, in buona parte dei casi, dalla disciplina ordinaria(16).

■ La determinazione e la successiva tassazione del reddito dei beni in trust

La determinazione del reddito "conseguito" dal trust ai fini Ires soggiace, come visto, ad una diversa disciplina a seconda della sua residenza e, in caso di istituto "italiano", del carattere prevalentemente commerciale o meno dell'attività da esso svolta(17).

La base imponibile del trust residente non commerciale, annoverato tra i contribuenti di cui all'art. 73, I comma, lett. c), del Tuir, non include tuttavia taluni redditi di natura finanziaria, soggetti ad imposta sostitutiva o a ritenuta a titolo d'imposta.

– Sono assoggettati ad imposizione sostitutiva, ad esempio, i redditi di natura finanziaria indicati nell'art. 67, I comma, lettere da c-bis) a c-quinquies) del Tuir, tra cui si ricordano le plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni non qualificate. Ancora, gli interessi e gli altri proventi delle obbligazioni e titoli similari incisi dall'imposta sostitutiva disciplinata dal D. Lgs. 1° aprile 1996, n. 239: tra i relativi emittenti, si rammentano le banche, le società per azioni quotate nei mercati regolamentati degli Stati comunitari e degli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto 4 settembre 1996(18), gli enti pubblici economici trasformati per legge in società per azioni (es., Enel o Eni), gli enti territoriali o le amministrazioni pubbliche (c. d. "grandi emittenti").

– Sono, invece, assoggettati a ritenuta a titolo d'imposta gli interessi e gli altri proventi di cui all'art. 26, I comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600,

ovvero quelli percepiti in relazione ad obbligazioni emesse da società non quotate.

La base imponibile così determinata subirà infine una diversa tassazione, a seconda che esistano o meno beneficiari di reddito "individuati":

– nel primo caso opererà un criterio di imputazione per trasparenza, tale da spostare l'imposizione del reddito in capo a questi ultimi (trust c.d. "trasparenti"); nello specifico, si assisterà ad una traslazione della base imponibile in proporzione alle quote di partecipazione individuate nell'atto di istituzione del trust o in documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali(19);

– diversamente, soggetto inciso sarà il trust, il cui reddito sarà gravato da imposizione Ires e, se del caso, Irap (trust c.d. "opachi")(20).

La previsione di cui all'art. 73, II comma, del Tuir si raccorda con quella del precedente art. 44, I comma, lett. g-sexies), anch'essa novellata dalla legge finanziaria per il 2007, che include i redditi imputati per trasparenza tra i redditi di capitale(21), tassati per cassa e non già, come è nel caso di cui trattasi, per competenza.

La successiva locuzione "anche se non residenti", a ben vedere, mal si concilia con il resto della frase: l'interpretazione più aderente al dato letterale appare quella per cui rientrerebbero nella fattispecie anche i

Note:

(15) Così anche la Circolare Assonime n. 67/2007, paragrafo 3.3 e, nel dettaglio, nota n. 44.

(16) Negli stessi termini, N. Fasano – G. Malinconico, La residenza del trust, in questa Rivista, 2008, 372.

(17) Giova notare come, ai fini del calcolo di eventuali plusvalenze per cessioni realizzate dal trust, si debba fare riferimento ai costi fiscali per così dire "ereditati" dal disponente. Parimenti, l'apporto al trust non si configura evento idoneo ad interrompere il decorso del quinquennio di legge rilevante ai fini dell'art. 67, I comma, lett. b), del Tuir. Sempre in termini di determinazione della base imponibile, si ricorda infine la risoluzione 23 ottobre 2008, n. 400, con la quale l'Amministrazione ha ritenuto come la presenza di trust fissi non interrompesse la catena di partecipazione che portava il soggetto italiano a vedersi imputata per trasparenza, ai sensi dell'art. 167 del Tuir, una quota dei redditi prodotti da società veicolo localizzate in paradisi fiscali.

(18) A regime sostituita dalla lista di cui all'art. 168-bis del Tuir.

(19) Tale traslazione avrà ad oggetto anche le posizioni soggettive del trust in relazione ai redditi imputati, tra cui, ad esempio, il credito d'imposta per le imposte assolate all'estero ex art. 165 del Tuir. Per talune ipotesi di applicazione del principio di trasparenza, si rinvia a M. Lupoi, Imposte dirette e trust [supra, nota 14]. Per un'analisi, invece, del problema dell'adesione del beneficiario "individuato", il richiamo va a F. Marchetti – F. Rasi, Casi risolti e questioni aperte in tema di tassazione del trust alla luce della più recente prassi amministrativa, Fiscalitax, 2009, 8.

(20) A favore del riconoscimento solo in questo caso di una piena soggettività al trust ai fini delle imposte sui redditi, P. Coppola, La disciplina fiscale del trust in materia di imposte dirette: le difficoltà di conciliare le attuali soluzioni normative alle molteplici applicazioni dell'istituto, Rass. trib., 2009, 649.

(21) Nozione che rileverà per i soli flussi percepiti al di fuori di un regime d'impresa o, secondo quanto si dirà a breve, da soggetti non residenti.

redditi imputati per trasparenza da trust non residenti(22); l'Agenzia, tuttavia, ha colto l'occasione per colmare una lacuna di legge, ammesso e non concesso che ciò sia possibile, ravvisando nell'infelice formulazione della norma la possibilità di pervenire ad un'estensione del criterio di territorialità di cui all'art. 23 del Tuir, e quindi "giustificando" la tassazione dei redditi traslati da un trust residente a beneficiari esteri.

È del tutto evidente come in considerazione della necessità di rispettare il principio costituzionale di capacità contributiva, quale che sia la configurazione assunta dal trust, ogni tassazione per trasparenza in capo al beneficiario richiederà comunque l'esistenza in capo ad esso di un diritto di pretendere dal trustee l'assegnazione di quella parte di reddito che gli viene imputata, come peraltro rimarcato dalla stessa circolare 6 agosto 2007, n. 48(23).

Lo scenario è completato da due note dell'Agenzia meritevoli di citazione.

Da un lato, l'Amministrazione evidenzia la possibilità che il trust assuma nel dato periodo d'imposta una veste composita, in parte "opaca", in parte "trasparente", riconoscendo ai beneficiari il diritto di percepire solo in parte i redditi dei beni in trust. Tale principio dovrebbe operare in termini più ampi, portando a riconoscere pacificamente una diversa natura, nei vari periodi d'imposta, al medesimo trust, a seconda delle scelte discrezionali operate in ciascuno di essi dal trustee.

Posizione di maggior rilievo, soprattutto per quanto si andrà a scrivere nelle pagine che seguono, è quella assunta, in presenza di trust "opachi", in merito alle devoluzioni delle somme di fonte reddituale(24): sul punto l'Agenzia ha fatto propria la posizione sposata in modo pressoché totalitario dalla pre-

cedente dottrina(25), osservando come, in ragione del più ampio divieto di doppia tassazione del medesimo presupposto fissato dall'art. 163 del Tuir, sia da escludersi ogni loro ulteriore imposizione.

Volendo riassumere, sulla scorta del dispositivo di legge e delle interpretazioni ministeriali, nonché dei principi generali del sistema, chiamati a soccorso per colmare le lacune ancora esistenti, la situazione dovrebbe presentarsi come segue:

- il trust residente registra la tassazione del suo reddito ovunque prodotto nel mondo, in capo ad esso o in capo ai beneficiari "individuati", siano essi residenti o meno nel nostro paese (vedi tavola a piè di pagina);

- il trust non residente è tassato in Italia per i soli redditi prodotti nel territorio dello Stato, in capo ad esso o nuovamente in capo ai beneficiari "individuati", nella sola misura in cui però questi ultimi sia-

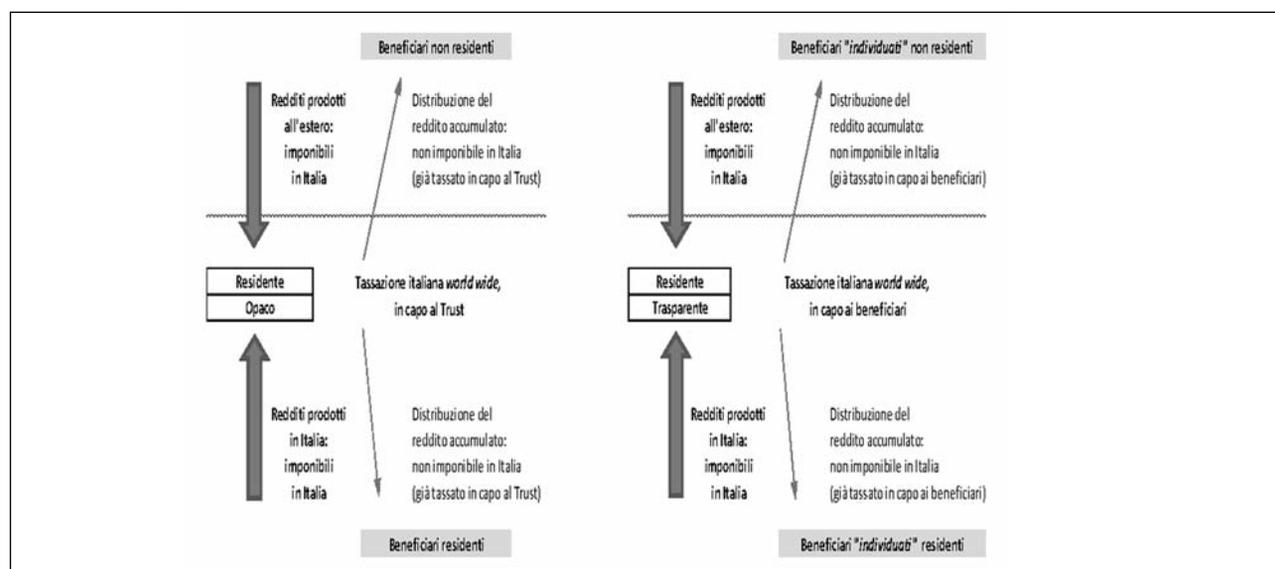
Note:

(22) Come si avrà modo di evidenziare nell'immediato prosieguo, i redditi di cui trattasi sono unicamente quelli prodotti in Italia, traslati altresì sui soli contribuenti ivi residenti.

(23) Con riferimento al caso di un trust creato a favore di un disabile, l'Agenzia, con risoluzione 4 ottobre 2007, n. 278, in questa Rivista, 2008, 84, ha rilevato come la circostanza che il disabile potesse far valere il proprio diritto all'assistenza, tramite il tutore, non fosse decisiva per la tassazione "per trasparenza". Con risoluzione 5 novembre 2008, n. 425 (in questa Rivista, 2009, 71), l'Agenzia delle Entrate ha sottolineato in termini più generali come il presupposto dell'imputazione "per trasparenza" non possa essere strutturalmente ravvisato nei casi in cui il trustee conservi il potere di scegliere se, quando, in che misura o a chi attribuire il reddito dei beni in trust: per un commento, si rinvia a N. De Renzis Sonnino, La nozione di «trust trasparente» secondo l'Agenzia delle Entrate, Corriere trib., 2009, 310.

(24) L'effettiva percezione dei redditi da parte dei beneficiari "individuati", infatti, rimane una mera movimentazione finanziaria, come tale priva senza alcun dubbio di rilevanza ai fini impositivi.

(25) Almeno fintanto che la distribuzione non assuma i connotati della periodicità e della rendita.



no a loro volta residenti(26), difettando, infatti, per gli altri il requisito di territorialità tipico dei proventi di capitale. Il corto circuito legato alla possibile mancanza di tassazione in Italia di redditi ivi prodotti da un trust non residente, con beneficiari "individuati" anche o solo non residenti, dovrebbe essere comunque evitato dal mancato riconoscimento pro quota del meccanismo di trasparenza.

I redditi prodotti all'estero dal trust assumeranno poi rilievo in Italia solo allorquando concretamente conseguiti dai beneficiari residenti(27) (vedi tavola a piè di pagina).

Lo scenario così delineato si rivela assai complesso, con pochi eguali nel sistema delle imposte sui redditi: l'esatto inquadramento fiscale dei flussi di ogni fattispecie può richiedere la ponderazione di molteplici variabili, dalla residenza dell'istituto all'origine dei proventi, dal carattere opaco o trasparente del trust alla residenza dei beneficiari del reddito dei beni vincolati.

Non pochi dubbi sorgono poi nel momento in cui ci si interroghi sulla effettiva capacità e, si vorrebbe dire, propensione dei trustee esteri a monitorare le fonti del reddito e le causali delle distribuzioni delle somme da essi accumulate, tra capitale, reddito di origine italiano e reddito di origine estera, dinnanzi magari a classi di beneficiari particolarmente variegati.

A complicare ulteriormente il quadro, si presentano, infine, i profili discriminatori della disciplina, a danno dei trust non residenti, in presenza di beneficiari italiani e di redditi di fonte estera(28). Si pensi per semplicità all'ipotesi di una distribuzione di dividendi da parte di società non italiane: il flusso di proventi percepito dal trust residente, sia esso opaco o trasparente, e poi da questi distribuito, subirà un carico fiscale assai

minore, per le ragioni che si andranno a dettagliare a breve, di quello che si registrerà in presenza di un trust non residente, frutto costante della tassazione estera e della tassazione italiana in capo ai beneficiari(29).

■ I trust titolari di partecipazioni: elementi di pianificazione fiscale

La crescente verticalizzazione delle strutture proprietarie, soprattutto di stampo familiare, risponde alla volontà di conseguire vantaggi assai variegati.

Con beneficio di sintesi, si accenna appena alla possibilità offerta dalla capogruppo, attraverso la relativa procedura di costituzione, di esplicitare i valori "reali" delle società operative, e quindi di migliorare i parametri quantitativi che concorrono alla definizione del rating bancario(30).

Incentivi rilevanti sono poi arrivati dalla riforma fiscale, particolarmente orientata a favorire strutture facenti perno, nello specifico, su di una società di ca-

Note:

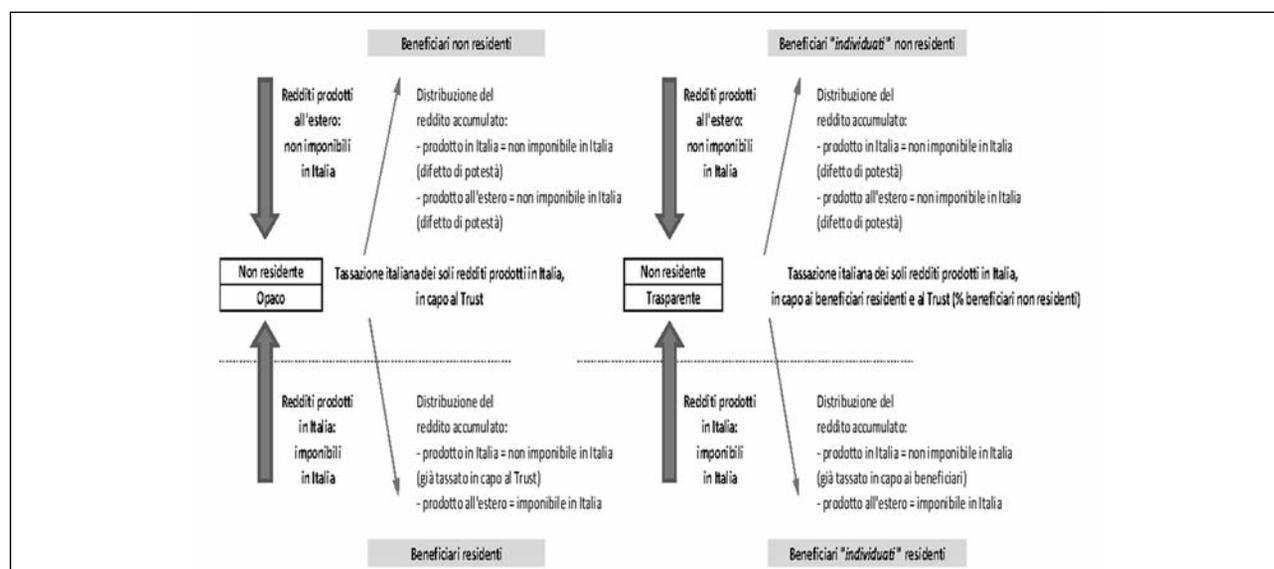
(26) Circolare 6 agosto 2007, n. 48, par. 4.1.

(27) La disposizione dell'art. 73, II comma, del Tuir, secondo cui "nei casi in cui i beneficiari del trust siano individuati, i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari", non può che riferirsi, a parere di chi scrive, ai soli redditi imponibili in Italia.

(28) I redditi prodotti invece in Italia, da un trust non residente, saranno tassati, in ipotesi di trasparenza, in capo ai beneficiari italiani "individuati" e verosimilmente al trust, come visto, per la quota riferibile ai beneficiari "individuati" esteri; in caso di opacità, in capo esclusivamente ad esso. Tanto nel primo, quanto nel secondo scenario, però, come evidenziato nello schema che precede, il loro conseguimento materiale da parte dei beneficiari dovrebbe essere escluso da ogni tassazione, in linea pertanto con quanto operante in presenza di un trust residente.

(29) Più ampiamente, A. Righini, Analisi dell'efficienza fiscale delle strutture societarie con a capo un trust estero, Fisco, 2008, 3815.

(30) Si pensi allo scambio di partecipazioni a mezzo conferimento ex art. 177, II comma, del Tuir, o ancora al conferimento delle aziende in nuovi veicoli ex art. 176 del Testo Unico, con successiva fusione delle conferenti.



pitali: accanto a vantaggi più tradizionali, quali la cessione dei crediti d'imposta a modalità agevolate o la liquidazione dell'IVA di gruppo(31), la capogruppo può, infatti, usufruire appieno della *participation exemption* o attivare l'istituto del "consolidato fiscale".

Pari rilievo, pur restringendosi in questo caso la platea dei soggetti interessati, può assumere infine la capacità della *holding* di gestire in modo più efficace la finanza, attraverso l'attivazione di sistemi di tesoreria accentrata (*cash-pooling*), o ancora di contribuire alla contrazione dei costi per il tramite della concentrazione di servizi e funzioni.

Le considerazioni ora espresse rendono semplicistico ritenere che la scelta della natura giuridica del primo soggetto apicale possa basarsi soltanto sulla variabile fiscale(32). Nonostante ciò, è interessante rimarcare lo scenario particolarmente benevolo, sul fronte delle imposte sui redditi, che caratterizza, tra gli altri:

- un trust residente, inquadrato tra gli enti non commerciali,
- titolare di partecipazioni "qualificate" in società potenzialmente "pex", anch'esse residenti nel territorio dello Stato,
- con beneficiari dei redditi, o delle somme ad essi riferibili, persone fisiche residenti in Italia, soggette ad aliquota marginale Irpef massima,
- sia in costanza di rapporto, che nell'ipotesi di sua interruzione, a mezzo cessione(33).

Per supportare tale affermazione, si consideri innanzitutto un pur semplice confronto, a parità di scenario, tra un trust trasparente ed uno opaco.

Quale che sia la fonte dei proventi (percezione di utili; conseguimento di plusvalenze) l'analisi è assai agevole, trattandosi di applicare alla medesima base imponibile, così come determinata in capo al trust, l'aliquota Ires in luogo di quella marginale Irpef. A tal proposito, giova rimarcare come l'art. 4, I comma, lett. q), del D. Lgs. 2 dicembre 2003, n. 344 abbia disposto un regime transitorio per gli enti non commerciali, a norma del quale, sino alla definitiva attuazione della legge delega di riforma del sistema fiscale, con l'integrale assoggettamento di questi ultimi alla disciplina dell'Ires, i dividendi percepiti soteranno tassazione nella misura limitata del 5%(34).

DIVIDENDI	
Dividendi	1.000.000
Base imponibile (5%)	50.000
Tassazione Trust opaco	13.750
Tassazione Trust (27,5%)	13.750
Tassazione beneficiari (43%)	0
Tassazione Trust trasparente	21.500
Tassazione Trust (27,5%)	0
Tassazione beneficiari (43%)	21.500

CAPITAL GAIN ("Qualificato")	
Plusvalenza	1.000.000
Base imponibile (49,72%)	497.200
Tassazione Trust opaco	136.730
Tassazione Trust (27,5%)	136.730
Tassazione beneficiari (43%)	0
Tassazione Trust trasparente	213.796
Tassazione Trust (27,5%)	0
Tassazione beneficiari (43%)	213.796

La tassazione che ne deriva vede quindi il trust opaco prevalere costantemente, in termini di convenienza, su quello trasparente, con una divaricazione tanto più evidente laddove il flusso reddituale sia rappresentato da plusvalenze ritratte dalla cessione delle ipotizzate partecipazioni.

È ora possibile interrogarsi su quale sia invece il miglior trattamento fiscale tra quello dell'anzidetto trust opaco e quello, al contrario, riservato, sempre con riferimento allo scenario sopra premesso, ad un soggetto apicale avente la forma di società di capitali residente(35).

Capogruppo società di capitali - Dividendi e plusvalenze			
Dividendi e plusvalenze			1.000.000
Base imponibile (5%)			50.000
Tassazione holding (27,5%)			13.750
Tassazione soci (43%)	210.866	Tassazione soci (12,5%)	123.281
Totale tassazione soci qualificati	224.606	Totale tassazione soci non qualif.	137.031

Emerge la maggior profittabilità del trust opaco, soprattutto con riferimento alla percezione di utili, grazie alla combinazione tra la loro limitata tassazione in capo a quest'ultimo, analoga a quella registra-

Note:

(31) Artt. 43-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, e 73, III comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

(32) Spesso decisivo nella scelta risulta poi l'intento di attuare al vertice una pianificazione successoria, a livello proprietario e/o gestionale.

(33) La volontà di concentrarsi su tale scenario è legata alla crescente diffusione in ambito italiano dei trust interni, non solo per ragioni psicologiche, ma anche per le costanti difficoltà che le strutture estere incontrano nel rapportarsi alle nostre previsioni antielusive, soprattutto se capitanate da istituti di mero godimento. Come accennato in precedenza, i flussi reddituali di fonte estera dei trust non residenti, a favore di beneficiari italiani, sembrano scontare poi un trattamento fiscale sfavorevole.

(34) In presenza di partecipazioni di proprietà del trust "non qualificate", dividendi e plusvalenze non partecipano in entrambi i casi (trust opaco e trust trasparente) alla formazione della base imponibile, scontando la tassazione alla fonte o sostitutiva del 12,5%.

(35) La scelta, come soggetto campione, di una capogruppo società di capitali non si basa soltanto sulla relativa disciplina fiscale: basti pensare alla maggior convenienza che rivela la *holding* società di persone in presenza di una compagine sociale ristretta, formata da soci idealmente "qualificati". Come anticipato, però, i fattori che concorrono alla decisione sono molti e il riscontro professionale rivela una diffusa propensione per soggetti apicali dotati del regime patrimoniale tipico quantomeno delle S.r.l. o delle S.p.a.

bile in capo alla *holding* società di capitali, e l'esclusione da imposizione delle somme successivamente distribuite ai beneficiari.

I vantaggi permangono in presenza di plusvalenze derivanti dalla cessione da parte del trust delle ipotizzate partecipazioni "qualificate", per quanto la differenza di carico impositivo si faccia assai ridotta rispetto ad una eventuale *holding* posseduta da soci a loro volta "non qualificati".

Una scelta nei termini proposti, tra soggetto apicale trust o società di capitali, non può ovviamente prescindere dal considerare la tassazione se del caso prevista per la creazione della struttura.

Senza voler esulare dagli scopi del presente lavoro, si rammenta solo la diversa disciplina chiamata in causa dalle due ipotesi.

La costituzione della *holding* è evento tipicamente realizzativo e come tale idoneo a comportare una tassazione dei plusvalori ai fini delle imposte sui redditi, in capo al soggetto cedente o conferente. Nella prospettiva che qui interessa, è utile ricordare la possibilità offerta dall'art. 177, II comma, del Tuir, di valutare le partecipazioni ricevute a seguito di un conferimento, per mezzo del quale la conferitaria acquista il controllo di diritto di una diversa società, ovvero la maggioranza assoluta dei relativi diritti di voto, sulla base dell'aumento di patrimonio netto registrato dalla medesima conferitaria.

Il citato criterio di determinazione del corrispettivo opera all'interno di una norma certamente più restrittiva della sua corrispondente comunitaria⁽³⁶⁾, solo avendo a mente il condizionamento esercitato dalla variabile fiscale, ma si pone come via privilegiata per la costituzione di una *holding* italiana da parte di persone fisiche, titolari di partecipazioni di controllo in società residenti. La posizione restrittiva manifestata dall'Amministrazione con la risoluzione 22 marzo 2007, n. 57⁽³⁷⁾, ha, infatti, lasciato spazio ad un approccio più possibilista: la risoluzione 18 novembre 2008, n. 446, ha spostato il confronto sulla presenza o meno nel singolo caso di valide ragioni economiche, diverse dal semplice intento "di transitare in neutralità fiscale dal regime di tassazione Irpef riservato alle persone fisiche non imprenditori, a quello più favorevole dell'Ires".

La disposizione in trust è, invece, evento tipicamente gratuito, come tale destinato a confrontarsi con l'imposta sulle successioni e donazioni, così come reintrodotta dal D. L. 3 ottobre 2006, n. 262, e successivamente modificata.

L'Agenzia delle Entrate, nel tentativo di evitare ogni differimento nella riscossione, ha fatto propria,

come noto, la tesi di una costante tassazione del trust in sede di sua istituzione, dando rilievo all'eventuale rapporto esistente tra disponente e beneficiario per individuare l'aliquota da applicare. La posizione è largamente inappagante, solo avendo a mente i problemi che essa solleva in riferimento ai trust discrezionali, con beneficiari appartenenti a classi di aliquota diversa o con *plafond* di esenzione diseguali, ai trust con identità tra disponente e beneficiario e più in generale ai trust di garanzia o liquidatori⁽³⁸⁾.

Nell'economia del presente lavoro, ci si limita tuttavia a rimarcare il dispositivo della risoluzione 23 aprile 2009, n. 110⁽³⁹⁾, che prospetta, pur se *a contrariis*, il ricorso alla fattispecie di esenzione di cui all'art. 3, comma IV-ter, del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, in presenza di trust di durata almeno quinquennale, con beneficiari individuati in discendenti o nel coniuge del disponente⁽⁴⁰⁾: è di tutta evidenza, infatti, l'importanza che questa via può rivestire nel tentativo di ottimizzare fiscalmente la scelta di collocare un trust al vertice di un gruppo a base familiare.

Note:

(36) Lo scambio di partecipazioni intra-UE di cui agli artt. 178 e 179 del Tuir.

(37) In tale pronuncia fu escluso il ricorso all'art. 177, II comma, del Tuir nelle ipotesi di mera riorganizzazione degli assetti proprietari delle partecipate, senza un cambiamento sostanziale dei relativi soci di controllo. La posizione è stata ampiamente criticata dalla più autorevole dottrina: si veda in proposito la circolare Assonime 12 aprile 2007, n. 20, e la norma di comportamento ADC n. 170 del febbraio 2008.

(38) Sul tema trust e imposizione indiretta, si segnalano, tra i più recenti: G. Zizzo, La ricchezza erogata dai trust, tra reddito e capitale, *Rass. trib.*, 2008, 1275; F. Guffanti, Problemi fiscali aperti per i trust, *Corriere trib.*, 2009, 2558; G. Semino, Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti dei trust, in questa Rivista, 2009, 157; D. Stevanato, Trusts e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa, *GT - Riv. giur. tributaria*, 2009, 534; M. P. D'Arezzo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta - I, in questa Rivista, 2009, 384; E. Corallo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta - II, *ivi*, 393; N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507; D. Muritano - A. Pischetola, Prime decisioni in materia di imposizione indiretta del trust, *Notariato*, 2009, 509. Per un'analisi comparativa, infine, P. Panico, Trust ed imposte indirette: la posizione della Corte di Cassazione francese, in questa Rivista, 2008, 382.

(39) In questa Rivista, 2009, 449, con commento di A. De Dominicis, La Risoluzione n. 110/E dell'Agenzia delle Entrate: spunti di riflessione per la stesura di un atto istitutivo di trust, *ivi*, 668.

(40) A. Russo - A. Lo Presti - I. De Rosa, Trust e passaggio generazionale in esenzione d'imposta, *Guida alla Contabilità & Bilancio de Il Sole 24-Ore*, n. 17/2009, 21; F. Di Maio, La fiscalità del trust: il contrasto tra l'Agenzia delle entrate e la giurisprudenza delle Commissioni tributarie, *Società*, 2009, 909.

Concordato preventivo e trust: come una soluzione civilisticamente efficiente può diventare inefficiente per una falsa applicazione della normativa tributaria

di **Giorgio Semino**

L'utilizzo del trust a compendio di procedure di concordato preventivo sta riscontrando un sempre maggiore interesse da parte degli operatori. Una recente pronuncia del Tribunale di Napoli offre lo spunto per affrontare i più rilevanti profili fiscali del tema e per porsi in chiave critica rispetto ad alcuni degli attuali orientamenti dell'Amministrazione Finanziaria.

■ Introduzione all'utilizzo dei trust nelle procedure di concordato preventivo

Il trust in Italia ha incontrato negli ultimi anni un crescente utilizzo nell'ambito delle procedure concorsuali. In particolare, il trust ha suscitato il vivo interesse degli operatori nell'ambito del concordato preventivo(1).

Come noto, la nuova normativa sul concordato preventivo si caratterizza per l'estrema molteplicità e flessibilità delle forme che possono essere utilizzate per comporre adeguatamente la crisi. Il punto più delicato riguarda non solo e non tanto la scelta dello strumento tecnico giuridico più adeguato, quanto l'affidamento per i creditori che il piano sia effettivamente realizzato e che i mezzi ad esso destinati restino giuridicamente vincolati allo scopo. Questo problema assume particolare rilevanza quando una parte cospicua dei beni messi a disposizione del piano venga offerta da un soggetto terzo. Ed infatti gli effetti preclusivi che l'ammissione al concordato svolge nei confronti di tutti i creditori concorsuali fino alla sua omologazione si riflettono esclusivamente sul patrimonio del debitore, ma non si estendono ai beni offerti dal terzo, che restano quindi soggetti alle legittime richieste dei suoi creditori personali(2).

In questa cornice risulta allora facile capire come l'utilizzo del trust abbia subito incontrato un terreno elettivo. L'effetto segregativo proprio di ogni trust raggiunge, infatti, perfettamente l'interesse delle parti, vincolando in via definitiva i beni del debitore o del terzo all'adempimento delle obbligazioni concorsuarie.

Giorgio Semino – Professore aggregato di Diritto commerciale presso l'Università di Genova, Dottore di ricerca in Diritto tributario internazionale e comparato e membro della Commissione Il Trust del Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili.

Il testo riproduce la relazione, con modificazioni, presentata al Congresso del Decennale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Ischia, il 1°-3 ottobre 2009.

Note:

(1) G. Lo Cascio, Quali garanzie nel concorso, *Fallimento*, 2002, 1020; Id., Il concordato preventivo ed il trust, *Fallimento*, 2007, 245; Id., Proposta di concordato preventivo mediante trust (nota a Trib. Napoli, decr. 19 novembre 2008), in questa Rivista, 2009, 587; *Fallimento*, 2009, 336; M. Lupoi, Trust e riflessi sul sistema delle garanzie, *Fallimento*, 2002, 939; L. Panzani, Trust e concordato preventivo (nota a Trib. Parma, 3 marzo 2005), *Fallimento*, 2005, 555; E. Barla De Guglielmi, Brevi considerazioni a margine di due recenti provvedimenti giurisdizionali in materia di trust (nota a Trib. Milano, decr. 23 febbraio 2005 e Trib. Parma, 3 marzo 2005), *Riv. not.*, 2005, 858; V. Panuccio, L'utilizzo del trust in materia concorsuale (due interessanti applicazioni: ai crediti tributari e al concordato fallimentare), relazione presentata al III congresso nazionale dell'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi in Roma il 21-23 ottobre 2005, che si legge sul sito dell'Associazione all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it; V. Greco, Il trust quale strumento di soluzione e di prevenzione della crisi d'impresa nella riforma delle procedure concorsuali, in questa Rivista, 2007, 212, a p. 219 s.; L. Rovelli, Il ruolo del trust nella composizione negoziale dell'insolvenza di cui all'art. 182-bis legge fallimentare, *ivi*, 2007, 398; *Fallimento*, 2007, 595; D. Zanchi, Osservazioni in ordine alla possibile applicazione di un trust agli accordi di cui all'art. 182-bis L.F., in questa Rivista, 2007, 155; Id., *Diritto e pratica dei trusts. Profili civilistici*, Torino, 2008, p. 238 ss.

(2) In mancanza di garanzie reali tipiche, la pratica aveva suggerito strumenti alternativi quali la trascrizione di cui all'art. 2649 cod. civ. o la sottoscrizione del terzo della proposta concordataria e la sua omologazione, ma anche in questi casi le interpretazioni non erano state univoche e rimaneva quindi il dubbio sulla loro effettiva funzionalità. Sui profili evidenziati nel testo e nella presente nota v. [*supra*, nota precedente] e in particolare L. Panzani, Trust e concordato preventivo [*supra*, nota 1], a p. 555 ss.; G. Lo Cascio, Il concordato preventivo ed il trust [*supra*, nota 1], a p. 245 ss., ai quali si rinvia per i numerosi riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

■ Una recente pronuncia del Tribunale di Napoli

Nell'ambito del filone appena delineato si pongono due recenti pronunce del Tribunale di Napoli(3).

Il caso analizzato dai giudici partenopei ha riguardato una procedura di concordato preventivo la cui proposta prevedeva un piano mediante il quale la società che deteneva una partecipazione pressoché totalitaria nella società debitrice si accollava cumulativamente e irrevocabilmente l'intero fabbisogno concordatario rendendosi cessionaria di tutte le attività facenti parte del patrimonio del debitore.

Quale "garanzia atipica" degli adempimenti assunti, il piano prevedeva la costituzione di un trust interno nel quale sarebbe confluito l'intero patrimonio immobiliare sia della società concordataria (stimato in circa Euro 3.100.000,00), sia della società assuntrice (stimato in circa Euro 18.100.000,00). La finalità del trust era infatti quella della vendita del patrimonio immobiliare e della devoluzione del ricavato alla massa dei creditori. L'ufficio di trustee sarebbe stato ricoperto da un soggetto designato dal tribunale e quello di guardiano sarebbe stato assunto dal commissario giudiziale.

Il piano è stato però successivamente modificato. Secondo la società debitrice il conferimento in trust degli immobili da parte della stessa società e della società assuntrice avrebbe comportato il pagamento di una imposta di circa Euro 2.330.000,00 ed un conseguente rilevante aggravio per la procedura(4).

Si è quindi proposto, in sostituzione della costituzione di un trust, la stipula di un contratto preliminare di trasferimento con validità quinquennale ad obbligo di rinnovo della trascrizione al trascorrere del triennio, ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., di parte o di tutti i beni immobili di cui in parola(5).

Esula dalle finalità di questa nota approfondire la bontà della soluzione alternativa proposta, ed in particolare se la stessa offra ai creditori del concordato la medesima tutela offerta dal trust (cosa di cui in vero fortemente si dubita). In questa sede si prende invece atto che una soluzione sicuramente efficiente, e che già in altre occasioni è stata utilizzata con profitto, nel caso in esame è stata scartata perché considerata eccessivamente onerosa da un punto di vista fiscale.

In quest'ottica, si procederà ad un'analisi del regime fiscale applicabile ad un trust istituito a garanzia della corretta esecuzione di un concordato preventivo, al fine di verificare se, effettivamente, questa so-

luzione risulti non percorribile, in quanto eccessivamente onerosa sotto il profilo tributario, o se, al contrario, la sua fiscalità non differisca in maniera rilevante da quella ordinariamente applicabile.

■ La fiscalità dei trust nell'ambito del concordato preventivo

Partendo dal momento genetico del negozio va ricordato che l'uso che si è affermato in Italia è quello di dividere il negozio istitutivo del trust, dai successivi negozi dispositivi tramite i quali lo stesso viene dotato dei fondi necessari(6).

L'atto istitutivo, staccato dagli atti di dotazione, risulta un atto meramente programmatico, irrilevante sotto il profilo dell'imposizione diretta, e che sconta, nell'ambito dell'imposizione indiretta, se soggetto a registrazione, l'imposta di registro unicamente in misura fissa di Euro 168,00, in quanto atto "non avente per oggetto prestazioni a contenuto patrimoniale" (ai sensi dell'art. 11, parte prima della Tariffa allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, di seguito "T.U. di registro"). Questo principio, da sempre pacifico, ha trovato conferma anche nelle più recenti pronunce dell'Amministrazione Finanziaria(7).

La vera partita si gioca quindi sugli atti di dotazione, che, nel caso qui in esame sono rappresentati dal trasferimento al trustee dei beni immobili da parte della società concordataria e della società assuntrice.

Note:

(3) Trib. Napoli, 19 novembre 2008, in questa Rivista, 2009, 636, che si legge anche in Fallimento, 2009, 325, con nota di G. Lo Cascio [*supra*, nota 1]; Trib. Napoli, 25 febbraio 2009 (inedito).

(4) V. Trib. Napoli, 25 febbraio 2009 [*supra*, nota 3]. Dal provvedimento non è dato conoscere quale sia l'esatto conteggio eseguito. È tuttavia ragionevole ritenere che l'importo evidenziato derivi dall'applicazione al valore dell'intero patrimonio immobiliare trasferito al trust pari a Euro 21.200.000,00 (Euro 3.100.000,00 + 18.100.000,00) moltiplicato per 11% (8% a titolo di imposta sulle donazioni + 3% a titolo di imposte ipotecarie e catastali) e arrotondato. Sulla (non) correttezza di tale approccio v. *infra*.

(5) V. ancora Trib. Napoli, 25 febbraio 2009 [*supra*, nota 3].

(6) Il negozio di trasferimento può infatti coincidere con lo strumento istitutivo del trust, precederlo o seguirlo (v. M. Lupoi, Trusts, Milano, II ed., 2001, p. 589 ss.).

(7) V. già Secit delibera 11 maggio 1998, n. 37 e, recentemente, Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, par. 5.1, in questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, *ivi*, 497; Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 5.4.2, *ivi*, 211, con commento di G. Gaffuri, La nuova manifestazione di pensiero dell'Agenzia sulla tassazione indiretta dei trust, *ivi*, 121. Particolare cautela va peraltro posta nel caso in cui l'atto istitutivo del trust preveda la costituzione di una rendita.

■ (Segue). La fiscalità degli atti segregativi di beni in trust nell'imposizione diretta

Ai fini delle imposte sui redditi, il trasferimento di beni in un trust sconta un trattamento differenziato in funzione del soggetto che effettua l'atto segregativo, dell'afferenza o meno dei beni trasferiti ad un complesso aziendale, della loro tipologia e delle finalità per cui il trust viene istituito.

Si usa generalmente distinguere l'ipotesi di atti compiuti al di fuori dell'impresa da quella di disponente imprenditore che compie atti di segregazione relativi a beni dell'azienda(8).

Fuori dall'ambito dell'impresa, le varie norme del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito, "TUIR") prevedono un regime di imponibilità solo per gli atti di disposizione a titolo oneroso. Nell'ipotesi in esame l'assenza di qualsivoglia corrispettivo(9) rende quindi l'operazione non soggetta ad imposizione(10).

Nel secondo caso si fa invece derivare la possibile emersione di componenti positivi di reddito dalla destinazione dei beni (segregati) a finalità estranee all'impresa(11).

La più attenta dottrina ha tuttavia proposto un'analisi di tipo funzionale al fine di verificare se la specifica finalità del singolo trust fosse o meno compatibile con l'attività svolta dall'impresa. Si è così ritenuto corretto limitare l'emersione di materia imponibile alle sole ipotesi in cui potesse prospettarsi una effettiva destinazione dei beni a finalità estranee all'impresa(12).

Note:

(8) La preliminare verifica del requisito della appartenenza al regime dei beni dell'impresa di quanto segregato in trust si pone ovviamente solo con riferimento agli imprenditori individuali e agli enti non commerciali, essendo ammissibile solo per questi una sfera proprietaria ulteriore rispetto a quella che origina il reddito di impresa. Nel caso in cui la qualifica di disponente sia assunta da società commerciali (regolari), la *vis activa* del reddito di impresa rende al contrario ininfluenza la distinzione, stante la coincidenza delle due sfere. Sul profilo v. D. Stevanato, voce Plusvalenze e minusvalenze nel diritto tributario, Dig. disc. priv., sez. comm., XI, Torino, 1995, a p. 96 ss. e con particolare riferimento alla materia qui trattata F. Paparella, Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali, in I. Beneventi (cur.), I trusts in Italia oggi, Milano, 1996, 357, a p. 370.

(9) Il polimorfismo dei trust impedisce tuttavia ogni generalizzazione. Nell'ipotesi di trust di tipo solutorio il trust potrebbe essere stato istituito per regolare un precedente rapporto di provvista tra disponente e beneficiario finale, portando a collocare il trasferimento al trustee nell'ambito degli atti di scambio quale ipotesi peculiare di cessione onerosa (sul profilo, con maggiore profondità, v. D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette, in G. Fransoni - N. de Renzis Sonni (curr.), Teoria e pratica della fiscalità dei trust, Trusts, Quaderni, n. 9, Milano, 2008, 3, a p. 5).

(10) Da ultimo riprendendo un orientamento da sempre pacifico in dottrina e prassi amministrativa v. la Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, al par. 3.3 [*supra*, nota 7].

Al di fuori dell'impresa manca, infatti, una norma di carattere generale che comporti il realizzo dell'eventuale destinazione dei beni personali a finalità estranee. Un caso particolare è, tuttavia, rappresentato dal trasferimento al trust di titoli detenuti nell'ambito di un rapporto amministrato di cui all'art. 6 del D.lgs. 21 novembre 1997, n. 461. Nell'evenienza si verifica, infatti, un trasferimento dei titoli dal conto intestato al disponente al conto intestato al trustee del trust e ciò pare, quindi, ricadere nell'ipotesi regolata dal sesto comma del ricordato art. 6, ai sensi del quale "si considera cessione a titolo oneroso anche il trasferimento dei titoli, quote, certificati o rapporti di cui al comma 1 a rapporti di custodia o amministrazione di cui al medesimo comma, intestati a soggetti diversi dagli intestatari del rapporto di provenienza, nonché ad un rapporto di gestione di cui all'articolo 7, salvo che il trasferimento non sia avvenuto per successione o donazione", con conseguente realizzo, sulla base dei criteri stabiliti dalla Consob o al valore normale, v. il D.M. 9 giugno 1998, delle eventuali plusvalenze latenti (in questo senso, con specifico riferimento agli atti segregativi di partecipazioni in trust, era già stato implicitamente affermato nella Risposta ad Interpello del 26 novembre 2003, Prot. n. 2003/192508, che si legge in questa Rivista, 2006, 481 e ora definitivamente ribadito nella ricordata Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, al par. 3.3. [*supra*, nota 7]). Sulla correttezza della conclusione potrebbe, invero, dubitarsi, stante una possibile applicabilità al caso in esame dell'ultimo periodo del sesto comma del ricordato art. 6, che fa salva l'ipotesi di trasferimento avvenuto per successione o donazione. Si potrebbe infatti ragionevolmente argomentare l'inapplicabilità del disposto ai trust testamentari e molto probabilmente anche ai trust liberali istituiti con atto *inter vivos*, stante l'omogeneità (stabilita dalla sopravvenuta legislazione ai fini del novellato tributo successorio) tra le donazioni e gli atti segregativi comportanti la costituzione di un vincolo di destinazione di tipo traslativo.

(11) In particolare, il trasferimento di beni merce comporta il conseguimento di un ricavo d'esercizio ai sensi dell'art. 85, II comma, del TUIR, mentre quello relativo ai beni strumentali e patrimoniali dell'impresa genera plusvalenze o minusvalenze ai sensi degli articoli 58, 86 e 87 del TUIR. In entrambi i casi la quantificazione del ricavo o della plusvalenza va parametrata sulla base del valore normale dei beni segregati, ai sensi dell'articolo 9, III comma, del TUIR.

Così Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, par. 3.3 [*supra*, nota 7], riprendendo quanto già evidenziato dallo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna con la partecipazione di componenti dell'Ordine dei Dottori Commercialisti di Bologna, del Collegio dei Ragionieri di Bologna, del Consiglio Notarile di Bologna e dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Bologna dal titolo "Il trust riconosciuto in Italia. Profili civilistici e tributari", al par. 2.1, che si legge in Fiducia e Trust, 2-2002 (allegato al Fisco), 12711; Il Giornale dei dottori commercialisti, 1-2003, 24 e 2-2003, 30; sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia" all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it. In dottrina S. Serbini, Appunti sul trust e sui riflessi fiscali conseguenti al suo riconoscimento, Fisco, 1994, 7869, a p. 7872; A. Stesuri, I trust come strumento di pianificazione fiscale, Corr. trib., 1998, 3272, a p. 3274; Id., Trust. Considerazioni ai fini dell'imposizione diretta post riforma fiscale, Fisco, 2005, 5511, a p. 5513 s.; A. Giovannini, Problematicherie fiscali del trust, Boll. trib., 2001, 1125, a p. 1127; C. Pessina - L. Pittaluga, Il trust interno nelle imposte dirette, Fisco, 2003, 16306, a p. 16397; L. Belluzzo, Ammissibilità dei trust e applicazioni pratiche nell'ordinamento italiano: profili fiscali - I parte, in questa Rivista, 2005, 71, a p. 75 s.; G. Odetto, La disciplina fiscale del trust ai fini delle imposte sui redditi, Pratica fiscale, n. 5-2007, 13, a p. 14.

(12) F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts, Riv. dir. fin. sc. fin., 2001, 117, a p. 122; S. Marchese, Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni, in questa Rivista, 2001, 5, a p. 11; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [*supra*, nota 9], a p. 6 ss. Sul profilo cfr. anche la posizione di P. Gaeta, Introduzione ai principali aspetti tributari dei trust interni, in S. Buttà (cur.), Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza, Trusts, Quaderni, n. 2, 2002, 158 a p. 166 s.; Id., Trasferimenti al trustee dei beni d'impresa: analisi tributaria delle imposte dirette sui trasferimenti non onerosi, in questa Rivista, 2002, 574.

In questa prospettiva è idea comune che la segregazione dei beni in trust di natura liberale(13) comporti sempre una destinazione a finalità extraimprenditoriali(14), risultando l'*animus donandi* che li caratterizza normalmente incompatibile con un'attività imprenditoriale.

Per contro, si sono individuate una serie di fattispecie in cui il trasferimento dei beni al trust pare non elidere il legame dei beni con l'impresa e, quindi, non si realizzi la destinazione a finalità estranee: (i) trust di garanzia(15); (ii) trust costituiti per gestire determinate fasi dell'impresa (ad esempio il compimento di determinate operazioni sui beni prima della loro rivendita)(16); (iii) trust di scopo avente funzioni di un sindacato azionario(17); (iv) trust utilizzati per deconsolidare una partecipazione di controllo(18); (v) il temporaneo affidamento ad un trustee di un ramo di azienda affinché si dia luogo a ristrutturazioni produttive(19); (vi) trust istituiti nell'ambito di procedure concorsuali o di piani di risanamento dei debiti(20).

Ove si voglia ricercare un *leitmotiv* che accomuna questa vasta casistica, lo stesso può essere trovato in una sorta di temporaneità e reversibilità (perlomeno sotto il profilo economico) della struttura e nella circostanza che l'impresa disponente deve continuare a godere, pur in via mediata o prospettica, delle utilità che promanano dai beni segregati. Ciò accade tipicamente nei trust c.d. di ritorno, in cui, appunto, i beni tornano al disponente al termine del trust. Il che non rende indefettibile e definitivo il distacco dal primitivo ciclo fiscale dell'impresa, facendo così propendere per l'irrilevanza dell'operazione(21). Per altro verso, in un trust di garanzia l'eventuale vendita dei beni da parte del trustee, al verificarsi dell'eventuale inadempimento del disponente debitore verso i propri creditori, porterà una diminuzione delle attività del disponente, ma anche una corrispondente diminuzione delle sue passività(22).

Si spiega così il perché, nell'ipotesi di disponente imprenditore, sia la dottrina che si è data carico di questo problema, sia i disegni di legge presentati nelle precedenti legislature, hanno ritenuto di sottendere la neutralità del trasferimento dei beni al trust (a) alla restituzione dei beni all'impresa disponente al termine del trust e (b) all'iscrizione nel bilancio del trasferente - per tutta la durata del trust - di una immobilizzazione (di natura creditoria) corrispondente al costo fiscalmente riconosciuto dei beni trasferiti(23).

Ragioni di tipo sistematico, e l'attuale contesto

normativo, impongono tuttavia di considerare, salvo quanto si preciserà nel prosieguo, un terzo requisito necessario per affermare la tendenziale irrilevanza fi-

Note:

(13) Il caso più usuale è quello di un imprenditore che segrega dei beni immobili facenti parte dell'impresa in un trust istituito a favore del coniuge o dei suoi discendenti.

La bipartizione tra trust "liberali" e trust "commerciali" si deve a M. Lupoi, Trusts [supra, nota 8], p. 620 ss., al quale si rinvia per una ricca casistica. Nel campo delle imposte sui trasferimenti v. G. Semino, Trust liberali e trust commerciali, in questa Rivista (da cui si cita), 2006, 191, che si legge anche in Corr. trib., 2006, 313.

(14) F. Paparella, Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali [supra, nota 8], a p. 381; M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 761 ss.; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts [supra, nota 12], a p. 122; S. Marchese, Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni [supra, nota 12], a p. 11 nota 30; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6.

Nel solo caso di imprenditore individuale (una distinzione tra patrimonio personale e imprenditoriale non può infatti verificarsi negli imprenditori societari, v. [supra, nota 8]) si ritiene che la fattispecie di destinazione dei beni a finalità estranee all'impresa, e il conseguente realizzo dell'eventuale plusvalenza, si verifichi già nel patrimonio del disponente, risultando pertanto fiscalmente irrilevante il successivo atto di trasferimento dei beni al trustee (v. A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna, I. Beneventi (cur.), I Trusts in Italia oggi [supra, nota 8], 269, a p. 280 s.; F. Paparella, Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali [supra, nota 8], a p. 378). La portata della distinzione, sicuramente corretta sotto un profilo logico giuridico, è stata tuttavia ridimensionata dalla dottrina successiva stante l'identità dell'effetto finale di emersione di valori imponibili (v. M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 762; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts [supra, nota 12], a p. 121, nota 11; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6 a nota 4).

(15) D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6.

(16) D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6.

(17) S. Marchese, Trust e imposizione sul reddito: alcune riflessioni [supra, nota 12], a p. 11, nota 30; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6.

(18) G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni, in questa Rivista (da cui si cita), 344, a p. 358, e in Riv. dir. trib., 2007, I, 677.

(19) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 763.

(20) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 763; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 6.

(21) Così F. Paparella, Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali [supra, nota 8], a p. 380.

(22) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 764.

(23) M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 763; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts [supra, nota 12], a p. 122; D. Stevanato, Il trasferimento di beni al trustee nelle imposte dirette [supra, nota 9], a p. 7 ss., al quale si rinvia per i riferimenti e l'analisi dei disegni di legge in materia.

A ben vedere la sola iscrizione di una posta creditoria nell'attivo in luogo del bene segregato, evidenziando la continuità del rapporto tra disponente e valore economico del bene, potrebbe essere già da sola sufficiente a garantire la neutralità dell'operazione.

scaie di questo tipo di operazioni. È infatti ragionevole ritenere che questo risulti anche legato (c) alle caratteristiche soggettive del trust (ed in particolare alla circostanza che lo stesso svolga o meno attività di impresa)(24).

È noto come già prima della riforma tributaria del 1973 fosse particolarmente acceso il dibattito sul presupposto imponible delle plusvalenze in caso di trasferimenti gratuiti, o comunque non onerosi, di beni d'impresa o dell'intera azienda(25). L'opinione tradizionale, anche sulla base del tenore letterale della normativa vigente, faceva perno sulla concezione dell'onerosità in termini di pura corrispettività deducendone l'irrilevanza fiscale delle cessioni a titolo gratuito(26).

La dottrina successiva, grazie in particolare all'opera di Gaspare Falsitta, ha contrapposto la visione, fatta propria dalla legislazione successiva, che considera evento idoneo a manifestare l'incremento di ricchezza accumulata qualunque atto di estromissione del bene dal complesso aziendale, quale atto di definitivo compimento dell'operazione produttiva, almeno rispetto a quei beni. Accanto alle ipotesi di realizzo in senso stretto, sono così state aggiunte le c.d. fattispecie di realizzo per assimilazione ove difetta la contropartita patrimoniale della cessione, ovvero manca lo stesso evento traslativo, potendosi solo registrare una mutazione del contesto economico (dentro o fuori dall'impresa) nel quale il bene si trova inserito(27).

Queste fattispecie sono oggi scolpite nell'attuale formulazione degli artt. 58, 85, 86 del TUIR, che comporta l'emersione di plusvalenze tassabili (o, a seconda dei casi, di ricavi) quando i beni sono destinati al consumo personale o familiare dell'imprenditore, assegnati ai soci o comunque destinati a finalità estranee all'esercizio dell'impresa.

L'ultima fattispecie, secondo la dottrina più recente, assume la funzione di norma di chiusura e si presta a ricomprendere qualunque ipotesi nella quale si verifichi un fenomeno di oggettiva sottrazione del bene all'impresa e al suo regime, impedendo qualsivoglia fuoriuscita dei beni dal ciclo impositivo senza applicazione del tributo(28).

Per quanto qui interessa, va rilevato che ove i beni dell'impresa siano segregati in un trust che non eserciti, nemmeno in via residuale, attività commerciale, il trasferimento dei beni al trust(29) rappresenta l'ultimo momento utile per la tassazione delle plusvalenze latenti e ciò anche nell'eventualità che la fi-

nalità del trust sia congruente con l'attività esercitata dall'impresa disponente. Una diversa conclusione potrebbe basarsi solo sulla presenza di meccanismi capaci di mantenere "memoria" degli assetti fiscali esistenti e atti a non rescindere in via definitiva il regime fiscale applicabile ai beni segregati. Questi meccanismi non sono tuttavia facilmente ipotizzabili alla luce dell'attuale regime impositivo dei trust di cui al novellato art. 73 del TUIR(30).

Note:

(24) Un breve spunto in tal senso si legge in M. Lupoi, Trusts [supra, nota 6], p. 764.

(25) *Ex pluribus*, ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti A. Fantozzi, Contributo allo studio della realizzazione dell'avviamento quale presupposto dell'imposta di ricchezza mobile, Riv. dir. fin., 1964, I, 584; Id., Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze, Riv. dir. fin., 1965, I, 458; A. Fedele, Profili dell'imposizione degli incrementi di valore nell'ordinamento tributario italiano, in Aa. Vv., L'imposizione dei plusvalori patrimoniali, Milano, 1970, 147 ss.; F. Gaffuri, Rilevanza fiscale del trasferimento non oneroso, Dir. prat. trib., 1974, I, 1225; T. Di Tanno, Destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'impresa. Un'ipotesi difficile da inquadrare, Boll. trib., 1990, 1211; R. Versigioni, Profili tributari della cessione gratuita dei beni relativi all'impresa, Riv. dir. fin., 1992, I, 486; M. Miccinesi, Le plusvalenze di impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi, Milano, 1993, p. 157 ss.; D. Stevanato, voce Plusvalenze e minusvalenze nel diritto tributario [supra, nota 8], a p. 98 ss.; Id., Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario, Padova, 1994, p. 179 ss.; L. Carpentieri, Redditi in natura e valore normale nelle imposte sui redditi, Milano, 1997, p. 131 ss.

(26) V. Uckmar, L'imposta di ricchezza mobile sulle plusvalenze patrimoniali, in Aa. Vv., La tassazione delle plusvalenze patrimoniali, Padova 67, a p. 57.

(27) G. Falsitta, Realizzo di plusvalenze assoggettabili ad imposta di ricchezza mobile nella fusione di società commerciali, Riv. dir. fin., 1964, I, 646; Id., Sul momento della tassabilità delle plusvalenze delle imprese nel sistema dell'imposta mobiliare, Impr. dir. erar., 1965, I, 1; Id., Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare, Milano, 1966, *passim*; Id., Il presupposto di imponibilità delle plusvalenze patrimoniali, Impresa, ambiente e Pubblica Amministrazione, 1978, 496; Id., La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi, Padova, 1986, II ed., *passim*; Id., voce Plusvalenze e minusvalenze patrimoniali (dir. trib.) in Enc. giur. Treccani, vol. XXIII, 1990, Roma, 1.

(28) M. Miccinesi, Le plusvalenze di impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi [supra, nota 25], p. 160.

(29) Le conclusioni non cambiano nell'ipotesi di trust auto-dichiarato. Anche in tale fattispecie infatti, pur in mancanza di un momento traslativo della proprietà dei beni segregati, si verifica comunque un passaggio di questi dalla sfera dell'impresa a quella (non commerciale) del trust. L'effetto pare poi del tutto simile a quello che si produce quando una società commerciale viene trasformata in società semplice.

(30) Una prima soluzione potrebbe essere rappresentata da una strutturazione del trust quale entità completamente trasparente sotto il profilo fiscale. Nel regime previgente questo effetto si poteva ottenere con la creazione di un trust nudo o *bare trust* che si caratterizza per un diritto pieno e incondizionato dei beneficiari a ricevere il reddito nella sua originaria e specifica conformazione (v. G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale, Fisco (da cui si cita), 2005, 5524; in questa Rivista, 2005, 169; G. Semino, D. Stevanato, RL, Trusts trasparenti e imputazione dei redditi ai beneficiari, Dialoghi dir. trib., 2005, 1611; Risposta a Interpello 903-86/2003 - ART. 11, legge 27-7-2000, n. 212, del 24 luglio 2003, Prot. n. (segue)

Da quanto rilevato deriva che se il trust non esercita alcuna attività commerciale(31), l'applicazione della richiamata norma di chiusura, in assenza dei ricordati meccanismi di memoria, porterà ad affermare la destinazione dei beni (segregati) a finalità estranee all'impresa e la conseguente emersione di possibili plusvalenze tassabili(32).

■ (Segue). La fiscalità diretta dei trasferimenti a trust istituiti nell'ambito di procedure di concordato preventivo

Le conclusioni appena raggiunte vanno tuttavia verificate alla luce della peculiare disciplina relativa ai trasferimenti effettuati nell'ambito di procedure di concordato preventivo.

Il tema della tassazione delle plusvalenze emergenti nell'ambito della procedura di concordato preventivo è, da sempre, uno fra i più controversi nell'ambito della fiscalità delle procedure concorsuali(33).

Si è dato carico del problema il nuovo TUIR stabilendo l'irrilevanza fiscale della riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo (art. 88, IV comma, TUIR) e della cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo (art. 86, V comma, TUIR).

In particolare l'art. 54, V comma, ora trasfuso nell'86 del TUIR, afferma che "La cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento"(34).

Note:

(continua nota 30)

19972/2003; Risposta a Interpello 903-104/2004 – ART. 11, legge 27-7-2000, n. 212, del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004). Diversamente nell'attuale contesto normativo la peculiare forma di trasparenza dei trust di cui agli artt. 73 e 44 del TUIR fa sì che il reddito imputato agli eventuali beneficiari individuati (i) perda la sua originaria natura (trasformandosi in reddito di capitale) e (ii) sia comunque calcolato secondo le regole del trust (e quindi nella generalità dei casi secondo le regole applicabili agli enti non commerciali). Gli effetti sul carico impositivo applicabile possono essere i più vari a seconda della tipologia dei beni segregati (sulla nuove norme di tassazione del trust v. G. Franson, la disciplina del trust nelle imposte dirette, Riv. dir. trib., 2007, I, 227), anche se l'uscita dal regime di impresa comporta generalmente una diminuzione della tassazione. Una completa trasparenza e la conseguente neutralità fiscale dell'operazione potrebbe essere raggiunta solo considerando il *bare trust*, similmente a quanto accade in altri ordinamenti, irrilevante sotto il profilo fiscale (nel Regno Unito v. Personal Taxpayer Series IR152 Trusts. An Introduction; negli Stati Uniti v. M. L. Ascher, The In-

come Taxation of Trusts in the United States, 53 Bulletin for international fiscal documentation (1999), 4, 146) e relegando il regime di trasparenza di cui all'art. 73 ai soli *interest in possession trust* dell'esperienza inglese o ai *simple trust* dell'esperienza nord americana. Peraltro la differenza tra *bare, interest in possession* e *simple trust*, nel nostro ordinamento non risulta ad oggi ancora percepita e abbisogna di un approfondimento teorico che è finora mancato. Recentemente tuttavia la Circolare n. 43/E del 10 ottobre 2009, par. 1, *infra*, 104, nell'ambito dell'emersione delle attività illecitamente detenute all'estero, ha notevolmente allargato i confini in cui il trust viene considerato fiscalmente irrilevante ai fini fiscali.

Una seconda soluzione (proposta nel previgente regime tributario) è quella di sospendere la rilevazione di qualunque effetto reddituale per il disponente fino al termine del trust. Lo scioglimento del trust porterà invece la percezione dei frutti prodotti e quindi il prodursi dell'effetto reddituale *medio tempore* verificatosi (v. M. Lupoi, Trusts *supra*, nota 6), p. 764). Anche questo approccio risulta difficilmente percorribile alla luce della nuova disciplina portando, nella maggior parte dei casi, ad una possibile doppia imposizione degli stessi redditi, tassati prima in capo al trust e poi in capo all'imprenditore disponente, al momento dello scioglimento del negozio.

(31) Come finora è accaduto nella concreta prassi operativa sviluppata nel nostro Paese, stante la ritrosia dei trustee ad assumere il rischio di impresa.

(32) Nell'ottica del trustee al contrario si ritiene che "anche se imprenditore, non si avranno sopravvenienze attive ex art. 88, comma 3, lett. b), del TUIR, in quanto i beni trasferiti in trust non si confondono con il patrimonio dell'imprenditore (trustee) ma, come visto in precedenza, costituiscono un patrimonio separato" (così Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, par. 3.3 *supra*, nota 7), riprendendo un orientamento da sempre pacifico in dottrina v. A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna *supra*, nota 14], a p. 282 s.; F. Paparella, Trusts e destinazione dei beni a finalità extraimprenditoriali *supra*, nota 8], a p. 383 ss).

(33) M. Miccinesi, L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali, Milano, 1990, p. 312 ss.; Id., Due questioni in tema di imposte sui redditi: la retroattività delle disposizioni del testo unico e la intassabilità delle plusvalenze del concordato preventivo con cessione di beni, Giur. it., 1996, 1311; L. Fiaccola, Il concordato preventivo, Amministrazione & finanza, 1991, 961; F. Abate, Il concordato preventivo. Effetti fiscali, Fallimento, 1992, 319; G. Rossetti, G. Dall'Agata, Regime fiscale del concordato preventivo con cessione dei beni, Fisco, 1996, 3130; M. Bonafede, La tassazione delle plusvalenze nel concordato preventivo per cessione dei beni e la relazione 1994 del SECIT, Boll. trib., 1996, 276; D. David - D. Deotto, Concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, Corr. trib., 1999, 3519; D. Di Prospero - E. Belli Contarini, Art. 54, comma 6 del TUIR: intassabilità del "residuo attivo" realizzato in sede di concordato preventivo, Boll. trib., 2002, 573; F. Carriolo, R.M. 1-3-2004, n. 29/E - Plusvalenze e sopravvenienze attive nel concordato preventivo "concorsuale", La settimana fiscale, 2004, n. 12, 20; S.A. Zenati, Il reddito prodotto durante il concordato preventivo - Nota a risoluzione, Corr. trib., 2004, 1286; A. Colantuoni, Rilevanza fiscale delle plusvalenze realizzate in sede di concordato preventivo, Azienda & Fisco, 2004, n. 24, 47; E. Stasi, Disciplina fiscale delle procedure concorsuali, in G. Fauclia - L. Panzani (curr.), Fallimento e altre procedure concorsuali, vol. 3, Torino, 2009, 2145, a p. 2179 s.

Per una sintesi dei vari orientamenti prima dell'entrata in vigore nel nuovo TUIR v. M. Bonafede, La tassazione delle plusvalenze nel concordato preventivo per cessione dei beni e la relazione 1994 del SECIT *supra*, in questa nota], a p. 277.

(34) In senso fortemente critico verso la nuova disciplina in ragione della ingiustificata disparità di trattamento che si verrebbe a creare sia rispetto al concordato senza cessione di beni, sia rispetto al fallimento v. G. Falsitta, Le plusvalenze nel nuovo testo unico: profili critici e ricostruttivi della nuova disciplina, in Aa. Vv., Il reddito di impresa nel nuovo testo unico, Padova, 1988, 387, a p. 401; M. Miccinesi, L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali *supra*, nota 33], p. 315 ss.; D. Stevanato, voce Plusvalenze e minusvalenze nel diritto tributario *supra*, nota 8], a p. 105.

La norma non brilla per chiarezza e ha dato adito per lungo tempo a interpretazioni contrastanti.

In un primo momento la prassi ministeriale (ed in particolare il Secit), principalmente sulla base di una similitudine tra il tenore letterale della disposizione in esame e quelle in tema di trasformazione, fusione e scissione di società, ha ritenuto di limitare l'ambito applicativo dell'esenzione al solo momento della cessione dei beni ai creditori, ma non alla successiva vendita dei beni a terzi, che risulterebbe quindi pienamente imponibile(35).

Sulla spinta della dottrina assolutamente prevalente, il pacifico orientamento del Supremo Collegio ha ripetutamente affermato che l'agevolazione tributaria concessa dalla norma in questione, malgrado l'ambiguità della sua formulazione, non riguarda solo la cessione dei beni ai creditori, ma anche le vendite dei beni ceduti effettuate dal liquidatore al fine di ricavare i mezzi liquidi necessari per pagare i creditori(36).

Ciò trova conferma nei lavori preparatori della norma(37), da cui si ricava che l'obiettivo che si intendeva raggiungere con la disposizione in esame era proprio quello di ridurre l'onere fiscale delle operazioni compiute nel corso della liquidazione concordataria(38), al fine di agevolare ed incentivare, ad un tempo, l'attuazione di tale procedura(39).

Recentemente, anche la prassi amministrativa si è adeguata all'orientamento del Supremo Collegio, affermando che "l'agevolazione tributaria concessa dalla predetta disposizione ha ad oggetto non solo la "cessione dei beni ai creditori", ma anche le vendite dei beni ceduti, effettuate (nei confronti di terzi) dal commissario giudiziale al fine di ricavare i mezzi liquidi necessari per soddisfare i creditori"(40).

Si è poi evidenziato che la disposizione non distingue tra plusvalenze e ricavi ed include tra le prime anche i plusvalori relativi alle rimanenze, avendo probabilmente riguardo al fatto che la cessione ai creditori concerne unitariamente l'intero complesso dei beni aziendali(41).

Infine le più recenti pronunce del Supremo Collegio hanno chiarito che l'agevolazione non si applica solo alle cessioni compiute dal debitore che aderisce alla procedura, ma anche all'eventuale soggetto terzo che si sia ad essa assoggettato, avendo offerto beni propri a garanzia del soddisfacimento delle ragioni creditorie(42).

Da quanto evidenziato possono ora trarsi delle conclusioni circa il regime fiscale applicabile ai tra-

sferimenti di beni ad un trust istituito a garanzia delle obbligazioni assunte in sede di concordato preventivo.

Anche nell'ipotesi in cui il trust abbia natura di ente non commerciale(43) e ciò, quindi, comporti una definitiva uscita dei beni dal regime dell'impresa (in assenza dei meccanismi di memoria richiamati in precedenza), l'irrilevanza fiscale dell'operazione resterà comunque sancita dall'operare del richiamato quinto comma dell'art. 86 TUIR.

Note:

(35) V. Relazione annuale sull'attività del Se.C.I.T. per l'anno 1994. Prima dell'entrata in vigore della novella di cui all'art. 54 del TUIR l'Amministrazione Finanziaria affermava l'imponibilità delle plusvalenze emergenti dalla cessione di beni sulla base della considerazione che il concordato preventivo con *cessio bonorum* inerisce ad una fase gestionale, pur straordinaria, di un soggetto imprenditore commerciale e, come tale, soggetta alle ordinarie norme sul reddito di impresa (v. Risoluzione n. 9/277 del 6 agosto 1979; Risoluzione n. 9/2079 del 15 settembre 1980; Risoluzione n. 9/969 del 30 agosto 1980).

(36) Cass., sez. I, 4 giugno 1996, n. 5112, Giur. it., 1996, I, 1, 1312; Cass., sez. Tributaria, 16 ottobre 2006, n. 22168, Giust. civ. Mass., 2006, 10; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11699; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11700; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11701, Giust. civ. Mass., 2007, 6.

(37) Il riferimento è al parere della Commissione dei trenta sullo schema del TUIR *sub art.* 127.

(38) Così Cass., sez. I, 4 giugno 1996, n. 5112 [*supra*, nota 36]; Cass., sez. Tributaria, 16 ottobre 2006, n. 22168 [*supra*, nota 36]. Il Supremo Collegio sottolinea che una diversa interpretazione renderebbe la norma pressoché inutile, non essendosi mai dubitato, per il passato, che la cessione dei beni ai creditori non comporti la realizzazione di plusvalenze tassabili. Invero, tale operazione, quale particolare modo di attuazione del concordato preventivo non determina, nella maggioranza dei casi, il trasferimento della proprietà dei beni ceduti, ma soltanto l'attribuzione, in favore degli organi della procedura concordataria, della legittimazione a disporre dei beni ceduti a provvedere alla loro liquidazione al fine di realizzare il soddisfacimento dei creditori nella misura indicata dalla proposta omologata.

(39) Così Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11699 [*supra*, nota 36]; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11700 [*supra*, nota 36]; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11701 [*supra*, nota 36].

(40) Risoluzione n. 29/E del 1 marzo 2004.

(41) M. Miccinesi, L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali [*supra*, nota 33], p. 313.

(42) Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11699 [*supra*, nota 36]; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11700 [*supra*, nota 36]; Cass., sez. Tributaria, 21 maggio 2007, n. 11701 [*supra*, nota 36].

Sotto un profilo letterale la Cassazione nota come la norma sia "caratterizzata dall'utilizzo di locuzione di portata ampia e generica ("in sede di")" il che "appare tutt'altro che ostare alla parificazione, nel trattamento fiscale, della liquidazione dei beni comunque effettuata in esecuzione di concordato preventivo, indipendentemente dal fatto che il soggetto cessionario sia il debitore assoggettato alla procedura ovvero il terzo intervenuto nella procedura a garanzia del soddisfacimento dei creditori. Ciò, del resto, in sintonia, con la già rilevata finalità della norma fiscale di incentivare il ricorso alla procedura".

(43) Sulla natura non commerciale di un trust funzionalizzato all'esatto adempimento delle obbligazioni concordatarie si è espressa anche l'Amministrazione Finanziaria nella recente Risoluzione n. 4/E del 4 gennaio 2008, in questa Rivista, 2008, 209.

Questa conclusione resterà ferma sia rispetto agli atti segregativi compiuti dal debitore che aderisce alla procedura, sia nel caso di soggetti terzi (imprenditori) che trasferiscano beni a garanzia delle obbligazioni assunte in sede di concordato preventivo.

In questa prospettiva l'utilizzo del trust risulta del tutto servente alla finalità della procedura e non ne modifica il regime applicabile(44).

■ (Segue). La fiscalità dell'atto segregativo di beni in trust nell'imposizione indiretta

Nel caso di disponente imprenditore la destinazione dei beni a finalità estranee all'impresa comporta l'assoggettamento ad Iva dell'operazione, salvo che al momento dell'acquisto del bene trasferito non sia stata detratta l'imposta (art. 2, II comma, n. 5) del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633)(45). Si è tuttavia rilevato che quando il trasferimento al trustee ha quale principale finalità la segregazione di una massa, la quale cessa certamente di far parte di un patrimonio dell'impresa, ma non recide del tutto i nessi economici con quest'ultima (come nel caso di trust servente piani di risanamento del debito) si esca dal campo di applicazione dell'Iva e ci si collochi nell'area dell'art. 2, III comma, lett. b) del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che non considera cessioni di beni rilevanti ai fini Iva "le cessioni e i conferimenti in società o altri enti"(46).

Con riferimento all'imposta di registro(47), è opportuno premettere che per un consolidato orientamento del Supremo Collegio, la sentenza di omologazione del concordato preventivo attuato per *cessio bonorum* sconta l'imposizione in misura fissa ai sensi dell'art. 8, I comma, lett. g) della parte prima della Tariffa allegata a T.U. di registro(48). Risultano più articolate le posizioni nel caso di concordato preventivo per garanzia, dove un risalente orientamento della Cassazione, che prevedeva un'imposizione di tipo proporzionale(49), è stato recentemente modificato nel senso di una tassazione in misura fissa sempre ai sensi dell'art. 8, I comma, lett. g) della parte prima della Tariffa allegata al T.U. di registro(50).

La prassi amministrativa resta, al contrario, attestata su una tassazione di tipo proporzionale, ai sensi dell'art. 8, I comma, lett. b) della parte prima della Tariffa allegata al T.U. di registro, sulla base della considerazione che anche nell'attuale disciplina il concordato resta un processo concorsuale avente na-

Note:

(44) Come rileva la stessa Cassazione nelle pronunce richiamate [*supra*, nota 36], "nel riconoscere che il concordato preventivo può realizzarsi anche attraverso la cessione dei beni, il legislatore si è astenuto dall'imporre rigidi schemi di disciplina ed ha lasciato gli interessati liberi "di raggiungere l'accordo nel modo più conveniente sotto la guida prudente e vigilante del giudice", sicché deve riconoscersi alle parti ampia libertà dispositiva (cfr. Cass. 18945/05)".

Un profilo di rilevanza (forse più teorica che pratica) riguarda il regime fiscale applicabile ai fini delle imposte sui redditi alle cessioni di beni (immobili) posti in essere da un trust istituito a servizio del concordato. Secondo la ricordata prassi amministrativa (Risoluzione n. 4/E del 4 gennaio 2008 [*supra*, nota 43]) e la dottrina che si è data carico della questione (A. Cissello, Trust e concordato preventivo, Fisco, 2008, 321) il trust *de quo*, quale ente non commerciale, dovrebbe calcolare le eventuali plusvalenze ai sensi dell'art. 67, I comma, del TUIR, ereditando peraltro dal disponente il periodo già maturato in capo a quest'ultimo per il decorso del quinquennio. Il che, nella stragrande maggioranza dei casi, dovrebbe essere sufficiente affinché la successiva cessione, perfezionata dal trust, sia esente da tassazione. A ben vedere peraltro il disposto di cui all'art. 86 del TUIR così come interpretato (con grande ampiezza applicativa) dalla giurisprudenza del Supremo Collegio dovrebbe portare a dichiarare sempre non imponibili le plusvalenze che emergono "in sede di concordato preventivo" e quindi anche quelle realizzate da un trust a tal fine istituito (independentemente dallo spirare o meno del quinquennio di cui in parola). Nel caso di trust ente non commerciale utilizzato nell'ambito di un concordato potrebbe essere quindi ragionevole ipotizzare una sorta di ultra attività delle norme sul reddito di impresa (appunto l'art. 86 del TUIR) che estenderebbero i loro effetti, giusta il particolare *favor* attribuito alle stesse dal nostro legislatore, anche nell'ambito di altre tipologie reddituali.

(45) A. Fedele, Visione di insieme della problematica interna [*supra*, nota 14], a p. 277; A. Giovannini, Problematiche fiscali del trust [*supra*, nota 11], a p. 1127; M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 6], p. 762; F. Pistolesi, La rilevanza impositiva delle attribuzioni liberali realizzate nel contesto dei trusts [*supra*, nota 12], a p. 129; L. De Angelis, Questioni di diritto sostanziale e tributario connesse al riconoscimento del trust nell'ordinamento italiano: lacune normative e prospettive di regolamentazione, *Fiducia e Trust*, 1-2002 e 2-2002 (allegato al Fisco), 6215, a p. 6228; C. Pesina - L. Pittaluga, Il trust interno e l'Iva, Fisco, 2004, 4798, a p. 4799 ss. Nella prassi amministrativa v. Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, par. 3.3 [*supra*, nota 7]; Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle Entrate dell'Emilia Romagna [*supra*, nota 11], par. 1.1.2.

(46) M. Lupoi, Trusts [*supra*, nota 6], p. 763 s. Uno spunto in tal senso anche in F. Tundo, Implicazioni di diritto tributario connesse al riconoscimento del «trust», *Dir e prat. trib.*, 1993, I, 1285, a p. 1294.

(47) Per una completa ricostruzione anche storica degli orientamenti di giurisprudenza e dottrina in tema di imposta di registro e concordato preventivo v. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, VII ed., Milano, 2008, p. 951 ss.

(48) Cass. Sez., I, 20 marzo 1998, n. 2957, *Foro it.*, 1998, I, 3241; Cass., sez. Tributaria, 9 settembre 2000, n. 5908, principalmente sulla base della mancanza di qualsivoglia effetto traslativo, integrando la fattispecie una forma particolare di mandato conferito anche nell'interesse del mandatario nell'ambito della figura di *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 cod. civ. Peraltro la Suprema Corte nella pronuncia n. 2957 evidenzia, quale *obiter dictum*, che si potrebbe addivenire a soluzioni diverse (legittimando una tassazione proporzionale) nel caso in cui parte dei beni fossero offerti da terzi.

(49) Cass., 4 febbraio 1986, n. 681, *Foro it.*, 1986, I, 921; Cass., 9 aprile 1990, n. 2970, *Fallimento*, 1990, 1029; Cass., 23 maggio 1990, n. 4665, *Giust. civ.*, 1990, I, 1962, con nota di G. Lo Cascio, Ancora sulla sentenza di omologazione e sull'assoggettamento all'imposta di registro; Cass., sez. I, 17 aprile 1998, n. 3917, *Fallimento*, 1999, 169, con nota di A. Stesuri, Regime dell'imposta di registro sulla sentenza di omologazione del concordato preventivo; Cass., sez. tributaria, 26 settembre 2001, 12054.

(50) Cass., sez. Tributaria, 7 maggio 2007, n. 10351, *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8; Cass., sez. Tributaria, 7 maggio 2007, n. 10352, *Fallimento*, 2007, 759, con nota di G. Lo Cascio, Omologazione del concordato preventivo ed imposta di registro.

tura complessa di carattere prettamente pubblicistico, con effetti costitutivi e che danno luogo ad una nuova situazione soggettiva patrimoniale(51).

Tesi, quest'ultima, che ha già incontrato una puntuale confutazione da parte della dottrina(52).

Passando ad analizzare il regime fiscale relativo alla segregazione dei beni in trust, è noto come la prassi amministrativa, basandosi essenzialmente sul tenore letterale delle disposizioni(53), ritenga che la segregazione di beni in trust rilevi, in ogni caso, ai fini dell'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di trust.

Sempre basandosi sul tenore letterale del novellato tributo successorio, l'Agenzia delle Entrate ha poi affermato che l'imposta sulla costituzione di vincoli di destinazione deve essere sempre corrisposta al momento della segregazione del patrimonio(54), nella misura dell'8 per cento (a cui va sommato un ulteriore 3 per cento a titolo di imposte ipotecarie e catastali, nel caso di atti relativi a beni immobili), (i) sia nel caso di trust istituito nell'interesse di soggetti che non sono legati al disponente da alcun vincolo di parentela, (ii) sia in quello di trust di scopo, gestito per realizzare un determinato fine, senza indicazione di beneficiario finale(55).

Quella appena delineata è la linea interpretativa che, con tutta probabilità, è stata seguita nelle pronunce partenopee qui in commento per affermare la (ritenuta) eccessiva onerosità del trust nell'ambito del concordato preventivo. Essa non pare tuttavia persuasiva e va a collidere con il più recente orientamento della giurisprudenza tributaria e della dottrina pressoché unanime.

Risulta oramai un dato acquisito come il trust rappresenti uno strumento poliedrico e proteiforme il cui regime tributario va analizzato caso per caso(56). Nell'ambito dell'imposizione diretta il profilo è da sempre pacifico in tutte le pronunce dell'Amministrazione Finanziaria(57) e dal 2007 ha trovato definitiva conferma nella novella di cui all'art. 73 del TUIR(58).

Nel campo delle imposte sui trasferimenti non sembra potersi dubitare dell'applicazione del medesimo principio, non solo per le caratteristiche di poliedricità dell'istituto, ma anche in ossequio ad una precisa norma interna, rappresentata dall'art. 20 del Testo Unico dell'imposta di registro, che la nostra Cassazione pacificamente interpreta affermando il rilievo preminente che deve essere attribuito, nell'imposizione di un negozio, alla sua causa reale e alla regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti(59).

Note:

(51) Risoluzione n. 28/E del 31 gennaio 2008, in questa Rivista, 2008, 340.

(52) G. Lo Cascio, Omologazione del concordato preventivo ed imposta di registro [*supra*, nota 50]; S. A. Zenati, Tassazione del decreto di omologa del concordato preventivo alla luce della riforma fallimentare, *Corr. trib.*, 2008, 1078; A. Cissello, La tassazione del decreto di omologa del concordato preventivo, *Fisco*, 2008, 1287; E. Stasi, Disciplina fiscale delle procedure concorsuali [*supra*, nota 33], a p. 2179.

(53) Il Decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito con modificazioni dalla legge 24 novembre 2006, n. 286 nel reintrodurre l'imposta sulle successioni e donazioni, ne ha allargato l'ambito applicativo anche all'ipotesi di "costituzione di vincoli di destinazione di beni", a cui è stata ricollegata la fenomenologia dei trust.

(54) La posizione è fermamente criticata dalla dottrina (v. G. Semino, Il momento di applicazione delle imposte indirette nei confronti dei trust, in questa Rivista, 2009, 157) e dalla giurisprudenza che si è finora espressa sul profilo (*Comm. Trib. Prov. di Firenze*, sez. VIII, 12 febbraio 2009, in questa Rivista, 425 con commento di N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507; *Comm. Trib. Prov. di Treviso*, sez. I, 30 aprile 2009, n. 47/1/09, *infra*, 000; *Comm. Trib. Prov. di Treviso*, sez. I, 30 aprile 2009, n. 48/1/09, *infra*, 000; *Comm. Trib. Prov. di Caserta*, sez. XV, 11 giugno 2009, n. 481/15/09, *infra*, 000; *Comm. Trib. Prov. di Caserta*, sez. XV, 11 giugno 2009, n. 482/15/09, *inedita*; *Comm. Trib. Prov. di Caserta*, sez. 15, 11 giugno 2009, n. 483/15/09, *inedita*; *Comm. Trib. Prov. di Caserta*, sez. 15, 11 giugno 2009, n. 484/15/09, *inedita*).

(55) Così la Circolare n. 3/E del 22 gennaio 2008, par. 5.4.2 [*supra*, nota 7], riprendendo parte dei concetti già espressi nella Circolare n. 48/E del 6 agosto 2007, par. 5.2 [*supra*, nota 7].

(56) Il profilo è peraltro del tutto pacifico nei Paesi che da più tempo conoscono l'istituto. Per alcuni riferimenti comparatistici si permetta di rinviare a G. Semino, Trust "nudo" e trasparenza fiscale [*supra*, nota 30], a p. 5530 ss.

(57) Nella prassi dell'Amministrazione Finanziaria vedi Risposta a Interpello 911-7/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 settembre 2002, Prot. n. 2002/150208, in questa Rivista, 2003, 319, divenuta poi Risoluzione n. 8/E del 17 gennaio 2003, che si legge *ivi*, 2003, 319; *Fisco*, 2003, 620; *Corr. trib.*, 2003, 664, con nota di G. Stancati; *Riv. dir. trib.*, 2003, con nota di A. Salvati; Risposta a Interpello 954-249/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 1 ottobre 2002, Prot. n. 178580/2002, che si legge in questa Rivista, 2003, 473; sul sito www.il-trust-in-italia.it; Risposta a Interpello 576/2002 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 4 marzo 2003, Prot. n. 2003/30900 che si legge in questa Rivista, 2003, 658; *Fisco*, 2003, 11683, con nota di M. Lupoi; sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia", all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it; Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-86/2003 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 24 luglio 2003, Prot. n. 19972/2003, che si legge in *Fisco*, 2005, 5535, con nota di G. Semino; in questa Rivista, 2005, 298; sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia", all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it; Direzione Regionale della Liguria, Risposta a Interpello 903-104/2004 – ART. 11, legge 27 luglio 2000, n. 212, del 13 settembre 2004, Prot. n. 903-14743/2004, che si legge in *Fisco*, 2005, 5538, con nota di G. Semino; in questa Rivista, 2005, 480; *Dialoghi di dir. trib.*, 2004, 1398; con nota di D. Stevanato-R. Lupi; sul sito dell'Associazione "Il trust in Italia", all'indirizzo www.il-trust-in-italia.it; un cenno anche nella Circolare n. 99/E del 4 dicembre 2001, al punto 2.3, che si legge in *Fisco*, 2001, 14776; lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle entrate dell'Emilia Romagna [*supra*, nota 11].

(58) Il legislatore prevede infatti differenti moduli impositivi in ragione di come il trust risulta strutturato.

(59) *Cass.*, Sez. trib., 23 novembre 2001, n. 14900, *Rep. Foro it.*, 2001, voce Registro (imposta) [5650], n. 52; *Cass.*, sez. trib., 7 luglio 2003, n. 10660, *Rep. Foro it.*, 2003, voce Registro (imposta) [5650], n. 75; *Cass.*, sez. trib., 19 febbraio 2004, n. 3318, *Rep. Foro it.*, 2004, voce Registro (imposta) [5650], n. 9.

Chi scrive aveva sollevato il problema in sede di primo commento alla nuova normativa sulla imposta di donazione valorizzando la differenza fra i trust liberali, che rientrano a pieno titolo nel perimetro applicativo del novellato tributo successorio, e i trust commerciali (privi di qualsivoglia spirito di liberalità) che ne restano estranei, rimanendo regolati dall'imposta di registro(60).

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio del ragionamento e delle argomentazioni poste alla base dell'assunto: (i) considerare la nuova ipotesi di costituzione di vincoli di destinazione di beni (così come quella di atti di trasferimento a titolo gratuito) non come abrogativa e sostitutiva del primo comma dell'art. 1 del D. Lgs. 31 ottobre 1990, n. 346 ("D. Lgs. 346/1990"), ma aggiuntiva delle fattispecie previste dal secondo comma dello stesso articolo; (ii) limitare il presupposto impositivo del novellato tributo successorio ai vincoli di destinazione stipulati per spirito liberale, ma non a quelli completamente privi di *animus donandi* in cui il disponente ha un interesse patrimoniale all'attribuzione; (iii) la necessità di un effettivo arricchimento da parte del beneficiario dell'atto quale presupposto materiale dell'imposta; (iv) la circostanza che l'art. 5 D. Lgs. 346/1990 individui fra i soggetti passivi del tributo unicamente gli eredi, i donatari o i beneficiari di liberalità tra vivi (ipotesi che non ricomprende quindi i beneficiari di atti gratuiti o vincoli di destinazione non liberali *tout court*); (v) l'opportunità di ridurre (o meglio di eliminare) le eventuali aree di sovrapposizione tra la novellata imposta di donazione e l'imposta di registro(61).

L'impostazione proposta con il passare del tempo ha incontrato sempre più autorevoli adesioni(62), che si sono ora cristallizzate nelle recenti pronunce dei giudici tributari(63).

Il trust partenopeo oggetto di queste note rientrava sicuramente nella categoria dei trust commerciali, essendo del tutto privo di qualsivoglia carattere liberale. La segregazione in trust del patrimonio immobiliare della società controllante (e assuntrice degli obblighi concordatari) sottendeva, infatti, a un chiaro interesse patrimoniale di questa al risanamento dell'attività imprenditoriale, ed era quindi scevra da qualsivoglia *animus donandi*. Né si può sostenere che i creditori della società in crisi (quali beneficiari del trust) potessero ottenere un effettivo arricchimento (tantomeno di natura liberale) dall'operazione. È di palmare evidenza come l'applicazione del tributo suc-

cessorio al caso di specie avrebbe unito al danno legato alla falcidia del credito la beffa di un'ulteriore decurtazione su un arricchimento inesistente (con buona pace dei principi di ragionevolezza e capacità contributiva, costituzionalmente tutelati).

Quanto al concreto calcolo del prelievo, una volta acclarato che il trasferimento dei beni al trustee rientrava nell'ambito dell'imposta di registro, si ripropone la *vexata quaestio* relativa alla applicabilità, agli atti segregativi di beni in trust, dell'imposta in misura fissa o, al contrario, dell'imposta in misura proporzionale (del 3 per cento) ai sensi dell'art. 9, parte prima, della Tariffa allegata al Testo Unico di Registro(64).

La dottrina e la giurisprudenza prevalente(65) hanno convincentemente escluso la concreta applicabilità del ricordato art. 9.

Note:

(60) G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni" [*supra*, nota 18], a p. 357.

(61) Con maggiore dettaglio v. G. Semino, Prime considerazioni sulla fiscalità degli atti segregativi di beni in trust alla luce della nuova imposta sulle successioni e donazioni" [*supra*, nota 18], 344.

(62) A. Fedele, Il trasferimento dei beni al trustee nelle imposte indirette, in G. Fransoni - N. de Renzis Sonnino (curr.), Teoria e pratica della fiscalità dei trust [*supra*, nota 9], 13, a p. 14; N. de Renzis Sonnino, Il riconoscimento del trust nell'ambito dell'imposizione indiretta e l'eterogeneità dei diversi trusts, *ivi*, 243, a p. 245; Id., L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *Corr. trib.*, 2009, 2032, a p. 2038; D. Stevanato, Trust e imposta sulle donazioni: prime reazioni giurisprudenziali alle forzature della prassi amministrativa (nota a *Comm. Trib. Prov. di Firenze*, sez. VIII, 12 febbraio 2009 e *Comm. Trib. Prov. di Lodi*, sez. I, 12 gennaio 2009), *GT*, 540; D. Stevanato, G. Semino, Il regime fiscale del trust tra punti fermi e questioni irrisolte, *Dialoghi tributari*, 2008, 95; A. Poli - D. Stevanato, I "trusts" e la capacità economica colpita dal tributo successorio, *Dialoghi tributari*, 2009, 333. *Contra*, G. Aiello, L'atto costitutivo di trust e l'imposta sulle donazioni (nota a *Comm. Trib. Prov. di Firenze*, sez. VIII, 12 febbraio 2009 e *Comm. Trib. Prov. di Lodi*, sez. I, 12 gennaio 2009), *Boll. trib.*, 2009, 1482.

(63) *Comm. Trib. Prov. di Lodi*, sez. I, 12 gennaio 2009, in questa *Rivista*, 2009, 296; *GT*, 538 con nota di D. Stevanato [*supra*, nota 62]; Sull'irrelevanza dell'atto segregativo di beni in trust in mancanza di un effettivo arricchimento del beneficiario v. le sentenze *supra*, nota 54.

(64) Questo era l'orientamento della prassi amministrativa prima della reintroduzione del tributo successorio (Risposta a Interpello del 26 novembre 2003 [*supra*, nota 10]; Risposta a Interpello 28 settembre 2004, che si legge in questa *Rivista*, 2005, 294; Risposta a Interpello del 2 novembre 2005, Prot. n. 909-49466/2005 che si legge in questa *Rivista*, 2006, 324). Sul profilo cfr. G. Semino, *Tust liberali e trust commerciali* [*supra*, nota 13], a p. 191.

(65) *Comm. Trib. Reg. di Venezia* n. 104/19/02 23 gennaio 2003, in questa *Rivista*, 2003, 253; *Fiducia e Trust*, 2-2003 (allegato al Fisco), 12341, *Comm. Trib. Reg. Lombardia*, sez. dist. Brescia, sez. LXIII, 22 maggio 2007, n. 130, in questa *Rivista*, 2007, 581, *Corr. trib.*, 2007, 2503. *Contra*, *Comm. Trib. Reg. di Venezia*, sez. dist. Verona, 9 giugno 2008, n. 20/25/08, *Riv. trib.*, 2009, II, 489.

Sotto un primo profilo si è rilevata la mancanza di “prestazioni” rilevanti ai fini dell’applicabilità della norma, non implicando la segregazione né comportamenti idonei a soddisfare interessi di altri soggetti, né tanto meno, effetti reali incrementativi del patrimonio di altri(66). In una diversa prospettiva si è poi recentemente negata la concreta operatività della norma dimostrando la legittimità di indicare nell’atto di trasferimento di un bene (immobile) una somma ai soli fini dell’applicazione del richiamato articolo, senza alcun riferimento al valore reale dei beni (immobili) attribuiti al trustee(67).

Se si accede ad una analisi di tipo funzionale dell’imposta di registro, è del tutto pacifico come questa abbia ormai da tempo perso il carattere di tassa (fissa) relativa al servizio reso dallo Stato per la registrazione e la conservazione degli atti, per assumere quello di imposta (proporzionale) che colpisce una manifestazione di capacità contributiva “pur conservando quale riflesso dell’originaria natura la distinzione tra l’applicazione dell’imposta in misura proporzionale e quella in misura fissa”(68). In questo angolo visuale è del tutto evidente la mancanza di qualsiasi capacità contributiva in capo al trustee che giustifichi un prelievo diverso da quello fisso(69).

La critica più incisiva, comune a quasi tutti gli autori, è stata tuttavia quella di mettere correttamente in luce la mera strumentalità della posizione del trustee (confermata anche dalla sua tendenziale fungibilità)(70) al raggiungimento degli scopi del trust, dovendosi perciò volgere lo sguardo al complessivo programma negoziale che il disponente intendeva raggiungere tramite la sua istituzione. Si è quindi ritenuto che l’atto segregativo di beni in trust non sia un atto equiparabile ad un comune trasferimento di proprietà, ma sia neutro da un punto di vista fiscale e si colori a seconda del reale negozio a cui corrisponde(71).

In questa prospettiva la creazione di un trust su beni immobili nell’ambito di una procedura di concordato preventivo comporta sì un trasferimento giuridico della proprietà al trustee, ma questo risulta - non diversamente da quanto ricordato in tema di imposizione diretta - del tutto servente al soddisfacimento dei creditori, e non sposta l’essenza funzionale della struttura, tesa solo a garantire un più sicuro soddisfacimento dei creditori.

Invero la finalità che si riproponeva il disponente si sarebbe idealmente potuta raggiungere anche tramite un ordinario mandato conferito anche nell’interesse del mandatario nell’ambito della figura di *cessio bonorum* di

cui all’art. 1977 cod. civ., ma ciò non avrebbe dato le stesse garanzie di flessibilità, realtà e segregazione - a vantaggio dei creditori - ottenibili tramite il trust.

Il trust quindi era in grado di portare un valore aggiunto, ma non cambiava la causa reale e la regolamentazione degli interessi effettivamente perseguiti dalle parti. In altri termini, siamo ancora una volta davanti ad un’ipotesi di mandato solo “rafforzato dal trust” che, in ossequio all’art. 20 del T.U. di registro, non modifica il relativo regime impositivo(72).

Note:

(66) A. Fedele, Destinazione patrimoniale: criteri interpretativi e prospettive di evoluzione del sistema tributario, in Aa. Vv., Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative, Milano, 2003, a p. 296, nota 6, il quale, indipendentemente dalla sussistenza del profilo della “patrimonialità”, ritiene di poter escludere la ricorrenza del concetto di “prestazione”, termine che evoca un atto diretto alla realizzazione di un interesse “finale”, qui mancante, in quanto interessi di tale natura saranno eventualmente soddisfatti solo dalle successive vicende negoziali.

(67) G. F. Condò, Tassazione indiretta degli atti dispositivi dal disponente al trustee, in questa Rivista, 2006, 197; cfr. anche M. Bastianelli, Profili tributari dei trust interni discrezionali, *ivi*, 385, a p. 387.

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

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

(69) Con maggiore ampiezza di argomentazioni v. G. Semino, Trust liberali e trust commerciali [*supra*, nota 13], 191.

(70) Nei trust, specie di lunga durata è del tutto fisiologico che possa variare il trustee (per morte, revoca, o dimissioni) e di conseguenza la titolarità dei cespiti. La successione da un trustee all’altro del complesso dei diritti segregati è infatti un vero e proprio trasferimento, ma privo di indici di emersione di qualsivoglia capacità contributiva e quindi soggetto ad imposta di registro in misura fissa, come da costante prassi applicativa degli stessi uffici finanziari (v. lo Studio realizzato dal Gruppo di lavoro presso la Direzione delle entrate dell’Emilia Romagna [*supra*, nota 11], al punto 1.1.4.).

(71) Consiglio Nazionale del Notariato, Studio 21 novembre 2003, n. 80/2003/T, in questa Rivista, 2004, 466, 633 ove ampi ulteriori riferimenti bibliografici.

(72) Sotto un profilo pratico il problema potrebbe trovare comunque soluzione applicando il nuovo istituto della transazione fiscale anche alla tassazione del trust utilizzato a servizio del concordato preventivo o di altro piano di risanamento del debito. Ringrazio l’Ufficio consulenza della Direzione Regionale delle Entrate della Liguria per avermi fatto partecipe dell’idea e delle sue riflessioni sul punto.

Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Caserta

Trust per la costituzione di un patrimonio destinato a uno specifico affare e imposta sulle donazioni

Trust – società – patrimonio destinato a uno specifico affare – beneficiari – condizione sospensiva – imposta sulle successioni e donazioni – misura fissa – presupposto impositivo – mancanza

Nel caso di un trust istituito da una società per la creazione di un patrimonio destinato a uno specifico affare (*ex art. 2447 bis cod. civ.*), nel quale i beneficiari del trust siano titolari di una posizione sottoposta a condizione sospensiva che non consenta loro, al momento dell'istituzione del trust, di ricevere i beni segregati, non si verifica alcun arricchimento tassabile e, conseguentemente, l'imposta sulle donazioni è dovuta in misura fissa per mancanza del presupposto impositivo.

■ **Commissione Tributaria Provinciale di Caserta, Sezione XV, G. Barbarisi, Pres., A. Manfredi, G. Rel., A. Maffei, 11 giugno 2009, n. 481/15/09 [G. M. c. Agenzia delle Entrate di Caserta]**

TESTO DELLA SENTENZA

FATTO E DIRITTO

Con atto regolarmente depositato, il Notaio M.G. ..., domiciliato in Caserta ..., rapp.to e difeso dall'Avv. G.B., presso il cui studio è eletto domicilio in Milano ..., giusta delega in calce al ricorso, ricorre avverso l'avviso di liquidazione ..., notificato in data 28/03/08 deducendone la nullità.

Con l'atto impugnato, l'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Caserta, ha proceduto in capo al Notaio rogante alla rideterminazione delle imposte relative ad un atto di "TRUST" con il quale la Soc. estera, C.D.L, ha istituito in trust parte del proprio patrimonio.

Il Notaio, in sede di registrazione telematica, ha provveduto all'autoliquidazione delle imposte, sottoponendo l'atto all'imposta di registro, ipotecaria e catastale, in misura fissa.

L'Agenzia delle Entrate ha ritenuto, invece, di applicare l'imposta nella misura dell'8%, ritenendo la nuova liquidazione come imposta principale, direttamente a carico del Notaio registrante.

Il ricorrente, in data 17/04/08, ha presentato istanza di riesame in autotutela, che l'Ufficio ha, però, rigettato.

In primis, deduce l'opponente la propria carenza di le-

gittimazione passiva: ed, infatti, la diversa valutazione della natura dell'atto e della qualità dei soggetti comporta che la nuova imposta richiesta assuma la qualità di imposta complementare e, quindi, la cessazione della solidarietà del Pubblico Ufficiale rogante.

Deduce, altresì, la non assoggettabilità del Trust all'imposta di donazione: poiché il Decreto Legge del 3/10/06 n. 262, convertito con la legge 24/11/06 n. 286, ha operato la reintroduzione della imposta sulle successioni e donazioni ... e sulla costituzione di vincoli di destinazione, il testo normativo non include nell'elenco degli atti e delle cause impositive il Trust.

Con la circolare n. 48/E del 6/08/07(1), l'Agenzia delle

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

Conformi, Com. Trib. Prov. Treviso, 30 aprile 2009, n. 47/1/09 e n. 48/1/09, *infra*, 73; Com. Trib. Prov. Lodi, 12 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296; Com. Trib. Prov. Firenze, 12 febbraio 2009, *ivi*, 425 con commento di N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507; Com. Trib. Prov. Savona, 11 marzo 2009, *ivi*, 417, con commento di M. P. D'Arezzo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta – I, *ivi*, 384 e di E. Corallo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta – II, *ivi*, 393.

Nota:

(1) In questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principî sulla fiscalità dei trust, *ivi*, 497 [n.d.r.].

Entrate ha ricondotto il trust nella categoria dei vincoli di destinazione, da cui l'assoggettamento all'imposta e l'applicazione delle aliquote percentuali, da calcolarsi con riguardo al valore catastale dei singoli beni immobili trasferiti. E non solo: il momento impositivo non viene identificato all'atto del trasferimento finale dal trustee ai beneficiari finali, bensì al momento del trasferimento iniziale dal disponente al trustee. Detta impostazione, secondo il ricorrente, è del tutto errata, in quanto il Trust non appartiene ai vincoli di destinazione e non può essere soggetto all'imposta di donazione, in quanto non contemplato dalla norma. Il trust ha, infatti, quale programma negoziale la creazione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447 bis c.c. di una società di capitali, per cui, quale atto attinente la vita societaria, rientra nell'esercizio dell'attività d'impresa e non certo può ricomprendersi in quegli atti gratuiti e/o di liberalità, così come sostenuto dall'Ufficio. Quindi, solamente quando il trustee, nella realizzazione del programma predisposto dal disponente nell'atto istitutivo, attribuirà il trust fund ai beneficiari, solo in quel momento dovrà essere integrato il presupposto impositivo; anche per le imposte ipotecarie e catastali, vale lo stesso ragionamento.

Il ricorrente chiede, pertanto, l'annullamento dell'avviso di liquidazione impugnato, con vittoria di spese di giudizio.

Si è costituita l'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Caserta, che ha dedotto l'infondatezza e la illegittimità dell'opposizione.

Sostiene l'Ufficio che l'art. 2, comma 47 del decreto legge n. 262 del 2006, convertito in legge n. 286 del 2006, ha istituito l'imposta sulle successioni e donazioni, estendendo l'ambito applicativo della stessa alla "costituzione dei vincoli di destinazione", tra i quali rientrano, appunto, il Trust, il Fondo Patrimoniale od il patrimonio destinato ad uno specifico affare.

Orbene, ritiene l'Agenzia delle Entrate che non è da condividere la tesi di parte ricorrente sulla qualificazione di "imposta complementare", escludendo, in tal modo, la solidarietà del Notaio rogante, in quanto è l'Ufficio che ha il potere di attribuire all'atto il "nomen verum", sottraendo ai soggetti richiedenti il potere di qualificare gli atti da registrare.

Nel caso specifico, la costituzione di Trust rientra nei c.d. vincoli di destinazione e, quindi, nelle successioni e donazioni, indipendentemente dal tipo di Trust, per effetto della natura patrimoniale del conferimento.

Ed, inoltre, il momento rilevante ai fini dell'applicazione dell'imposta è quello iniziale del trasferimento, per la intrinseca natura di negozio finalizzato a scopo autonomo degno di tutela, in relazione ai soggetti che lo pongono in essere.

Conclude, pertanto, ritenendo corretta la tassazione

operata con l'atto di liquidazione impugnato, dal momento che le imposte sono dovute per atti che hanno ad oggetto il trasferimento di beni immobili o diritti reali immobiliari, il tutto, con vittoria di spese di giudizio.

Con successive memorie illustrative, depositate nei termini, il ricorrente controdeduce alle difese dell'Ufficio facendo rilevare che le circolari richiamate dalla controparte sono dei meri pareri di parte, non costituenti fonti di diritto ed, in quanto tali, non possono prescrivere alcunché. Solleva, ancora, la eccezione di carenza di legittimazione passiva del Notaio, ribadendo che, trattandosi di imposta complementare, cessa la solidarietà del Pubblico Ufficiale rogante, così come anche per le imposte ipotecarie e catastali.

Insiste, quindi, per l'accoglimento del ricorso.

TANTO PREMESSO

Osserva questa Commissione:

In materia d'imposta, non v'è alcuna norma che disciplini espressamente il Trust, per cui, solamente mediante un'applicazione analogica dei c.d. vincoli di destinazione, ci si può riferire anche al Trust.

Orbene, l'art. 49 del D.L. n. 262/2006, convertito in legge n. 286/06, utilizza le parole "a favore", per cui l'oggetto della tassazione deve concretizzarsi in un trasferimento di beni immobili a favore di un terzo rispetto al disponente e, poiché, nel caso che ci interessa, i beneficiari sono titolari di un diritto sottoposto a condizione sospensiva che non consente loro, al momento del trust, di ottenere i beni e, quindi, non v'è alcun arricchimento tassabile, di conseguenza si deve applicare l'imposta in misura fissa.

Successivamente, quando il trustee realizzerà il programma predisposto dal disponente e cederà il trust fund a terzi, solo in quel momento dovrà essere integrato il presupposto impositivo.

Per quanto attiene alle circolari richiamate dall'Ufficio, numerose sentenze della S.C., anche a Sezioni unite, hanno espressamente dichiarato che dette circolari sono dei meri pareri di parte e, quindi, non costituenti fonti di diritto.

Le spese di lite seguono la soccombenza dell'Agenzia delle Entrate e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

La Commissione accoglie il ricorso, annullando l'atto impugnato e condanna l'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Caserta, al pagamento delle spese di giudizio che vengono liquidate in complessivi Euro 4.700,00 cui Euro 200,00 per spese, Euro 2.500,00 per diritti ed Euro 2.500,00 per onorario, oltre IVA e CPA come per legge e spese generali.

Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Treviso

Trust a scopo di garanzia per i creditori e imposte indirette

Patto di fiducia liberale – trust assimilabile a donazione liberale – effetto traslativo condizionato – imposte indirette – misura fissa – presupposto impositivo – mancanza

Nel “patto di fiducia liberale” – le cui regole sono richiamabili anche nell’ambito di un trasferimento d’azienda ad un trustee con la finalità di garantire i creditori della stessa – l’effetto traslativo pieno e perfetto del trasferimento si realizza solo al momento della conclusione e dello scioglimento del trust, allorché si verifichi la condizione sospensiva ivi prevista. Pertanto, nel trust assimilabile a donazione liberale, attesa la mancanza di incremento patrimoniale in capo al fiduciario, le imposte indirette sono dovute in misura fissa.

- **Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sezione I, F. Grazianti, Pres. Rel., C. Totton, D. Callegari, 30 aprile 2009, n. 47/1/09 [SIT S.r.l. Società Italiana Trust, New Way S.r.l. c. Agenzia delle Entrate di Treviso]**

TESTO DELLA SENTENZA

FATTO

I ricorsi riuniti sono tempestivamente presentati dalla SIT S.r.l. quale trustee (fiduciario) e dalla NEW WAY S.r.l. quale settlor (disponente o fiduciante) in ordine ad avvisi di liquidazione in tema di imposte catastali e ipotecarie, spiccati in termini in ordine all’atto costitutivo di trust (patto di fiducia) fra i loro legali rappresentanti, patuito in data 04/08/2008, a ministero del notaio Lo.Fe. di Treviso. In tali avvisi di accertamento il fisco fa valere una pretesa tributaria presupponendo che il pactum fiduciae de quo, concernente il conferimento di azienda in capo al trustee per lo scopo di gestione e di garanzia dell’universitas bonorum, comporti un effetto reale traslativo di proprietà, soggetto ad imposizione.

I motivi di doglianza fatti valere dai ricorrenti rappresentano questioni di legittimità soggettiva, di qualificazione normativa dell’istituto, di carenza di motivazione e di vizio nel merito nell’applicazione delle imposte. Viene anzitutto rivendicato il ruolo della SIT in specifici termini soggettivi autonomi, in quanto cioè trustee del patto in questione, che pacificamente comporta una c.d. segregazione o separazione dei beni e delle attività confluite in capo a soggetto distinto e specifico secondo la convenzione - e non quale società complessivamente operante nella finanza.

Conseguentemente si richiama anche a questo effetto la normativa introdotta al proposito con la Convenzione dell’Aja 01/07/1985, regolarmente ratificata dallo Stato italiano con L. 16/10/1989 n. 364, e con l’art. 11 D.Lgs. 347/1990. Si sostiene dunque che il rapporto nel caso instaurato non implica al suo nascere alcuna formazione e individuazione di nuova e diversa capacità contributiva, come invece richiesto nel sistema fondato dall’art. 53 Cost. Viene fatto derivare nel merito che, escluso l’effetto traslativo di proprietà, al di là della proposizione letterale dell’art. 3 dell’Atto, la funzione di garanzia assunta comporta l’applicazione della (sola) imposta ipotecaria a misura fissa, fino alla realizzazione dello scopo alla scadenza del trust, avente allora effetti eventualmente traslativi e di modifica delle capacità contributive dei soggetti operanti o dei beneficiari.

L’Agenzia delle Entrate replica non solo che l’effetto traslativo viene ammesso nell’atto stesso di costituzione,

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale. Conformi, Com. Trib. Prov. Caserta, 11 giugno 2009, *supra*, 71; Com. Trib. Prov. Lodi, 12 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296; Com. Trib. Prov. Firenze, 12 febbraio 2009, *ivi*, 425 con commento di N. de Renzis Sonnino, L’imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507; Com. Trib. Prov. Savona, 11 marzo 2009, *ivi*, 417, con commento di M. P. D’Arezzo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta – I, *ivi*, 384 e di E. Corallo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta – II, *ivi*, 393.

in base del resto a regole romanistiche non negabili, con imputazione di capacità contributiva ai Trusts, ma che il comma 74 dell'art. 1 L. 27/12/2006 n. 296 lo esplicita quanto all'IRES e che, per le imposte indirette, con l'art. 2 comma 47 L. 286/2006, viene prevista l'imposta di successione e donazione, estendendone l'ambito applicativo alla "costituzione di vincoli di destinazione", e dunque in termini assoluti qualunque possa essere il loro scopo o la loro natura. Per le modalità applicative vale conseguentemente la normativa disposta con il T.U. 347/1990, che prevede la misura proporzionale per la trascrizione di atti che conferiscono al trust, con effetti traslativi, beni e diritti. Questo, in base al tenore dell'art. 19 della Convenzione, sia al momento della costituzione del vincolo, sia durante e al suo scioglimento, secondo la legge in vigore nei singoli ordinamenti statuali. D'altro canto, l'art. 20 del TUR, applicabile estensivamente a tutte le imposte indirette, dispone di interpretare la natura e gli effetti dell'atto in oggetto, sicché la forma dell'atto e la necessità della trascrizione agli effetti di tutela della circolazione degli immobili ed equiparati portano a ritenere la sussistenza di un effetto reale a titolo oneroso ovvero gratuito, collegato ad un effetto interno obbligatorio tra i soggetti, direttamente interessati. In ogni caso, quindi, occorre legittimamente assoggettare all'imposta proporzionale, secondo il valore indicato dalle parti contraenti, il trasferimento che si verifica nel negozio fiduciario de quo agitur pur a titolo gratuito. Respinge infine come infondata l'asserita mancanza di motivazione, che sussiste in termini puntuali e completi per quanto non condivisa dai ricorrenti.

La Commissione osserva anzitutto che indubbiamente il contratto di fiducia, precedentemente innominato nel ns. Diritto di impronta squisitamente romanistica, ha fatto ingresso nell'ordinamento giuridico e tributario italiano in seguito alla ratifica operata dalla L. 364/1989 sulla convenzione cit. dell'Aja. In tale contesto, appare parimenti e per certo applicabile la norma dettata dall'art. 20 T.U.R. in quanto estensibile a tutte le imposte indirette che toccano i soggetti contribuenti, naturalmente così qualificabili in base e nei limiti della individuazione della loro capacità contributiva, a mente del principio costituzionale italiano sancito dall'art. 53 e non certamente negato o negletto dalla Convenzione.

Giova premettere anche che il valore terminologico - semantico della clausola pattizia (art. 3 del rogito) non può avere il valore decisivo attribuitole dall'Ufficio, perché va comunque correttamente interpretato "civiliter et non naturaliter", tanto più in presenza di fattispecie sovrappiunte. D'altro canto non pare revocabile in dubbio che nell'istituto posto in essere si assista a una effettiva se-

parazione - segregazione dei beni e dei diritti dal patrimonio personale sia del fiduciante e sia del fiduciario, dato che il primo non può più disporre e il secondo può disporre solo secondo il patto, in relazione allo scopo e al programma previsto e reso nella fattispecie pubblico. In ogni caso, per i riflessi tributari resta manifestamente aperto il punto se e quando sia riscontrabile l'effetto traslativo non meno di quello se e quando si verifichi un aumento o una diminuzione della capacità contributiva dei soggetti del patto. Pare invece tributariamente meno influente a questa Commissione l'indagine circa la modalità onerosa ovvero gratuita del rapporto acceso, potendosi certamente delineare e verificare un trust non liberale (oltre che liberale, a favore del trustee) giacché il titolo oneroso o gratuito non pare esclusivo né tipico nella sua conformazione concreta, che può essere - appunto per vari soggetti e a vario titolo - certamente talora in via diretta vantaggioso, ma anche di mera garanzia, di opportunità e proficuità gestionale indistinta, di beneficio finale al fiduciario, al fiduciante o a terzi, per tacere che esistono istituti in qualche modo e variamente confrontabili o richiamabili (oltre l'accensione onerosa o donativa di usufrutto) come il fondo patrimoniale, la sostituzione fidecommissaria, lo stesso comodato che non implicano nel momento iniziale un indispensabile sinallagma di arricchimento - diminuzione patrimoniale tra soggetti e parti.

Dalla disamina effettuata, pare allora fondamentale a questa Commissione individuare e indicare nella specie del "patto di fiducia liberale" il momento in cui effettivamente si realizza il trasferimento definitivo del patrimonio a conclusione e scioglimento del trust, perché l'istituto nasce, si espande e innova in forza di una ratio che non può essere disconosciuta solo perché fuori dalla tradizione giuridica romanistica. Invero fino a quel momento della conclusione fiduciaria secondo evenienza, l'attribuzione comporta semplicemente una separazione di patrimonio, rispetto ai soggetti, sottoposta a condizione sospensiva, con una consolidazione finale ed effettiva dell'esito traslativo in quel preciso momento. Nel trust assimilabile a donazione liberale, perciò e infatti solo a quel punto si concreta l'incremento patrimoniale del soggetto come era in animo del disponente, mentre prima, secondo ragione, il fisco può ambire semplicemente alla misura fissa, vista la ancora persistente mancanza di incremento patrimoniale in capo al fiduciario.

Le altre eccezioni risultano assorbite e vengono compensate le spese, stante la complessità e novità del contendere.

P.Q.M.

Accoglie i ricorsi riuniti. spese compensate.

Trust – garanzia dei creditori – effetto traslativo condizionato – imposte indirette – misura fissa – presupposto impositivo – mancanza

Il trasferimento al trustee di un'azienda per finalità di garanzia verso i creditori della stessa non produce alcun effetto traslativo pieno e perfetto; l'effetto traslativo resta eventuale e condizionato all'obiettivo finale e le imposte indirette sono dovute in misura fissa.

- **Commissione Tributaria Provinciale di Treviso, Sezione I, F. Grazianti, Pres. Rel., C. Tifton, D. Callegari, 30 aprile 2009, n. 48/1/09 [SIT S.r.l. Società Italiana Trust c. Agenzia delle Entrate di Treviso]**

TESTO DELLA SENTENZA

FATTO

La SIT S.r.l. SOCIETA' ITALIANA TRUST impugna in termini l'avviso di liquidazione notificato per la riscossione di imposte catastali e ipotecarie attinente alla sua attività relativa al "patto fiduciario" (trust), quale fiduciaria (trustee) rispetto alla disponente Impresa di costruzioni Pittaro Andrea (settlor), svoltasi nel 2008. Nel ricorso si contesta l'emissione del provvedimento di esazione in oggetto, in base al predetto patto fiduciario qualificabile di natura e di finalità "a garanzia", attraverso il conferimento di azienda disposto pattiziamente, che comporta una "separazione - segregazione" dell'universitas bonorum con facoltà di gestione affidata al trustee.

Nello specifico, i motivi di doglianza fatti valere possono essere riassunti in asserita mancanza di legittimazione passiva della Ditta ricorrente in quanto tale, dovendosi invece il Fisco rivolgere alla Si. quale entità avente veste giuridica e responsabilità patrimoniali separate e autonome. In secondo luogo, viene contestata la violazione della Convenzione dell'Aja del 01/07/1985, pur ratificata dall'Italia con la L. 16/10/1989 n. 364, che recepisce il predetto istituto giuridico del patto di fiducia, precedentemente estraneo al nostro ordinamento giuridico, ma ne pretende una applicazione adeguatrice non ammissibile e giustificabile. In terzo luogo, pretende appunto senza fondamento l'applicazione in misura proporzionale delle imposte ipotecaria e catastale, come se per il solo fatto costitutivo del trust si fosse prodotto un effetto traslativo pieno. Argomenta sul punto che in effetti non si riscontra in capo al fiduciario in termini immediati e consolidati alcun trasferimento di proprietà - malgrado il nomen juris utilizzato nella clausola 3 del patto a ministero del notaio Lorenzo Ferretto - sicché non può ritenersi verificato quel rapporto di corrispondenza tra aumento di sua capacità contributiva, integrante il presupposto - basilare "sine qua

non" dei tributi voluto dell'art. 53 Cost., da una parte (trustee) e la corrispondente diminuzione patrimoniale - contributiva dall'altra (disponente o settlor). Conclude sostenendo che si pone anche una censura concernente il difetto di motivazione dell'avviso.

L'Agenzia delle Entrate controdeduce osservando che da un lato l'applicazione dell'istituto deve avvenire nel contesto dell'ordinamento recettivo, di impronta romanistica, e dall'altro che comunque vale nella sua concretezza il principio contenuto nell'art. 20 T.U.R. pacificamente estensibile alle imposte de quibus. In questo senso trovano ingresso non solo le disposizioni della L. 296/2006 in termini di Ires agli effetti della capacità contributiva diretta del Trust, ma anche la L. 286/2006 in tema di donazioni e di successioni riguardante la costituzione di vincoli di destinazione, comprensivi delle c.d. "segregazioni fiduciarie". Pertanto sostiene pienamente motivata e legittima la liquidazione effettuata in misura proporzionale sull'atto in premessa, ribadendo la sussistenza nella fattispecie di trasferimento, anche in relazione alla forma e alla pubblicità osservata in termini di cessione - trasferimento dell'azienda. Allega pareri e valutazioni ministeriali.

La Commissione premette che non paiono in dubbio né l'introduzione effettuata nel nostro ordinamento di un istituto giuridico tipico di altre legislazioni e precedentemente nella nostra in mera facoltà pattizia delle parti, in base alla citata Convenzione internazionale che allarga e aggiorna l'autonomia giuridica secondo nuove esigenze e realtà cui siamo tenuti a sottostare per trattato internazio-

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale. Conformi, Com. Trib. Prov. Caserta, 11 giugno 2009, *supra*, 71; Com. Trib. Prov. Lodi, 12 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 296; Com. Trib. Prov. Firenze, 12 febbraio 2009, *ivi*, 425 con commento di N. de Renzis Sonnino, L'imposizione indiretta del trust: gli ultimi orientamenti di giurisprudenza e prassi, *ivi*, 507; Com. Trib. Prov. Savona, 11 marzo 2009, *ivi*, 417, con commento di M. P. D'Arezzo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta - I, *ivi*, 384 e di E. Corallo, Trust in favore dei discendenti e imposizione indiretta - II, *ivi*, 393.

nale, né la collegabile configurazione dell'istituto de quo quale fonte di prelevamento tributario per gli effetti che produce nel sistema giuridico - tributario italiano. Va anche indefettibilmente considerata la necessità di adeguare la materia oggetto di esame al principio stabilito dall'art. 53 Cost., di là dal nomen juris adoperato nel patto e tenendo comunque conto della sostanza propria della fattispecie. Giova altresì tener conto del criterio estensivo espresso nell'art. 20 del T.U.R. agli effetti della imposizione collegata ipotecaria e catastale.

Ciò posto, l'analisi operata da questa Commissione in ordine alla qualificazione del conferimento dell'azienda al fiduciario "a garanzia" non pare consentire l'individuazione di alcun effetto traslativo pieno e perfetto nella separazione - segregazione dei beni e diritti rientranti nell'azienda commessa, che viene sottratta alla disponibilità del fiduciante, ma non entra nel patrimonio complessivo e specifico del trustee. Di conseguenza, non pare nemmeno da un lato verificarsi la indispensabile corrispondenza tra incremento da una parte e diminuzione dall'altra di ricchezza e di capacità contributiva al momento dell'accordo e in senso definitivo. Piuttosto va sottolineato che l'effetto traslativo resta eventuale e condizionato all'obiettivo finale per cui è stata instaurata la procedura, che nel caso appare specificamente a titolo gratuito e a scopo di garanzia per la persistenza e per sopravvivenza dell'azienda, qualora e grazie al buon esito del meccanismo attuato.

Risulta infatti chiaro che la conferita gestione aziendale effettuata dal fiduciario non implica in alcun modo un trasferimento in sua proprietà all'atto di sottoscrizione del patto segregativo dell'azienda a lui commessa per finalità di garanzia, dal momento che tale trust si limita alla gestione che subirà la conclusione realizzabile, auspicata e individuata nel patto di partenza.

In altri termini e a prescindere dalle più svariate modalità (possibili e richiedibili a un istituto dinamico e polivalente come questo, conformemente a esigenze economico - produttive odierne) - e cioè strutturabile come gratuita, onerosa, destinata a beneficiari terzi, con rientro ai settlor della facoltà gestionale risanata, con devoluzione al fiduciario ecc. - resta manifesto per tutto il tempo della procedura in atto la pendenza condizionate dell'effetto traslativo, che avverrà in senso compiuto e definitivo solo alla conclusione della vicenda e secondo l'esito conseguito.

Fino a tale evenienza, rimane dunque in essere un fenomeno di separazione patrimoniale al più vario scopo e titolo, che per certo toglie provvisoriamente la disponibilità gestionale al disponente per attribuirlo con caratteristiche identificate al fiduciario, ma non altera definitivamente consistenze e capacità degli interessati. In tale plau-

sibile contesto di sospensione procedurale con trasferimento dell'azienda solo al realizzarsi della attesa condizione finale, pare del tutto ragionevole applicare nel frattempo dette imposte sul patto intrattenuto in misura fissa.

Assorbite le altre eccezioni, compresa quella sulla presunta carenza di motivazione, la complessità e la contenziosità delle argomentazioni porta a ritenere giustificata la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso. Spese compensate.

Italia – Tribunale di Milano

Trust liquidatorio nullo e sequestro giudiziario: la fase del reclamo

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

Può essere disposto 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 istituito in situazione di insolvenza e, quindi, in definitiva, volto a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali) sia del *periculum in mora* (atteso il fatto che l'amministrazione dei beni segregati è stata sottratta agli organi della procedura concorsuale e che sono stati compiuti atti dispositivi dei beni stessi in contrasto con gli scopi della procedura stessa senza che alcuna informazione sulla gestione dei beni fosse mai stata fornita al curatore fallimentare).

- Tribunale di Milano, Sezione VIII civile, V. Perozziello, Pres., A. Dal Moro, G. Rel., E. Consolandi, 22 ottobre 2009 [I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione]

TESTO DELL'ORDINANZA

Ritenuto in fatto e in diritto

Il reclamo deve essere respinto: parte reclamante, il trustee I.T.C. ha chiesto la revoca del sequestro giudiziario sui beni costituenti l'intero patrimonio aziendale, attivo e passivo, della società fallita conferiti nel Trust F. contestando la sussistenza del *fumus boni iuris* della dedotta nullità del Trust predetto, costituito, secondo il ricorrente fallimento quando la società F. s.n.c. si trovava in stato di insolvenza.

Il Collegio, premesso di condividere l'impostazione teorica con cui il Giudice di prime cure - rimandando giustamente per economia della motivazione ad altro provvedimento assunto da questo Tribunale - ha ritenuto la legittimità in via generale del Trust interno con funzioni liquidatorie (quando la segregazione di alcuni beni consente alla società in bonis di perseguire con un programma liquidatorio lo scopo di ottimizzare l'interesse dei beneficiari ovvero dei creditori, mettendo al riparo i beni stessi da iniziative individuali pur sempre ammissibili anche in costanza di liquidazione), osserva:

a) sussiste il presupposto della strumentalità della cautela richiesta - sequestro giudiziario - rispetto alla doman-

da di merito proponenda, che è fondata sul *fumus boni iuris* di una controversia sulla proprietà o il possesso dei beni della società fallita, nell'accezione accolta dalla giurisprudenza e dottrina prevalente che vi comprende anche tutte le controversie *ex contractu*, in quanto è volta alla declaratoria di nullità del negozio con cui l'8.11.2007 il patrimonio sociale - completo di tutti i suoi elementi attivi e passivi - è stato conferito in un Trust regolato dalla legge di Jersey, che vedeva nominato trustee il socio illimitatamente responsabile G.M.G., *Guardiano* la moglie di quest'ultimo, a sua volta socia della s.n.c. I.M.B., e come Beneficiari “*in primo grado la massa dei creditori della società [...] in secondo grado eventuali terzi finanziatori [...] finali degli eventuali residui attivi, i soci*” (doc. 15); nullità che condurrebbe la curatela fallimentare a riprendere possesso dei

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

L'ordinanza del medesimo Tribunale, in data 17 luglio 2009, oggetto di reclamo può leggersi in questa Rivista, 2009, 628.

Con ordinanza in data 16 giugno 2009 (in questa Rivista, 2009, 533) il medesimo Tribunale ha, nell'ambito di ricorso d'urgenza *ex art. 700 cod. proc. civ.* promosso avverso il provvedimento di sostituzione del trustee da parte della procedura fallimentare, dichiarato la nullità del trust in oggetto. Tale provvedimento è stato confermato in sede di riesame da parte del collegio con ordinanza in data 30 luglio 2009 (*infra*, 80).

beni che oggi sono *segregati* nel trust ed attribuiti in proprietà al nuovo Trustee – la I.T.C. s.r.l. - nominato dalla sig. B. il 24.4.2009 (quando la stessa era già stata dichiarata fallita personalmente e dunque era divenuta incapace di disporre efficacemente dei propri diritti patrimoniali rispetto ai creditori ex art. 44 l.f.; circostanza che tuttavia nella presente sede non rileva stante il valore assorbente della questione della nullità del trust);

b) sussiste il *fumus boni iuris* dell'azione di nullità del Trust in questione e ciò per le medesime ragioni già indicate dal giudice di prime cure e ribadite nel provvedimento collegiale con cui questo Tribunale il 27.7.2009 ha respinto il reclamo proposto da F. s.r.l. avverso l'ordinanza con cui era stato ordinato ex art. 700 c.p.c. al trustee nominato dalla procedura di astenersi da qualunque atto della carica, stante l'inefficacia dell'atto di sostituzione di trustee compiuto dal curatore fallimentare conseguente alla ritenuta nullità del Trust stesso (tanto che il collegio, pur rigettando il reclamo ha compensato le spese in ragione della dubbia validità dell'atto di sostituzione nell'ambito di un trust pretesamente nullo);

pur nell'ambito di una cognizione sommaria tipica della sede cautelare il Tribunale reputa, invero, convintamente alla luce degli elementi di fatto offerti al suo giudizio, che all'epoca della costituzione del Trust il *disponente*, ovvero la società F. s.n.c., fosse insolvente, e cioè si trovasse in una situazione diversa da quella in cui si trova una società che, non avendo adeguati mezzi propri per perseguire l'oggetto sociale, deve avviarsi alla liquidazione del patrimonio attivo e passivo; molti elementi, alcuni dei quali avevano già raggiunto evidenza esterna all'epoca dell'istituzione del Trust, depongono in tal senso:

– la società, che aveva cessato l'attività produttiva (fornitura e messa in opera di materiali ferrosi e non) aveva cominciato a trovarsi “*in difficoltà gravi*” già nel 2004 “*per i ritardi e/o mancati pagamenti da parte di importanti clienti*”, e “*nel 2006 mise in atto un piano di rientro dell'esposizione debitoria che tra la fine del 2006 e l'inizio del 2007 si era interrotto a causa dell'instaurarsi di nuove cause con i committenti*” (verbale audizione B./G. del 22.1.2009 doc. n. 3 fase. ricorr.);

– era stata destinataria di vari provvedimenti monitori (doc. 8, 9, 10, 11, 12, 13), di cui uno provvisoriamente esecutivo del luglio 2007 non opposto, sub doc. 9, ed altro del gennaio 2007 per oltre 100.000 euro, opposto, e divenuto esecutivo per provvedimento del giudice nell'ottobre 2007 (docc. 11 e 12);

– aveva subito lo sfratto per morosità (per euro 59.923,46) per la cui esecuzione era fissata la data del 30.12.2007 (doc. n. 7);

– aveva cercato di fronteggiare una richiesta di pignoramento del maggio 2005 con un piano di rientro poi disatteso, onde la creditrice aveva instaurato nel settembre 2007 una nuova procedura esecutiva (doc. n. 10);

se tanto appare sufficiente in questa sede sommaria agli effetti di ritenere che la società non fosse manifestamente in grado di provvedere già nell'autunno del 2007 con normali mezzi al regolare soddisfacimento delle proprie obbligazioni, assume valore di riscontro di elementi indiziari documentali e già molto eloquenti, la situazione patrimoniale della società al 7.11.2007, prodotta dalla F. in sede di istruttoria prefallimentare, che, come evidenziato dal Giudice di prime cure, rappresenta, al di là di una ben poco prudenziale svalutazione delle poste attive in contenzioso (effettuata in misura inferiore al 10%), uno sbilancio tra attività correnti e passività correnti (le attività già sopravvalutate come detto, al netto delle immobilizzazioni non erano, comunque, in grado di pareggiare le passività per euro 1.392.343,48) che conferma la sussistenza di una crisi di liquidità non transeunte;

in una situazione siffatta la società F. l'8.11.2007, data di istituzione del Trust, non era in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività; e si trovava in detta situazione anche il 19.10.2007 quando venne posta in liquidazione mentre avrebbe dovuto ricorrere ad una procedura d'insolvenza, anche minore se possibile;

ciò si sottolinea perché il principale argomento difensivo speso in sede cautelare ha riguardato la contestazione del ritenuto stato di insolvenza sulla base della asserita specificità degli indicatori dello stato d'insolvenza di una società in liquidazione, donde i diversi criteri con cui il Tribunale dovrebbe valutare la sussistenza dell'insolvenza di una società non più operativa: argomenti che, quand'anche in astratto condivisibili (e comunque limitatamente all'ipotesi in cui gli elementi attivi del patrimonio sociale consentano di assicurare l'eguale ed integrale soddisfacimento dei creditori sociali; così, del resto, Cass. 17.4.2003 n. 6170) non paiono pertinenti nella fattispecie, ove si tratta di valutare l'atto negoziale segregativo di tutto il patrimonio compiuto da una società posta in liquidazione pochi giorni prima dell'istituzione del Trust quando era già insolvente, e perciò non avrebbe potuto, alla luce della normativa italiana, governare da sé la liquidazione (realizzo di attività, soddisfacimento dei creditori, distribuzione dell'eventuale residuo dei soci), al di fuori di una procedura concorsuale, anche minore, che garantisse - attraverso il controllo degli organi pubblici della procedura ed anzitutto del ceto creditorio - il controllo dell'esi-

to della liquidazione, del corretto riparto del ricavato nel rispetto delle cause di prelazione, in definitiva la realizzazione della *par condicio creditorum*;

del resto è conforme all'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja che il giudice possa negare riconoscimento al trust quando si ponga in concreto in contrasto con le nonne inderogabili poste nella materia della "protezione di creditori in caso di insolvenza";

in un siffatto contesto, la decisione dei soci di non ricorrere agli istituti concorsuali ma di porre la società in liquidazione e di segregare pochi giorni dopo in un Trust l'intero patrimonio aziendale affidandolo ad un trustee rappresentato dallo stesso socio illimitatamente responsabile (che in tal modo avrebbe conservato quel diritto di disporre dei beni del quale sarebbe senz'altro spossessato con la dichiarazione d'insolvenza), "*si pone come unica finalità economico sociale concreta la sottrazione del patrimonio sociale alle regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti, cfr. art. 162 bis l.f.) ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze dell'esecuzione concorsuale (che di per sé non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa e del suo controllo da parte dei creditori)*" (così Tribunale di Milano 27.7.2009 Presidente - estensore Gandolfi); la valorizzazione del ruolo di assetti pattizi nell'insolvenza assegnato dalla riforma fallimentare, non altera il carattere di disposizioni di ordine pubblico delle norme concorsuali finalizzate alla tutela del ceto creditore, onde non può riconoscersi legittimità nell'ordinamento ad iniziative negoziali che siano in radicale contrasto con le stesse in quanto proprio con la loro osservanza ed applicazione si pongano in alternativa;

del resto paiono significativi dell'interesse perseguito con l'operazione: 1. il fatto che lo stesso giorno della costituzione del Trust venivano stipulati dal trustee G. due contratti di affitto d'azienda: con uno veniva concesso in affitto (per un canone di 1000 euro al mese) senza garanzie l'intero patrimonio aziendale ad una società, la A. s.r.l., costituita solo il 19.12.2007 con un capitale sociale versato di 2.500 euro, di cui il sig. G. diveniva l'unico lavoratore dipendente stipendiato con qualifica di lavoratore metalmeccanico di 6° livello e retribuzione di circa 3.000,00 euro lordi al mese (docc. 3 e 18); con l'altro, il trust cedeva in locazione temporanea, anche qui senza garanzie, alla società R. s.r.l., amministrata dallo stesso A.U. della A., il non meglio precisato "ramo d'azienda di cui in premessa", in quanto, si legge nel contratto, "R. ha stipulato alcuni contratti per le seguenti lavorazioni [...] tuttavia non di-

sposne di personale e strumentazioni sufficienti"; 2. il fatto che i creditori sociali non abbiano ottenuto alcun vantaggio economico dall'attività gestoria devoluta al trustee, tant'è che tutti hanno dovuto presentare domanda di ammissione al passivo; 3. il fatto che il Curatore del fallimento, dichiarato l'8-12-gennaio 2009, non ha ottenuto alcun rendiconto della gestione del Trust, né alcuna documentazione della società, o elementi utili riguardanti il patrimonio sociale ed i contenziosi in corso; né la situazione è mutata all'esito della modifica del trustee ad opera del Guardiano del trust (modifica anch'essa inefficace in quanto compiuta da un soggetto privo del necessario potere ed in relazione ad un atto segregativo nullo);

c) il *periculum in mora* nel caso specifico del sequestro giudiziario deve essere vagliato alla luce dei presupposti normativi dell'"opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione temporanea" dei beni oggetto della controversia, presupposto che nella specie sussiste in ragione della possibilità stessa di una amministrazione di tali beni del tutto discrezionale - affidata com'è ad un trustee ed ad un Guardiano che sono i soci della società fallita, falliti anch'essi - in contrasto di per sé con l'interesse della procedura concorsuale che avrebbe diritto alla loro apprensione e gestione; in tale prospettiva sono atti significativi di una gestione in contrasto con gli scopi della procedura non solo i riferiti atti dispositivi - che, al di fuori di idonee garanzie, hanno posto l'intero patrimonio aziendale, per il modesto canone di 1000 euro mensili - a disposizione di ulteriore soggetto terzo che non ha alcun obbligo verso i creditori sociali, neppure quello dichiarato nel trust - ma anche la circostanza che sino ad oggi nessuna informazione sulla gestione dei beni in trust è stata fornita al Curatore né, quindi, ai creditori che quest'ultimo rappresenta (docc. n. 23, 26, 27, 28); sul punto peraltro parte reclamante non ha svolto alcuna difesa.

Le spese della presente fase, che devono essere attribuite in ragione della soccombenza, si liquidano in complessivi euro 3.000,00 di cui 800,00 euro per diritti e 2.200,00 per onorari oltre spese generali 12,5% CPA e IVA come per legge.

P.Q.M.

Visti gli artt. 23 u.c. d.lgs. n. 5/2003 e 669-terdecies c.p.c.,

a) respinge il reclamo proposto avverso l'ordinanza del Tribunale di Milano emessa in data 16.7.2009;

b) condanna il reclamante a rifondere a controparte le spese di lite liquidate in complessivi euro 3.000,00 oltre spese generali 12,5% CPA e IVA come per legge.

Italia – Tribunale di Milano

Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente: la fase del riesame

Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – garanzia patrimoniale – atto in frode alla legge – nullità del trust – art. 15, lett. e) della Convenzione de L'Aja

L'atto istitutivo di un trust il cui fondo sia costituito dall'intero patrimonio di una società in stato di insolvenza costituisce atto illecito *ab origine*, incompatibile con l'art. 15 lett. e) della Convenzione de L'Aja del 1° ottobre 1984, in quanto volto a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni aziendali.

■ **Tribunale di Milano, Gandolfi, Pres., 30 luglio 2009 [I.T.C. S.r.l. c. Fallimento F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione, C.S., F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e B.I.M.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

Il Collegio, a scioglimento della riserva

OSSERVA

A) Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 13.5.09 la T.C. quale *trustee* del *Trust F. s.n.c. di C. & C.* chiedeva al Tribunale, accertata l'inefficacia della sostituzione di trustee effettuata dal fallimento F. s.n.c. di ordinare al *trustee* nominato dalla procedura S.C. di astenersi da qualsiasi atto della carica. Allegava la ricorrente che, ai fini di realizzare la liquidazione della s.n.c. F. in data 8/11/07 veniva costituito il Trust, regolato dalla legge di Jersey, cui venivano conferiti i beni costituenti l'intero patrimonio aziendale attivo e passivo.

Veniva nominato *trustee* G.M.G. e *Guardiano* M.B. entrambi soci della s.n.c.. Venivano quindi stipulati due contratti di affitto di azienda ed effettuato un intervento in giudizio già promosso. Con sentenza 20/1/09 il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento della F. e di entrambi i soci personalmente, la sentenza veniva immediatamente reclamata. In data 3/3/09 il Curatore, previa autorizzazione del G.D. procedeva alla sostituzione del *trustee*, nominando C..

Ritenendo pacificamente valido ed efficace il trust, anche a seguito dell'intervenuto fallimento della società disponente, la ricorrente nominata trustee dal *Guardiano* B. in data 24/4/09, ai sensi dell'art. 25 dell'Atto Istitutivo, agiva affinché in via di urgenza fosse inibita qualsiasi attività al dott. C., dovendo ritenersi nulla e/o invalida e/o

inefficace la nomina da parte del Curatore, cui non può spettare alcun potere sul patrimonio segregato in trust.

B) Resisteva il Fallimento F. ricostruendo le vicende dell'insolvenza di F. s.n.c. datata in epoca anteriore alla costituzione del trust e rilevando come le presunte attività liquidatorie del trust si fossero limitate a due atti di affitto del patrimonio aziendale per canoni simbolici (peraltro a società costituita successivamente all'atto di affitto e che aveva assunto come unico dipendente proprio G.) e come peraltro risultassero attività in contrasto con le finalità liquidatorie (essendo intervenuti creditori per attività compiute nel 2008 dalla società poi fallita). In questo contesto, considerando che il *trustee*, fallito in proprio, aveva perso la capacità legale di rivestire l'incarico, il Curatore aveva provveduto alla sostituzione del *trustee*. Inoltre la curatela escepiva la non riconoscibilità nel nostro ordinamento del c.d. trust interno (il cui unico elemento di estraneità è rappresentato dalla legge applicabile), la sua inefficacia e/o nullità in quanto trust simulato (c.d. *sham trust*) e finalizzato a frodare la legge interna ed infine la sua nullità per contrasto con normative interne inderogabili ex artt. 15, 16 e 18 della Convenzione dell'Aja, in quanto finalizzato a disapplicare convenzionalmente la legge falli-

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

L'ordinanza del medesimo Tribunale, in data 16 giugno 2009, oggetto di reclamo può leggersi in questa Rivista, 2009, 533.

Con ordinanza in data 17 luglio 2009 (in questa Rivista, 2009, 628), il medesimo Tribunale ha, altresì, disposto il sequestro giudiziario ex art. 670 cod. proc. civ. dei beni aziendali vincolati nel trust. Tale provvedimento è stato confermato in sede di reclamo con ordinanza del 22 ottobre 2009 (*supra*, 77).

mentare. Infine il Fallimento invocava la disposizione dell'art. 155 L.F. che attribuisce al Curatore, che vi provvede con gestione separata, l'amministrazione del patrimonio destinato, istituito del tutto contiguo a quello del trust.

C) Si costituiva C., aderendo integralmente alle difese del Fallimento.

D) Il giudice designato, dopo un'ampia disamina dell'istituto del trust nel nostro ordinamento, riteneva di dover considerare illecito *ab origine* il trust liquidatorio in oggetto, in quanto costituito quando la società già versava in stato di insolvenza, quindi mirato a sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni, in assenza del presupposto su cui poggia il potere dell'imprenditore di gestire il proprio patrimonio, cioè che l'impresa sia dotata di mezzi propri. Opera pertanto la clausola di salvaguardia dell'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja ed il limite dell'ordine pubblico, essendo la causa in concreto perseguita dal disponente quella di eludere le norme imperative che presiedono alla liquidazione concorsuale. Essendo chiesta la manutenzione del trust da parte del *trustee* nominato dal Guardiano, il giudice riteneva di poter conoscere la nullità del trust e quindi rigettava le pretese azionate per carenza del *fumus*. Inoltre il G.D. dichiarava la carenza di legittimazione passiva di C., nominato *trustee* di un trust non riconoscibile nell'ordinamento italiano.

E) Esperiva reclamo la I.T.C. stigmatizzando che il G.D. fosse entrato irrualmente nel merito della causa in contrasto con le funzioni cautelari, e nel merito più ampiamente articolando la liceità del trust, pure in relazione alle procedure concorsuali, soprattutto alla luce della riforma della legge fallimentare che favorisce gli strumenti, anche pattizi, finalizzati alla sopravvivenza dell'impresa. Inoltre la reclamante contestava che F. versasse in stato di insolvenza al momento della costituzione del trust, anche in considerazione delle finalità liquidatorie dello stesso e ribadiva le sue istanze cautelari.

F) Resisteva il Fallimento, rilevando preliminarmente come le medesime considerazioni svolte dal giudice di prime cure fossero state poste a fondamento di un provvedimento di sequestro giudiziario dei beni conferiti in trust e ribadendo le difese già svolte nella prima fase. La procedura ricordava poi come l'utilizzazione dell'istituto del trust nelle procedure concorsuali (ad es. in tema di accordo di ristrutturazione del debito ex art. 182 bis L.F.) fosse comunque sempre stata sottoposta alla diretta partecipazione e controllo degli organi concorsuali e mai finalizzata a consentire all'imprenditore di aggirare e disapplicare *in toto* le norme sul concorso. In via subordinata il Fallimento ribadiva la piena legittimità della sostituzione del *trustee* da parte della curatela, alla luce del disposto dell'art. 155

L.F., come in ogni ipotesi di patrimonio destinato. La procedura contestava poi le osservazioni in tema di limiti della cognizione cautelare e di insolvenza di F. e ribadiva l'assenza del requisito del *periculum in mora*, chiedendo l'integrale rigetto del reclamo. Nuovamente C. faceva proprie le difese della curatela.

G) All'esito della discussione orale, all'udienza del 27/7/09, il Collegio riservava la decisione.

H) Rileva il Tribunale in via preliminare come il provvedimento di mutamento del *trustee* non possa trovare fondamento nel disposto dell'art. 155 L.F., norma dettata in tema di patrimoni destinati ex art. 2447 bis c.c., che non può trovare applicazione analogica in tema di trust, istituto caratterizzato da un atto di trasferimento definitivo di beni che così cessano di fare parte del patrimonio del disponente.

I) Nel merito, la ricorrente ha dichiarato di avere chiesto la cautela finalizzata ad un'anticipazione degli effetti di una pronuncia di merito volta a "salvaguardare il diritto dovere che gli compete quale *trustee* del trust F. s.n.c.". Correttamente quindi il G.D. ha ritenuto di dover preventivamente accertare, sia pure con i limiti della cognizione cautelare, la validità del negozio istitutivo del trust, i cui effetti si chiede di assicurare. Tale valutazione avrebbe dovuto essere effettuata anche d'ufficio, come stabilito dall'art. 1421 c.c., potere officioso sempre esercitabile ove l'atto nullo rappresenti elemento costitutivo della domanda che inerisce alla sua esecuzione o alla sua applicazione (cfr. Cass. 6003/06).

J) Come sottolineato in sede di discussione, il Collegio si pone il quesito di quale sia la causa ex art. 1325 n. 2 c.c. di un atto di segregazione dell'intero patrimonio aziendale di una società già in liquidazione, laddove la funzionalità di procedere alla migliore realizzazione dell'attivo per il soddisfacimento primario dei creditori sociali (art. 1 dell'Atto istitutivo di Trust, doc.3 ric.) sta già nella procedura di scioglimento e liquidazione della società ex art. 2272 c.c.. All'odierna discussione orale il patrono della ricorrente ha affermato come primaria l'esigenza di mettere il patrimonio al riparo da iniziative esecutive individuali, salvaguardando la *par condicio creditorum*. Occorre quindi considerare se, nelle condizioni concrete, tale fine economico sociale potesse considerarsi meritevole di tutela per come perseguito o producesse effetti ripugnanti per l'ordinamento italiano, con cui il trust presenta tutti gli elementi di collegamento, ad esclusione della legge applicabile.

K) Il Collegio concorda pienamente con tutte le ampie e puntuali osservazioni del G.D. in ordine all'ammissibilità in linea di principio del c.d. *trust interno*, anche *autodichiarato* e sull'assenza - allo stato - di adeguati elementi indi-

ziari per considerare il negozio simulato ai sensi della stessa legge di Jersey applicabile. Pure appare condivisibile l'osservazione secondo cui, in taluni casi, il trust potrebbe essere uno strumento utilizzabile per concordati stragiudiziali, in fase che preceda la vera e propria insolvenza e tenda ad evitarla in forza di accordi col ceto creditorio, salvaguardando i beni dalle - pur legittime - aggressioni esecutive individuali dei creditori dissenzienti. Pure possono darsi ipotesi in cui l'istituto sia utilizzato in funzione complementare nelle procedure concorsuali minori, al fine di una migliore attuazione dei piani concordatari, pur sempre sotto il controllo degli organi della procedura stessa.

L) Tuttavia, non sembra neppure al Tribunale meritevole di tutela la finalità concreta di segregare tutti i beni dell'impresa già in stato di insolvenza ex art. 5 L.F. in danno dei creditori del disponente, in modo da precludere di fatto tanto la liquidazione concorsuale che qualsiasi controllo sui suoi esiti e sul corretto riparto del ricavato nel rispetto di cause di prelazione, privilegi ed uguale soddisfazione dei chirografari - da parte di organi giudiziari - pubblici e pure del ceto creditorio nel suo complesso.

M) Che F. versasse già in stato di insolvenza alla data del 8.11.07 emerge da moltissimi elementi, alcuni dei quali già all'epoca di rilevanza esterna: infatti la società, che aveva cessato l'attività produttiva, era stata destinataria di vari provvedimenti monitori (docc. 8-11 res.), anche di rilevante entità e provvisoriamente esecutivi ed aveva persino subito lo sfratto per morosità (doc. 7 res.). Tanto basterebbe a ritenere che a quella data F. già si trovasse nell'impossibilità di adempiere le proprie obbligazioni con mezzi normali di pagamento ed avrebbe dovuto fare ricorso a procedure concorsuali anche minori (ove possibile). In tale contesto, solo in via di integrazione di elementi indiziari dell'insolvenza già in sé sufficienti, il Collegio concorda integralmente con la lettura dei dati di bilancio offerta dal G.D., laddove rileva come "a tale data la società mostrava debiti [certi] per Euro 1.392.343,48 e un attivo apparente per Euro 1.453.202,42. 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 delle 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 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 incontestata-

mente 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 X S.p.A.], pari a circa Euro 621.000,00 quanto meno del [salomonico] 50% e appostarli per Euro 311.000,00 (azzerando il credito nei confronti di I. S.p.A. in quanto fallita), anziché appostarli per Euro 605.862,34, con una imprudente maggior valorizzazione (solo sui crediti contenziosi) di circa Euro 295.307,00. Basterebbe tale circostanza a portare il patrimonio netto della società in liquidazione da Euro 60.858,94 ad Euro 234.448,00 (patrimonio negativo)".

N) In una così conclamata situazione di insolvenza, l'atto istitutivo si pone come unica finalità economico-sociale concreta la sottrazione del patrimonio sociale alle regole pubblicistiche che presiedono alle procedure concorsuali, derogabili in via privatistica solo in forza di accordi con i creditori (che rappresentino la maggioranza qualificata dei crediti, cfr. art. 162 bis c.p.c.), ma non attraverso un atto di disposizione che renda il patrimonio dell'impresa del tutto insensibile alle esigenze di esecuzione concorsuale (che di per sé non esclude il ricorso a strumenti che garantiscano la sopravvivenza dell'impresa) e del suo controllo da parte dei creditori. Anche a fronte dell'ampliamento del ruolo assegnato dalla riforma fallimentare ad assetti pattizi, le norme concorsuali finalizzate alla tutela del ceto creditorio non perdono il loro carattere di disposizioni di ordine pubblico, che impediscono il riconoscimento nell'ordinamento di atti di autonomia privata che ne siano radicale contrasto. Opera quindi direttamente il limite di liceità di atti di autonomia privata costitutivi di trust fissato dall'art. 15 lett. e) della Convenzione dell'Aja 16/10/89, laddove enuncia la possibile prevalenza della legge nazionale per inderogabilità della stessa con atti di privata volontà in tema di "protezione dei creditori in casi di insolvibilità".

O) Quindi anche al Tribunale, pur nei limiti della cognizione sommaria che caratterizza la presente fase, pare che le pretese della ricorrente, relative all'esecuzione di un atto qualificabile come nullo ex art. 1418 c.c., non possano trovare accoglimento e che il reclamo debba essere rigettato, con integrale conferma della ordinanza reclamata.

P) Poiché comunque rimane più che dubbia la validità dell'atto di sostituzione del *trustee* effettuato dalla procedura, che ha ampiamente coonestato la validità della costituzione di trust, contro cui ha reagito la ricorrente, sussistono equi motivi per compensare interamente tra le parti le spese anche della presente fase di reclamo.

P.Q.M.

rigetta il reclamo; compensa interamente le spese anche della presente fase.

Italia – Tribunale di Torino

Lodo arbitrale, trust e azione revocatoria

Lodo arbitrale – soccombenza – decreto ingiuntivo – trust – pregiudizio per i creditori – azione revocatoria – inefficacia degli atti di conferimento

Sono inefficaci nei confronti dei creditori, ex art. 2901 cod. civ., gli atti di conferimento di beni in tre diversi trust posti in essere dai disponenti-debitori allorquando l'istituzione dei trust sia avvenuta all'indomani della notifica di un lodo arbitrale che condannava i disponenti a versare ingenti somme di denaro agli attori, non risultando provata l'esistenza di un notevole patrimonio residuo in capo ai debitori sul quale i creditori potessero eventualmente soddisfarsi.

Deve essere dichiarata la medesima inefficacia anche nei confronti di altri preesistenti creditori il cui diritto, risultante da decreti ingiuntivi, sia stato accertato dal giudice precedentemente all'istituzione di un trust.

- **Tribunale di Torino, Sezione Distaccata di Moncalieri, E. Germano Cortese, 15 giugno 2009 [D. G., E. V., D. V. c. V. G., M. B., E. B., B. B., D. B., D. F., L. B., B. B., M. B., S. G., G. V., Banca Alpi Marittime – Credito Cooperativo Carrù, Italfondario S.p.a., interventori]**

TESTO DELLA SENTENZA

Il Tribunale Ordinario di Torino - Sezione distaccata di Moncalieri

in persona del Giudice unico dr. Emanuela Germano Cortese, ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

nella causa iscritta al R.G. al numero ..., promossa da:
D. G., E. V. e D. V., rapp. e dif. dagli avv.ti Luigi Fiorini e Elena Vinciguerra, presso il loro studio domiciliati in Torino, c.so Montecucco 68, Attori

Contro

– V. G. e M. B., rapp. e dif. dagli avv.ti Luca Pecoraro e Francesca Fonzetti, presso il loro studio domiciliate in Torino, via Santa Teresa 23, Convenute

– E. B. e B. B., rapp. e dif. dagli avv.ti Ezio Villa e Raffaella Lombardi, presso il loro studio domiciliati in Torino, via Santa Teresa 23, Convenuti

– D. B. e D. F., in proprio e quali legali rappresentanti dei minori L. B. e B. B., rapp. e dif. dagli avv.ti Toti Mu-

sumeci e Francesco Salinas, presso il loro studio domiciliati in Torino, via De Sonnaz 14, Convenuti

– M. B., minore, in persona dei genitori esercenti la potestà genitoriale P. B. E. B. B., già rapp. e dif. dagli avv.ti Andrea Colonna e Daniela Sannazzaro, presso lo studio di quest'ultima domiciliati in Torino, via Bligny 11, Convenuta

E con l'intervento autonomo di

– S. G., rapp. e dif. dall'avv. Marco Zidarich e presso il suo studio domiciliata in Torino, via Piffetti 19,

– G. V., rapp. e dif. dall'avv. Mario Pivano e presso il suo studio domiciliato in Torino, via Bagetti 14,

– Banca Alpi Marittime – Credito Cooperativo Carrù, rapp. e dif. dagli avv.ti Fernando Bracco e Luigi Pivetta, presso lo studio di quest'ultimo domiciliata in Torino, c.so Tassoni 30,

– Italfondario spa, rapp. e dif. dagli avv.ti Margherita Pace e Stefania Bertacchi, presso il loro studio domiciliata in Torino c.so Galileo Ferraris 71, Intervenuti volontari

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza dal suo originale.

In tema di azione revocatoria v. anche Trib. Cassino, 8 gennaio 2009, in questa Rivista, 2009, 419, con commento di M. Lupoi, Azione revocatoria e trust familiare, ivi, 446; e Trib. Firenze, 6 giugno 2002, ivi, 2004, 256.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per gli attori

Voglia l'on. Tribunale, - respinta ogni contraria istanza, domanda, eccezione e deduzione;

(I) nei confronti dei convenuti V. G. e D. B. (rispettivamente disponente e trustee dell'O. Trust) nonché nei confronti della convenuta M. B. (beneficiaria dell'O. Trust)

dichiarare inefficace nei confronti degli attori la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili», registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Torino II e presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Vigevano, avente ad oggetto la devoluzione da parte della disponente V. G. all'«O. Trust» e, per esso, al trustee D. B.:

A) della piena proprietà sui seguenti immobili ubicati: (*omissis*)

B) della quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

C) della quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

(II) nei confronti dei convenuti D. B. e D. F. (rispettivamente disponente e trustee dell'H. Trust) nonché nei confronti dei convenuti minori L. B. e B. B. (beneficiari dell'H. Trust) e, per essi, i loro legali rappresentanti D. B. e D. F., genitori esercenti la potestà genitoriale

dichiarare inefficace nei confronti degli attori la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili», registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Torino II, avente ad oggetto la devoluzione da parte del disponente D. B. all'«H. Trust» e, per esso, al trustee D. F. della piena proprietà sui seguenti immobili: (*omissis*)

(III) nei confronti dei convenuti E. B. e B. B. (rispettivamente disponente e trustee del W. Trust) nonché nei confronti della convenuta minore M. B. (beneficiaria del W. Trust) e, per essa, i suoi legali rappresentanti P. B. e B. B., genitori esercenti la potestà genitoriale

dichiarare inefficace nei confronti degli attori la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili» registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Torino II e presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Vigevano, avente ad oggetto la devoluzione da parte del disponente E. B. al «W. Trust» e, per esso, al trustee B. B.:

A) della piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

B) della quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati: (*omissis*)

C) della quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

(IV) Nei confronti di tutti i convenuti

ordinare al competente Conservatore dei Registri Immobiliari di provvedere alla trascrizione dell'emananda sentenza.

(V) ancora nei confronti di tutti i convenuti

con il favore degli onorari e delle spese.

Per la convenuta V. G.

Nei confronti degli attori

In via pregiudiziale

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti in attesa dell'esito del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Nel merito

Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

Nei confronti dell'intervenuta, signora S. G.

Nel merito

- Rigettare le domande di parte intervenuta in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

- Condannare la parte intervenuta al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c.

Nei confronti degli altri intervenuti

Nel merito

Respingere le domande proposte dagli altri intervenuti

ti in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

Nei confronti degli attori e degli intervenuti

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di procedura.

Per la convenuta M. B.

Nei confronti degli attori

In via preliminare

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti in attesa dell'esito del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Nel merito

Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

Nei confronti dell'intervenuta, signora S. G.

Nel merito

– Rigettare la domanda avversaria, per carenza dei presupposti richiesti per l'accoglimento dell'azione proposta per i motivi esposti in atti.

Nei confronti degli attori e dell'intervenuta

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di procedura.

Per i convenuti E. B. e B. B.

Nei confronti degli attori

In via pregiudiziale

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti in attesa dell'esito del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Nel merito

Respinge le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

In ogni caso

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di procedura.

Per il convenuto D. B.

Nei confronti degli attori

In via pregiudiziale

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti.

Nel merito

Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

Nei confronti dell'intervenuta, signora S. G.

Nel merito

– Rigettare le domande di parte intervenuta in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

– Condannare la parte intervenuta al risarcimento del danno ex art. 96 c.p.c.

Nei confronti degli altri intervenuti

Nel merito

Respingere le domande proposte dagli altri intervenuti in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

In ogni caso, nei confronti degli attori e degli intervenuti

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di procedura.

Per la convenuta D. F.

In via pregiudiziale

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti.

Nel merito

Respingere le domande tutte nei confronti della stessa formulate, in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

In ogni caso, nei confronti degli attori e degli intervenuti

Con vittoria di spese, diritti e onorari di procedura.

Per i convenuti L. B. e B. B.

In via preliminare

Sospendere, ai sensi e per gli effetti dell'art. 295 c.p.c., il presente giudizio per i motivi esposti in atti.

Nel merito

Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e in diritto per i motivi esposti in atti.

In ogni caso
Con vittoria di spese, diritti e onorari di procedura.

Per la convenuta B. M. (conclusioni assunte in comparsa di risposta)

In via preliminare

– accertare e dichiarare la carenza di legittimazione passiva della beneficiaria M. B. con conseguente pronuncia di un provvedimento di estromissione dal presente giudizio e condanna degli attori al pagamento delle spese.

– sospendere ex art. 295 cpc il presente giudizio in attesa dell'esito del giudizio di impugnazione del lodo.

Nel merito

Respingere le domande attoree in quanto infondate in fatto e diritto. Con vittoria di spese.

Per l'intervenuta S. G.

Voglia l'III.mo Tribunale

Dichiarare inefficace nei riguardi della sig.ra S. G. la scrittura privata 20.12.2003, autenticata not. Ciampolini di Grosseto (rep. n. ... – racc. ... e trascritta il 24.12.2003 presso le Conservatorie del RR.II. di Torino II e di Vigevano) istitutiva del trust denominato "O. Trust" ed in particolare dichiarare inefficace nei confronti della predetta sig.ra S. G. la devoluzione da parte della sig.ra V. G. al suddetto trust e per esso al trustee D. B. dei seguenti diritti immobiliari:

A) la piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

B) la quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

C) la quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in (*omissis*)

Ordinare al Conservatore dei Registri immobiliari di Torino e di Pavia di provvedere alla trascrizione dell'emananda sentenza. Con il favore di onorari e spese di giudizio oltre IVA e CPA e rimborso forfetario in ragione del 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti così come previsto dal D.M. 127/2004.

Per l'intervenuto G. V.

Dichiarare inefficace nei propri confronti la scrittura privata del 20.12.2003 autenticata dal not. Giorgio Ciampolini di Grosseto rep. n. ..., trascritta presso la Conserva-

toria dei RR.II. di Torino e di Vigevano, istitutiva del trust denominato O. Trust ed in particolare dichiarare inefficace nei propri confronti la devoluzione da parte della sig.ra G. V. al Trust denominato O. Trust e per esso al trustee B. D. Con le spese.

Per l'intervenuta Banca Alpi Marittime,
Credito Cooperativo Carrù

Dichiararsi inefficace nei confronti della Banca Alpi Marittime, ex art. 2901 c.c., la scrittura privata del 20.12.2003, autenticata del notaio Dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto, Rep. ... e trascritta presso le Conservatorie dei R.R.I.I. di Torino II e di Vigevano, istitutiva del trust denominato "O. Trust", ed, in particolare, dichiarare inefficace nei confronti del predetto Istituto di Credito la devoluzione di beni immobili infradescritti da parte della Sig.ra G. V. al suddetto trust e per esso ai trustee Sig. B. D. e segnatamente:

A) della piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

B) della quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

C) della quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

Con il favore delle spese.

Per l'intervenuta spa Italfondiaro

– revocare e comunque pronunciare l'inefficacia nei confronti dell'attrice ai sensi dell'art. 2901 c.c. dell'atto istitutivo di trust e devoluzione allo stesso di beni immobili in data 20.12.2003 con autentica Notaio Giorgio Ciampolini di Grosseto (rep. ... racc. ...) con il quale la sig.ra V. G. ha costituito il trust denominato "O. Trust" nominandone "trustee" il di lei figlio sig. D. B. e beneficiaria un'altra sua figlia, sig.ra M. B. e con il quale ha devoluto all'O. Trust e per esso ai trustee i seguenti diritti immobiliari:

A) la piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

B) la quota di proprietà pari ad 1/2 sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

C) la quota di proprietà pari ad 1/4, sui seguenti immobili ubicati in: (*omissis*)

Con il favore delle spese.

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione del 7.01.2004, notificato il 9.01.2004, i signori D. G. in V., D. V. ed E. V. hanno convenuto in giudizio davanti al Tribunale di Torino, Sezione Distaccata di Moncalieri, i signori V. G. in B., E. B., D. B., B. B. e D. F., chiedendo dichiararsi inefficaci nei loro confronti (nei confronti, cioè, di essi attori) tre scritture private, tutte autenticate il 20.12.2003, registrate il 23.12.2003 e trascritte il 24.12.2003, con cui i convenuti (nella loro qualità di disponenti e/o di trustees), vanificando il disposto di cui all'art. 2740 c.c., avevano istituito tre trusts (l'«O. Trust», l'«H. Trust» ed il «W. Trust») e devoluto agli stessi i beni immobili meglio descritti nelle richiamate scritture.

A sostegno delle domande, gli attori hanno esposto in sintesi:

- di essere creditori nei confronti dei signori V. G. in B., E. B., D. B., B. B. e C. B. (quest'ultimo non convenuto in giudizio) degli importi di cui al dispositivo del lodo n. 23/2003;

- che, nell'ambito delle verifiche effettuate presso le competenti Conservatorie dei Registri Immobiliari e preordinate ad avviare la già preannunciata esecuzione forzata, essi avevano appreso che, onde sottrarsi all'adempimento degli obblighi civili nascenti dalla pronuncia arbitrale di condanna, i debitori - tutti, fatta eccezione (allora) per il signor C. B. - avevano posto in essere, su gran parte degli immobili di loro proprietà, atti negoziali diretti a vanificare la garanzia di cui all'art. 2740 c.c.;

- che, più specificamente:

- con scrittura privata del 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto, la signora V. G.: a) aveva istituito in Italia un trust, denominato «O. Trust», regolato dalle legge inglese; b) aveva nominato trustee il figlio, signor D. B., che aveva accettato; c) aveva devoluto al trust e, per esso al trustee, che aveva accettato, la proprietà ovvero la quota di proprietà dei beni immobili indicati nell'atto e, precisamente, nella seconda convenzione dello stesso; d) aveva nominato beneficiaria dei beni del trust la signora M. B. (figlia della disponente V. G. e sorella del trustee D. B.);

- con scrittura privata del 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto, il signor D. B.: a) aveva istituito in Italia un trust, denominato «H. Trust», regolato dalle legge inglese; b) aveva nominato trustee, la moglie, signora D. F., che aveva accettato; c) aveva devoluto al trust e, per esso al trustee che aveva accertato, la proprietà dei beni immobili indicati nell'atto e, precisamente, nella seconda conven-

zione dello stesso; d) aveva nominato beneficiari dei beni del trust, i minori L. B. e B. B. (figli del disponente D. B. e del trustee D. F.);

- con scrittura privata del 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto, il signor E. B.: a) aveva istituito in Italia un trust, denominato «W. Trust», regolato dalle legge inglese; b) aveva nominato trustee la figlia, signora B. B., che aveva accettato; c) aveva devoluto al trust e, per esso al trustee, che aveva accettato, la proprietà ovvero la quota di proprietà dei beni immobili indicati nell'atto e, precisamente, nella seconda convenzione dello stesso; d) aveva nominato beneficiaria dei beni del trust la minore M. B. (nipote del disponente E. B. e figlia del trustee B. B.);

- che ricorrevano, nella specie, i presupposti per l'esercizio e per l'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.

Con comparsa di risposta del 31.03.2004 si sono costituiti in giudizio i convenuti V. G. in B., E. B., D. B., B. B. e D. F., chiedendo in sintesi: (i) in via pregiudiziale, la sospensione del giudizio introdotto, in attesa della definizione (con sentenza passata in giudicato) del giudizio d'impugnazione del lodo n. 23/2003, allora pendente dinanzi alla Corte d'Appello di Torino; (ii) in via preliminare, l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari dei tre trusts oggetto dell'azione pauliana; (iii) nel merito, il rigetto delle pretese attore.

Con ordinanza dell'1-2.04.2004 il G.I. ha ordinato agli attori - che vi hanno ottemperato con citazione del 27.07.2004, regolarmente notificata - l'integrazione del contraddittorio nei confronti dei beneficiari dei tre trusts oggetto di revocatoria e precisamente: nei confronti di M. B., beneficiaria dell'«O. Trust»; nei confronti di L. B. e B. B., beneficiari dell'«H. Trust»; nei confronti di M. B., beneficiaria del «W. Trust».

Nel costituirsi in giudizio con comparsa del 10.11.2004, i convenuti (beneficiari dei trusts) nei cui confronti era stato integrato il contraddittorio, hanno rassegnato difese e conclusioni sostanzialmente identiche a quelle dei convenuti principali.

Con comparse del 16.01.2004, del 14.04.2004, del 10.12.2004, del 26.05.2008 e del 2.02.2009 sono volontariamente - e rispettivamente - intervenuti in giudizio la signora S. G. (sorella dell'attrice D. G. e della convenuta V. G.), la Banca San Paolo IMI s.p.a. (poi estromessa all'udienza del 2.02.2009 sull'accordo di tutte le parti costituite), la Banca Alpi Marittime, l'Italfondario s.p.a. (quale procuratore di Castello Finance s.r.l., cessionario del credito di Banca Intesa s.p.a.) ed il geom. Giovanni Villata (cessionario del credito di Banca San Paolo IMI s.p.a., in-

tervenuta estromessa), ciascuno chiedendo dichiararsi inefficace anche nei propri confronti una delle tre scritture private oggetto dell'azione pauliana introdotta dagli attori e, precisamente, la scrittura privata con cui i convenuti V. G. (nella qualità di disponente) e D. B. (nella qualità di trustee), vanificando il disposto di cui all'art. 2740 c.c., avevano istituito l'«O. Trust» e devoluto allo stesso i beni immobili meglio descritti nella scrittura.

È stato escusso un testimone (all'udienza dell'8.02.2007) ed è stata fissata udienza per la precisazione delle conclusioni al 2.02.2009; in tale udienza, avendo i precedenti difensori dei convenuti dismesso il mandato, si sono costituiti gli avv.ti Pecoraro e Fonzetti per G. V. e B. M., gli avv.ti Musumeci e Altara e Salinas per D. B., D. F., L. B. e B. B., gli avv.ti Villa e Lombardi per E. B. e B. B. Nessuno si è costituito per M. B., che pertanto rimane formalmente domiciliata presso il precedente difensore. Differita al 16.02.2009 l'udienza per la precisazione delle conclusioni, le parti hanno precisato come in epigrafe, ad eccezione di M. B., per la quale nessuno ha precisato le conclusioni; per lei, sono quindi state riportate le conclusioni di cui alla comparsa di risposta.

La causa è stata poi trattenuta a decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Sull'istanza di sospensione del processo ex art. 295 cpc

I convenuti, rilevato che il credito degli attori trae origine da un lodo arbitrale rituale che è stato impugnato avanti alla Corte d'Appello, hanno fin dall'inizio della causa chiesto che la stessa venisse sospesa ai sensi dell'art. 295 cpc, in attesa dell'emissione di una sentenza definitiva sull'impugnazione del lodo. L'istanza, respinta dal giudice istruttore, è stata reiterata nelle conclusioni definitive, atteso che la sentenza della Corte d'appello, confermativa del lodo, è stata impugnata per cassazione e il giudizio di cassazione è tuttora pendente.

L'istanza non può essere accolta.

In punto necessità della sospensione di una causa ex art. 2901 c.c. perché il credito è ancora sub iudice, le SS.UU. della Cassazione, con sentenza 18.5.2004 n. 9440, si sono espresse in modo chiaro e definitivo come segue: «Nel processo ad oggetto l'azione revocatoria ordinaria promossa dal creditore per impugnare un atto dispositivo compiuto dal debitore, non deve essere disposta la sospensione necessaria se il credito da tutelare è oggetto di contestazione in separato giudizio, sia perché il credito litigioso non può essere considerato meritevole di minor tutela rispetto al credito certo, sia perché fra i due giudizi non sussiste il pe-

ricolo di conflitto fra giudicati». Al di là dell'ossequio dovuto a un precedente di tale autorevolezza, il Tribunale ritiene totalmente condivisibili le ragioni addotte dalla S.C., e pertanto conferma la non accoglibilità dell'istanza.

Nel merito è necessario esaminare separatamente la posizione degli attori da quella degli intervenuti.

Vertenza tra gli attori e i convenuti

Non vi è controversia tra le parti sui seguenti fatti: esistenza di un credito, ancorché litigioso, degli attori nei confronti di V. G., E. B. e D. B.; costituzione da parte dei citati convenuti di tre trusts di diritto inglese, con devoluzione a favore dei trusts, e per essi dei trustees, a titolo gratuito, di numerosi beni immobili.

Ai fini dell'azione revocatoria ordinaria, è dunque necessario accertare unicamente se gli atti di disposizione del patrimonio dei debitori abbiano arrecato pregiudizio alle ragioni dei creditori, e se i debitori fossero consapevoli di tale pregiudizio (art. 2901 co. 1 n. 1 c.c.).

Quanto al primo punto, i convenuti hanno sostenuto che gli atti di disposizione messi in atto con la devoluzione dei loro beni ai trusts non hanno recato alcun pregiudizio agli attori - creditori, in quanto il patrimonio residuo dei debitori era più che sufficiente a garantire il soddisfacimento delle ragioni degli attori.

La tesi non è accoglibile in quanto a) l'onere di provare che il patrimonio residuo sia sufficiente a soddisfare le ragioni dei creditori grava sui debitori, e b) i convenuti non hanno assolto tale onere probatorio.

Quanto al punto a), la S.C. ha ancora di recente affermato che «incombe sul debitore, e non sul creditore, l'onere probatorio di dimostrare che il proprio patrimonio residuo sia sufficiente a soddisfare ampiamente le ragioni del creditore» (Cass. sez. II, 27.3.2007 n. 7507; conf. Cass. sez. I, 24.7.2003 n. 11471; Cass. sez. III 4.7.2006 n. 15263; da notare l'uniformità delle decisioni di tutte e tre le sezioni della S.C.). Significativo, nella massima citata, è anche l'uso dell'avverbio «ampiamente», volto a ricordare un altro principio consolidato in materia, ossia che ai fini del pregiudizio del creditore è sufficiente che gli atti di disposizione abbiano determinato maggior difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito.

Sulla consistenza di un notevole patrimonio residuo in capo ai debitori, gli stessi non hanno fornito alcuna prova, limitandosi ad affermare che, al momento della devoluzione dei beni immobili ai trusts, essi erano proprietari delle quote societarie della srl S., aventi un valore ben superiore alle somme che il Collegio arbitrale li aveva condannati a pagare agli attori.

Ora, l'onere probatorio gravante sui convenuti imponeva loro non solo di dimostrare la loro proprietà sulle quote, della S., ma anche che un'esecuzione sulle medesime quote avrebbe potuto "ampiamente" (v. la massima sopra citata) soddisfare le ragioni dei creditori; dimostrazione che è mancata, sol che si pensi che soltanto tre mesi dopo la devoluzione dei beni immobili ai trusts la S. è stata dichiarata fallita dal Tribunale di Torino. Tale circostanza, incontestata, dimostra "ampiamente" (è il caso di dirlo) che i creditori non avrebbero ottenuto alcuna soddisfazione del loro credito agendo sulle quote della S., che per effetto del Fallimento hanno perso ogni valore.

A questo proposito, i convenuti hanno avanzato, per la prima volta nella memoria ex art. 190 cpc, una tesi tanto suggestiva quanto infondata. Essi hanno infatti sostenuto che se le quote della S. non valevano nulla, ciò significa che l'oggetto del contratto di cessione delle quote non aveva più alcun valore, e che pertanto il promissario acquirente non avrebbe dovuto pagare alcun corrispettivo (così E. B.), o che le quote non sarebbero più trasferibili alle convenute le quali, conseguentemente, non sarebbero più tenute e pagarne il prezzo (così V. G.).

La tesi è infondata, perché il trasferimento delle quote non era soggetto a un ulteriore atto di volontà delle parti, ma è avvenuto per effetto del lodo, che lo ha pronunciato ex art. 2932 c.c. Se poi, al momento del trasferimento o in precedenza il perduto valore delle quote potesse o meno avere influenza sull'esecuzione del contratto preliminare di cessione delle quote stesse, non è certo una questione che possa affrontare e decidere questo giudice; competenti erano casomai gli arbitri, e in caso di accoglimento dell'impugnazione del lodo, la Corte d'Appello in sede di rinvio dalla Cassazione ma non, ovviamente, questo giudice, al quale comunque tale questione non è stata sottoposta neppure in via incidentale.

Resta da dire della consapevolezza dei convenuti di arrecare pregiudizio agli attori con la devoluzione dei beni ai trusts.

I convenuti hanno sostenuto che al momento della stipulazione delle scritture private costitutive dei trusts, - 20 dicembre 2003 - essi non erano a conoscenza del lodo arbitrale con il quale erano stati condannati a pagare ingenti somme agli attori, e che pertanto non avevano consapevolezza di essere debitori verso gli attori; e se neppure sapevano di esser debitori, non è logicamente pensabile che fossero consapevoli di danneggiare dei creditori di cui non sospettavano l'esistenza.

Alla luce delle circostanze accertate e dei documenti prodotti da parte attrice - e non contestati - la tesi appare alquanto temeraria.

Il procedimento arbitrale ebbe inizio alla fine del 2002, su istanza degli odierni attori; fin da allora, quindi, i convenuti potevano fondatamente temere una condanna al pagamento di una ingente somma di denaro a favore degli attori.

Il termine per il deposito degli atti difensivi finali fu fissato dagli arbitri al 21.7 e al 23.9.2003. Il lodo fu poi deliberato dagli arbitri in due conferenze personali del 7.10 e del 13.11.2003, e sottoscritto in data 19.11.2003. Su istanza degli odierni attori, il Tribunale ha dichiarato esecutivo il lodo in data 5.12.2003; l'atto, spedito in forma esecutiva in data 9.12.2003, è stato notificato ai sig.ri V. G., E. B., e D. B. (settlers dei tre trusts) in data 19.12.2003, a mani proprie (doc. 6 attoreo). Non si comprende quindi come i convenuti possano sostenere che al momento della costituzione dei trusts essi ignoravano l'esistenza del lodo, posto che il giorno prima avevano ricevuto la notifica dello stesso. L'unica persona che potrebbe sostenere una tesi del genere è B. B., nei confronti della quale la notifica fu eseguita ai sensi dell'art. 140 c.p.c.; ma B. B. è parte di questa causa non per aver disposto di beni propri, ma per aver ricevuto beni di E. B. Trattandosi di atti a titolo gratuito, l'atteggiamento psicologico di chi ha ricevuto i beni è del tutto irrilevante.

Le domande degli attori nei confronti dei convenuti devono quindi essere accolte, con ogni conseguenza in ordine alle spese di causa; mancando l'istanza di parte, non può pronunciarsi condanna per resistenza temeraria.

Vertenze tra gli intervenuti e i convenuti

Le domande degli intervenuti riguardano unicamente V. G., settler del Trust denominato "O.", D. B. quale trustee dell'O. Trust, e M. B., beneficiaria dell'O. Trust; gli intervenuti, infatti, hanno dichiarato di essere creditori unicamente nei confronti di V. G. Ai fini del loro accoglimento, deve unicamente accertarsi se il credito esiste e se esso era precedente all'atto di disposizione del proprio patrimonio compiuto dalla convenuta; infatti, se l'atto fosse anteriore al sorgere del credito, l'elemento psicologico dovrebbe essere valutato in modo diverso.

Per quanto riguarda il pregiudizio per i creditori, la consapevolezza da parte della G. di arrecare tale pregiudizio, e la mancata prova della consistenza di un ulteriore patrimonio della G. ampiamente sufficiente a soddisfare le ragioni degli stessi, valgono le considerazioni già fatte a proposito del rapporto tra attori e convenuti.

Passando ad esaminare una per una le posizioni degli intervenuti, si rileva quanto segue.

La domanda dell'intervenuta S. G.

Il credito di S. G. è stato accertato dal giudice torinese prima con l'emissione di un decreto ingiuntivo, e poi con la sentenza che ha confermato il decreto stesso. Il credito per il quale il D.I. è stato emesso è certamente anteriore alla costituzione del trust "O.", perché deriva da rate di prezzo delle quote societarie della S., già scadute al dicembre 2003.

Dai documenti non risulta se la sentenza confermativa del D.I. è passata in giudicato o no, ma la circostanza è priva di rilevanza, atteso quanto si è detto in precedenza sul fatto che anche i crediti litigiosi hanno diritto alla tutela ex art. 2901 c.c..

L'esistenza di un rilevante credito accertato giudizialmente rende superfluo l'accertamento dell'esistenza dell'ulteriore credito per le fideiussioni; una volta accertato che comunque un credito non bagatellare esiste, non spetta a questo giudice pronunciarsi sull'esistenza o meno di altri crediti, essendo sufficiente, per l'accoglimento della domanda di revocatoria ordinaria, che risulti l'esistenza anche di un solo rilevante credito.

La domanda dell'intervenuta S. G. deve quindi essere accolta, con ogni conseguenza di legge in punto spese di giudizio.

La domanda dell'intervenuta spa Banca Alpi Marittime

L'esistenza del credito di questa intervenuta risulta da un decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Mondovì; come già si è detto in precedenza, il fatto che la convenuta abbia proposto opposizione avverso detto D.I. è privo di rilevanza al fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria.

Quanto alla preesistenza del credito rispetto alla costituzione del trust "O.", è la stessa G., nel proprio atto di opposizione a D.I. (pag. 4 segg.), a denunciare l'indebitamento verso la Banca intervenuta: "Come ben noto alla Banca, il debito della S. di G. e C. srl verso la stessa è costantemente aumentato nel tempo, e le condizioni della stessa società, soprattutto dopo il 2000, sono lentamente andate deteriorandosi ed è aumentata l'esposizione verso gli istituti di credito".

La domanda dell'intervenuta deve quindi essere accolta, con ogni conseguenza di legge in punto spese di giudizio.

La domanda dell'intervenuta spa Italfondiaro

L'esistenza del credito della spa Italfondiaro risulta da decreti ingiuntivi, di cui quello di maggior importo è stato confermato da una sentenza del Tribunale di Torino, che

non risulta esser stata impugnata. Quanto alla preesistenza del credito all'atto di disposizione del patrimonio immobiliare della G., valgono le considerazioni di cui al precedente paragrafo, e le risultanze della sentenza citata (Trib. Torino 13.6.2006 n. ...), dalla quale si evince che l'indebitamento della S. - e quindi del suo fideiussore - verso l'istituto di credito era assai ingente fin dal 1999, ed era ulteriormente cresciuto nel tempo.

La domanda dell'intervenuta deve quindi essere accolta, con ogni conseguenza di legge in punto spese di giudizio.

La domanda dell'intervenuto G. V.

L'intervenuto si è reso cessionario in corso di causa di un credito della spa Banca San Paolo IMI, la quale, senza opposizione delle altre parti, è stata estromessa dal giudizio. Il credito risulta da un decreto ingiuntivo del Tribunale di Torino; dall'atto stesso risulta inoltre che il debitore principale, ossia la S. srl, era già debitrice prima della devoluzione dei beni del fideiussore al Trust O.

La domanda dell'intervenuta deve quindi essere accolta, con ogni conseguenza di legge in punto spese di giudizio.

Spese di giudizio

Nei confronti degli attori, tutti i convenuti devono essere condannati in solido al pagamento delle spese di giudizio; non solo quindi i disponenti dei beni immobili, ma anche i trustees e i beneficiari, che hanno partecipato attivamente al disegno volto a recare pregiudizio ai creditori.

Nei confronti degli intervenuti, invece, dovranno essere condannate alle spese unicamente disponente, trustees e beneficiario del trust "O.", perché solo nei loro confronti hanno agito gli intervenienti.

P.Q.M.

Il Tribunale di Torino, sezione staccata di Moncalieri, in persona del giudice unico dr. Emanuela Germano Cortese, definitivamente pronunciando nel contraddittorio delle parti.

- dichiara inefficace nei confronti di D. G., E. V., D. V., S. G., G. V., Banca Alpi Marittime - Credito Cooperativo Carrù, Italfondiaro spa, la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili», registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Con-

servatoria dei Registri Immobiliari di Torino II e presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Vigevano, avente ad oggetto la devoluzione da parte della disponente V. G. all'«O. Trust» e, per esso, al trustee D. B.:

A) della piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

B) della quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

C) della quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

– dichiara inefficace nei confronti di D. G., E. V., e D. V. la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili», registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Torino II, avente ad oggetto la devoluzione da parte del disponente D. B. all'«H. Trust» e, per esso, al trustee D. F. della piena proprietà sui seguenti immobili: *(omissis)*

– dichiara inefficace nei confronti di D. G., E. V. e D. V. la scrittura privata 20.12.2003, autenticata nelle sottoscrizioni dal Notaio dott. Giorgio Ciampolini di Grosseto (repertorio n. ... - raccolta n. ...), recante «Atto istitutivo di Trust e devoluzione allo stesso di beni immobili», registrato il 23.12.2003, trascritto in data 24.12.2003 presso la Conservatoria dei Registri immobiliari di Torino II e presso la Conservatoria dei Registri Immobiliari di Vigevano, avente ad oggetto la devoluzione da parte del disponente E. B. al «W. Trust» e per esso, al trustee B. B.:

A) della piena proprietà sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

B) della quota di proprietà pari ad 1/2 (un mezzo) sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

C) della quota di proprietà pari ad 1/4 (un quarto) sui seguenti immobili ubicati in: *(omissis)*

– dichiara tenuti e condanna V. G., M. B., E. B., B. B., D. F., L. B., B. B., M. B., in solido tra loro, a rifondere a D. G., E. V., D. V., pure in solido tra loro, le spese di giudizio, che liquida in €2.238,22 per esposti, €14.209,83 per diritti, €33.750 per onorari (ivi compreso il rimborso per spese generali imponibili), oltre IVA e CPA sull'imponibile.

– dichiara tenuti e condanna V. G., M. B. e D. B., in solido tra loro, a rifondere agli intervenuti le spese di causa, che liquida nella seguente misura:

– a favore di S. G. €105 per anticipazioni non imponibili, €5.000 per diritti di procuratore, €10.000 per onorari di avvocato, €1.875 per spese generali imponibili, oltre IVA e CPA sull'imponibile;

– a favore di G. V. €4.000 per diritti di procuratore, €10.000 per onorari di avvocato, €1.750 per spese generali imponibili, oltre IVA e CPA;

– a favore di Banca Alpi Marittime – Credito Cooperativo di Carrù €58,25 per anticipazioni non imponibili, €5.000 per diritti di procuratore, €10.000 per onorari di avvocato, €1.875 per spese generali imponibili, oltre CPA sull'imponibile;

– a favore di Italfondario spa, in mancanza di nota spese, €12.000 per diritti di procuratore e onorari di avvocato, €1.500 per spese generali imponibile, CPA sull'imponibile.

Italia – Tribunale di Torino

Revoca dell'atto di conferimento di beni in trust e espropriazione presso il terzo proprietario

Trust – azione revocatoria – inefficacia dell'atto di conferimento di beni in trust – cessazione dell'effetto segregativo – creditore del disponente – trustee – espropriazione presso il terzo proprietario

Il creditore che abbia esperito vittoriosamente l'azione revocatoria dell'atto di conferimento di beni in trust da parte del proprio debitore, e nei cui confronti detto atto sia stato dichiarato inefficace dal giudice, può legittimamente sottoporre a pignoramento i beni che siano nella titolarità del trustee facendo ricorso alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario, atteso il venir meno del vincolo segregativo nascente dall'atto istitutivo del trust.

■ **Tribunale di Torino, Sezione Esecuzioni Immobiliari, S. Semini, 5 maggio 2009 [X. c. V. G.]**

VERBALE DI UDIENZA

nel procedimento n. ... R.G.E.

All'udienza del 15.4.2009 alle ore 9.30 avanti il G.E. dott.ssa Semini sono presenti l'opponente personalmente assistito dall'avv. Bottero e ai fini della pratica il dott. Luca Valente, per il creditore procedente l'avv. Giorda sost. proc. avv. Balbo di Vinadio, la quale deposita copia procura generale Rogito Notaio Soriani 26.5.2008, copia titoli esecutivi e precetto, deposita e scambia comparsa di risposta.

È presente il magistrato in tirocinio il dott. Alfredo Toppino.

L'avv. Giorda illustra il contenuto della propria comparsa, che richiama integralmente; si oppone alla sospensione dell'esecuzione non ricorrendo i gravi motivi richiesti dalla norma.

L'avv. Bottero richiama i motivi tutti dedotti in ricorso, contestando quanto dedotto da controparte, non rilevando la pronuncia del Tribunale di Moncalieri ai fini della individuazione in capo al trustee del diritto di proprietà; insiste nella sospensione dell'esecuzione.

Il G.E.

si riserva.

IL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

a scioglimento della riserva;
esaminati atti e documenti di causa;
rilevato:

– che con sentenza n. ..., il Tribunale di Torino – Sezione distaccata di Moncalieri – ha dichiarato l'inefficacia nei confronti del creditore procedente dell'atto per notaio Ciampolini in data 20.12.2003 (Rep. N. ...), con cui la debitrice, V. G., aveva costituito il trust denominato "O. Trust", nominando trustee l'odierno opponente, D. B., il quale aveva accettato la proprietà dei beni immobili indicati nell'atto oggetto di pignoramento (cfr. doc. 4 di parte opponente);

– che come si legge nella motivazione di detta sentenza la debitrice, costituendo il trust in questione, aveva concesso in gestione al trustee tutti i beni immobili ivi indicati nonché, come si legge nel medesimo atto, la proprietà degli stessi costituendo di fatto un patrimonio separato, sottratto all'aggressione dei creditori della disponente;

osservato:

– che molto si è discusso, nella giurisprudenza di meri-

.....
Pubblichiamo il testo del verbale e dell'ordinanza dal loro originale. In punto di revoca dell'atto di conferimento di beni in trust si v. Trib. Torino, 15 giugno 2009, *supra*, 83.

to, in ordine alla figura del trustee ed in particolare alla sua natura di titolare di beni conferiti nel trust, quale patrimonio separato da quello del trustee stesso e da quello del disponente;

– che a tal riguardo si è affermato che il trustee è legittimato, nella sua qualità di possessore o di detentore qualificato, ad esercitare l'azione possessoria per il recupero di certificati azionari (cfr. Pretura Roma ordinanza 13.4.1999) ed ancora che il bene conferito in trust non fa più parte del patrimonio del disponente ed entra nel patrimonio del trustee, da cui resta separato (cfr. sentenza Tribunale Brescia 12 ottobre 2004);

– che l'aspetto essenziale del trust viene colto proprio nel fatto che il trustee non è né possessore né detentore dei beni in trust, ma ne è titolare, anche se tali beni costituiscono un patrimonio separato rispetto al suo patrimonio personale (ciò in forza della previsione dell'art. 2 Convenzione dell'Aja 1 luglio 1985);

– che l'effetto segregativo connesso alla costituzione dei beni in trust comporta che tali beni non possano essere aggrediti né dai creditori del disponente né dai creditori del trustee;

– che nondimeno tale effetto segregativo sussiste se e fino a quando sia efficace il vincolo del trust o fino a quando tale vincolo non venga caducato per effetto di annullamento o di revocazione del relativo negozio costitutivo (cfr. Trib. Siena ord. 16.1.2007);

ritenuto:

– che nel caso in esame il vittorioso esperimento da parte del creditore procedente dell'azione revocatoria nei confronti della originaria debitrice ha comportato il venir meno del vincolo nascente dall'atto costitutivo di trust, con la conseguenza che i relativi beni possono essere aggrediti dai creditori del disponente;

– che pertanto, in conseguenza dell'inefficacia nei suoi confronti dell'atto costitutivo di trust, legittimamente il creditore procedente ha sottoposto a pignoramento i beni di proprietà dell'odierno opponente, vertendosi nella specie in un'ipotesi di beni la cui alienazione da parte del debitore è stata revocata per frode, ipotesi in relazione alla quale l'art. 602 c.p.c. prevede espressamente il ricorso alle forme dell'espropriazione presso il terzo proprietario;

– che infine la mancata disponibilità dei beni immobili pignorati da parte dell'odierno opponente – terzo proprietario, per essere stati gli stessi affidati in giudiziale custodia nell'ambito del procedimento penale attualmente pendente, non incide sulla legittimità della promossa esecuzione, in quanto ciò che a tal fine rileva è che il B. fosse, alla data della notificazione dell'atto di pignoramento immobiliare, proprietario dei beni pignorati (circostanza

non contestata dall'opponente e comunque desumibile dalla trascrizione a suo favore del predetto atto rogito notaio Ciampolini);

– che pertanto, alla luce delle precedenti considerazioni, non sussistono i gravi motivi richiesti dall'art. 624 c.p.c. ai fini della invocata sospensione dell'esecuzione;

P.Q.M.

Visti gli art. 615, 616 e 624 c.p.c.;

– non sospende l'esecuzione;

– fissa termine perentorio di giorni 60 per l'introduzione del giudizio di merito, previa iscrizione a ruolo a cura della parte interessata, osservati i termini a comparire, ridotti della metà.

Italia – Corte di Cassazione

Intestazione fiduciaria, atti illeciti del fiduciario, responsabilità del fiduciante

Conto corrente – intestazione fiduciaria – fiduciario – atti illeciti – violazione del “pactum fiduciae” – controllo del fiduciante sul rispetto del “pactum fiduciae” da parte del fiduciario – mancanza – danni a terzi – art. 2043 cod. civ. – fiduciante – responsabilità

Qualora un soggetto acconsenta, su richiesta di un altro, ad intestarsi un conto corrente in via fiduciaria, cioè con l'intesa che le somme che su di esso transitino sono di pertinenza dell'altro soggetto, che costui avrà in concreto la gestione del conto e che essa sarà, però, utilizzata per lo svolgimento di un'attività lecita di detto soggetto, il fiduciante è tenuto - per il fatto stesso di apparire verso i terzi come intestatario del conto ed a maggior ragione per il fatto di non averne la concreta gestione - ad esercitare la necessaria vigilanza sul rispetto, da parte del fiduciario, degli accordi presi e delle concrete finalità per le quali il conto corrente è gestito. Ne consegue che, qualora il fiduciante ometta di esercitare tale vigilanza, disinteressandosi completamente della gestione del conto (astenersi, come nella specie, dal controllare gli estratti conto e rimettendoli senza leggerli al fiduciario, firmando assegni in bianco riempiti da questi e non preoccupandosi neppure di conoscere quale fosse l'importo accreditato), e il fiduciario utilizzi il conto corrente per realizzare un illecito in danno di terzi, il fiduciante può rispondere sul piano causale a titolo di imprudenza e negligenza, ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., del danno cagionato ai terzi per effetto dell'illecito.

■ **Corte di Cassazione, Sez. III, S. Senese, Pres., R. Frasca, Rel., G. B. Petti, A. Talevi, R. Lanzillo, Conss., 3 aprile 2009, n. 8127 [P.P., M.A., F.M.L. c. Comau S.p.a.]**

TESTO DELLA SENTENZA

Svolgimento del processo

1. La Comau s.p.a. nell'agosto del 1992 chiedeva ed otteneva dal Presidente del Tribunale di Torino un sequestro conservativo a carico di P.P., M.A. e F.M. L. fino a concorrenza di L. 2.500.000.000 ed a carico di Pe.Pa., Pe.En. ed G.E. fino a concorrenza di L. 350.000.000, in garanzia di un credito di risarcimento danni da responsabilità civile, nascente da una vicenda che, a seguito di denuncia penale presentata dal suo amministratore, era sfociata in un procedimento penale, che aveva individuato come responsabili dell'illecito penale la M., nella qualità di dipendente della stessa Comau, quale addetta all'ufficio acquisti, ed il marito P.P. Nei loro confronti era stata pronunciata sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., in relazione al reato di truffa e di calunnia.

I fatti oggetto del procedimento erano consistiti nella predisposizione all'interno dell'organizzazione di essa ricorrente di pratiche per l'acquisto di prestazioni con conseguenti ordini a favore della Gorper s.n.c. dapprima e, quindi, a favore della ditta Gualdi Impianti di (omissis), seguiti da pagamenti conseguenti alla correlata formazione di documenti contabili falsi inseriti nel sistema elettronico di elaborazione della ricorrente, in relazione ai quali le prestazioni, però, non venivano effettivamente rese. Tali pagamenti, per quanto afferiva alla Gorper, erano stati eseguiti per L. 336.294.000 su un conto bancario aperto dai titolari della Gorper, G.E. ed Pe.En., che erano stati accompagnati dal Pe.Pa., mentre, per quel che riguardava la Gualdi i pagamenti, eseguiti per L. 1.794.218.930, erano

.....
Pubblichiamo la sentenza dalla banca dati “La legge plus”, IPSOA.
La sentenza sarà commentata da Maurizio Lupoi sul prossimo numero della Rivista.

stati accreditati su altro conto bancario e le relative somme erano state poi girate, usando ordini di bonifico firmati in bianco dal titolare della ditta Gualdi, su un conto corrente della F., madre della M..

A seguito della concessione del sequestro (che veniva eseguito), la Comau instaurava un primo giudizio di merito contro la M., i P., la F. ed il G., chiedendo la condanna, previa convalida del sequestro, al risarcimento del danno per due miliardi di L. a carico di P.P., della M. e della F., e per L. 336.294.000 a carico del G. e di Pe.Pa..

Altro giudizio veniva introdotto nei confronti del Pe..

Riunite le due cause, in cui i convenuti si erano costituiti, all'esito dell'espletamento di prove testimoniali e dell'acquisizione degli atti del procedimento penale, il Tribunale di Torino, con sentenza del 29 gennaio 2001, condannava solidalmente la M., la F. ed il P.P. al pagamento alla Comau di L. 2.135.780, oltre gli interessi che liquidava in L. 1.436.994.969. Condannava, altresì, solidalmente i due P., la M. ed il Pe. al pagamento di L. 417.499.347, oltre interessi legali pari a L. 291.836.423. Convalidava, inoltre, il sequestro.

La sentenza veniva appellata da P.P., M. A. e F.M.L..

Nella costituzione della Comau e nella contumacia di Pe. P., del Pe. e del G., la Corte d'Appello di Torino, con sentenza dell'11 novembre 2003, confermava la sentenza di prime cure rigettando l'appello.

2. Contro questa sentenza P.P., la M. e la F. hanno proposto ricorso per cassazione affidato a quattro motivi per il P. e la M. ed a cinque motivi per la F.

La Comau ha resistito con controricorso ed ha anche depositato memoria.

Motivi della decisione

1. Il ricorso è strutturato con la separata articolazione dei motivi prospettati quanto alle posizioni del P. e della M. e di quelli da valere per la posizione della F.

2. Con il primo motivo di ricorso il P. e la M. deducono "violazione del principio del contraddittorio, art. 101 c.p.c., per avvenuto utilizzo del fascicolo delle indagini preliminari". Ci si duole, assumendo di averla sempre contestata, della utilizzazione del fascicolo delle indagini preliminari, sotto il profilo che esso conteneva risultanze alla cui formazione essi non avevano potuto partecipare, avendone acquisito conoscenza soltanto nel momento del deposito del fascicolo. D'altro canto - osservano i ricorrenti - le prove in sede penale si formano solo in dibattimento.

Con un primo argomento si sostiene che la Corte territoriale avrebbe giustificato l'ingresso del detto fascicolo sulla base dell'autonomia del potere del giudice civile di

accertare i fatti rilevanti in sede penale per il venir meno del principio dell'unità della giurisdizione, ma in concreto non avrebbe proceduto al relativo autonomo accertamento.

Con un secondo argomento si fa leva su Cass. n. 6502 del 2001, di cui si propone una lettura nel senso che avrebbe inteso consentire l'utilizzazione del materiale delle indagini di P.G. solo nel caso in cui il dibattimento non segua per amnistia.

Con il secondo motivo si deduce "violazione dell'art. 116 c.p.c., in relazione all'utilizzo solo parziale delle dichiarazioni ritenute confessorie".

Vi si lamenta che la Corte territoriale avrebbe fondato il suo giudizio per le posizioni dei due ricorrenti quasi esclusivamente sulle dichiarazioni da esse rese durante le indagini preliminari, interpretandole come confessorie, ma le avrebbe utilizzate soltanto in parte, omettendo di considerare che era stato da loro dichiarato che il comportamento loro ascritto era stato tenuto su indicazioni di una persona qualificatasi come l'Ing. Ma.Ca., che era all'epoca amministratore della società.

Il terzo motivo deduce "violazione dell'art. 132 c.p.c., n. 4 in relazione all'omessa valutazione di prove assunte in sede civile e dell'omessa motivazione in punto" e sostiene che la sentenza impugnata avrebbe tralasciato di considerare le risultanze dell'audizione in sede civile di numerosi testi, quasi tutti dipendenti o ex dipendenti della Comau.

Il quarto motivo deduce "violazione dell'art. 2710 c.c. in relazione all'efficacia probatoria di documenti di parte al di fuori dell'ipotesi prevista dalla legge" e lamenta che si sia dato rilievo, ai fini della dimostrazione del danno, alla documentazione proveniente dalla contabilità della Comau, mentre i ricorrenti non erano imprenditori e la causa non aveva ad oggetto rapporti di impresa. Inoltre vi era stata contestazione della corrispondenza fra le scritture ed i documenti prodotti in copia fotostatica e quelli tenuti nella contabilità ufficiale della Comau, ma la Corte torinese nulla avrebbe motivato sul punto.

2.1. Tutti e quattro i motivi dedotti dal P. e dalla M. non sono meritevoli di accoglimento.

2.2. In ordine al primo motivo, va premesso che la giurisprudenza di questa Corte in punto di utilizzazione delle emergenze delle indagini di polizia giudiziaria è attestata sui seguenti principi.

In particolare, si è statuito che:

a) "Il giudice civile, in mancanza di alcun divieto, può liberamente utilizzare le prove raccolte in un diverso giudizio tra le stesse o tra altre parti, e può anche avvalersi delle risultanze derivanti dagli atti delle indagini preliminari svolte in sede penale, le quali possono anche essere

sufficienti a formare il convincimento del giudice, la cui motivazione non è sindacabile in sede di legittimità quando la valutazione compiuta sia stata estesa anche a tutte le successive risultanze probatorie e non si sia limitata ad un apprezzamento della sola prova formatasi nel procedimento penale” (Cass. n. 20335 del 2004; in senso conforme: Cass. n. 11775 del 2006);

b) “Nell’accertamento della sussistenza di determinati fatti e della loro idoneità a costituire giusta causa di licenziamento, il giudice del lavoro può fondare il suo convincimento sulle dichiarazioni testimoniali assunte nel corso delle indagini preliminari, anche se sia mancato il vaglio critico del dibattimento ove il procedimento penale sia stato definito ai sensi dell’art. 444 cod. proc. pen., potendo la parte, del resto, contestare, nell’ambito del giudizio civile, i fatti così acquisiti in sede penale. (Nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S.C., ha affermato la legittimità del licenziamento di un dipendente di un istituto bancario ritenendo che le dichiarazioni rese dalle vittime del reato e la sentenza di patteggiamento - per il reato di usura -, unitamente al comportamento della parte, che non aveva contestato i fatti riferiti dai testimoni, portassero a ritenere sussistenti l’avvenuto compimento da parte del medesimo di gravi irregolarità e violazioni delle norme interne, in contrasto con i doveri fondamentali della deontologia del dipendente bancario e tali da ledere gravemente il rapporto di fiducia della banca con il suo funzionario)”. (Cass. n. 132 del 2008);

c) “Il giudice di merito, in mancanza di qualsiasi divieto di legge, oltre che utilizzare prove raccolte in diverso giudizio fra le stesse o altre parti, può anche avvalersi delle risultanze derivanti da atti di indagini preliminari svolte in sede penale, le quali debbono, tuttavia, considerarsi quali semplici indizi idonei a fornire utili e concorrenti elementi di giudizio, la cui concreta efficacia sintomatica dei singoli fatti noti deve essere valutata - in conformità con la regola dettata in tema di prova per presunzioni - non solo analiticamente, ma anche nella loro convergenza globale, accertandone la pregnanza conclusiva in base ad un apprezzamento che, se sorretto da adeguata e corretta motivazione sotto il profilo logico e giuridico, non è sindacabile in sede di legittimità. Ne consegue, da un canto, che anche una consulenza tecnica disposta dal P.M. in un procedimento penale, se ritualmente prodotta dalla parte interessata, può essere liberamente valutata come elemento indiziario idoneo alla dimostrazione di un fatto determinato (ancorché la relativa valutazione debba pur sempre tener conto della circostanza che l’atto si è formato senza il contraddittorio tra le parti e che esso non risulta sottoposto al vaglio del giudice del dibattimento), dall’al-

tro che, trasposta la vicenda processuale in grado di appello, il giudice del gravame ha l’obbligo di estendere il proprio giudizio a tutte le eventuali, successive risultanze probatorie, e non limitarsi ad una rivalutazione della sola consulenza eventualmente posta a fondamento della decisione di primo grado” (Cass. n. 16069 del 2001; conforme: Cass. n. 11013 del 2004);

d) “Non costituiscono validi elementi di prova nel giudizio civile gli accertamenti penali consistenti in atti acquisiti o formati in sede di indagini preliminari e non ancora sottoposti al vaglio del giudice dibattimentale (accertamenti, comunque, inopponibili, in sede civile, agli eventuali responsabili civili, estranei a quella fase processuale)” (Cass. n. 5703 del 1999: il principio, peraltro, indipendentemente da ogni valutazione sulla coerenza con gli altri richiamati, non è conferente nella specie, posto che alle indagini è seguita la pronuncia di sentenza ai sensi dell’art. 444 c.p.p.).

Il motivo, una volta esaminato alla luce dei precedenti riportati, è infondato perché: aa) nella specie gli elementi probatori che i giudici di merito hanno valutato non sono elementi probatori provenienti da terzi, ma sono le dichiarazioni rese dagli stessi ricorrenti, onde non si comprende come possa essere evocato il difetto contraddittorio, cioè che detti elementi si sarebbero formati senza il contraddittorio dei ricorrenti: è evidente che, trattandosi delle loro stessi: al significato di quelle dichiarazioni (la cui provenienza dei ricorrenti è fuori disamina) e, in quanto contraddittorio, è stato reso possibile dal fatto che esse sono state ritualmente acquisite nel processo civile; bb) quanto al secondo argomento con cui è articolato, si deve rilevare che Cass. n. 6502 del 2001 è letta palesemente in modo erroneo, là dove si vorrebbe limitare il principio da essa statuito esclusivamente all’estinzione del procedimento per amnistia; cc) è articolato con considerazioni che sono del tutto inidonee ad assumere in astratto il carattere di decisività per infirmare la motivazione della sentenza impugnata, per il fatto che trascura il suo effettivo tessuto argomentativo: essa, infatti, ha dato rilievo: cc1) per un verso a risultanze di indagini di polizia giudiziaria, all’esito delle quali il relativo procedimento penale è poi sfociato in una sentenza di cd. patteggiamento contro i due citati ricorrenti, sicché le ha considerate particolarmente preganti proprio in ragione dell’approdo del procedimento penale a quell’esito (al riguardo, va ricordato che la giurisprudenza della corte esprime il principio, secondo cui “La sentenza penale di applicazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen. costituisce un importante elemento di prova per il giudice di merito il quale, ove intenda disconoscere tale efficacia probatoria, ha il dovere di spiegare le ragioni per

cui l'imputato avrebbe ammesso una sua insussistente responsabilità, ed il giudice penale abbia prestato fede a tale ammissione. Pertanto la sentenza di applicazione di pena patteggiata, pur non potendosi configurare come sentenza di condanna, presupponendo pur sempre una ammissione di colpevolezza, esonera la controparte dall'onere della prova": così Cass. sez. un. n. 17289 del 2006); cc2) e, per altro verso anche a testimonianze assunte in sede civile (si vedano le pp. 18-19 di essa).

2.3. Il secondo motivo, il terzo ed il quarto motivo sono inammissibili per l'assoluta carenza di autosufficienza della loro esposizione: in tutti e tre i motivi non si specificano le prove di cui si discorre e non se ne fa riproduzione, anche per riferimenti indiretti. E, comunque, nemmeno si indica la sede dove sarebbero rinvenibili, cioè l'udienza di assunzione o il luogo di produzione nelle fasi di merito e quello in cui sarebbero esaminabili in questa sede di legittimità: si veda, in proposito, Cass. n. 12239 del 2007, seguita da altre conformi.

È anche da rilevare che il secondo motivo, là dove fa riferimento alla mancata considerazione delle dichiarazioni rese dai ricorrenti quanto al Ma. è privo di pertinenza con la motivazione della Corte torinese, la quale rimarca che i ricorrenti patteggiarono la pena per il delitto di calunnia nei confronti del medesimo in relazione proprio a dette dichiarazioni (pagina venti della sentenza).

Il quarto motivo, peraltro, oltre ad essere assolutamente generico, non trova alcuna rispondenza nella motivazione della sentenza impugnata, che non ha propugnato in alcun modo l'operare dell'art. 2710 c.c. nei confronti dei ricorrenti.

2.4. Conclusivamente il ricorso è integralmente rigettato per quanto attiene alla posizione del P. e della M..

3. Le ragioni esposte a proposito dei motivi articolati dal P. e dalla M. (tranne quella inerente l'essere stata evocata la mancanza di contraddittorio in sede di indagini di polizia giudiziaria) e, particolarmente quelle imperniate sui plurimi profili di violazione del principio di autosufficienza, comportano l'inammissibilità degli identici motivi di ricorso proposti (con i numeri 6, 7, 8 e 9) dalla F.

3.1. Merita, invece particolare considerazione il primo motivo proposto dalla F., con il quale la F. ha lamentato "violazione e falsa applicazione dell'art. 2043 c.c.". Vi si censura la motivazione della Corte d'Appello per avere riconosciuto la responsabilità nella causazione del danno della F. ai sensi dell'art. 2043 c.c., in ragione di un comportamento imprudente e negligente, consistito nell'aver acconsentito ad una richiesta del genero, P.P., di aprire un conto corrente bancario a proprio nome, sul quale aveva sempre ed esclusivamente operato il medesimo ed erano

transitate somme provenienti da un conto della ditta Gualdi, delle quali la Comau aveva sostenuto di essere stata truffata. In tal modo la Corte territoriale avrebbe escluso in capo alla F. una responsabilità dolosa ed avrebbe configurato una responsabilità per colpa sotto il profilo della mancata vigilanza sull'uso che veniva fatto del conto corrente a lei intestato. La critica alla motivazione della sentenza impugnata viene svolta assumendosi in primo luogo che "tale ragionamento viola la logica, ma anche la legge, poiché nell'ordinamento italiano esiste ed è disciplinato da normative specifiche la figura dell'intestazione fiduciaria, nella quale il fiduciante non risponde di eventuali illeciti, civili o penali, commessi dal fiduciario, salvo che ne fosse al corrente".

Difetterebbe, quindi, in ragione di tale "intestazione fiduciaria a favore del proprio genero" la colpa; e la condanna al risarcimento dei danni della F. sarebbe contraria alla legge, avendo la stessa acceso il conto corrente su richiesta del genero "che era un commerciante di automobili e che aveva giustificato tale richiesta per proprie necessità commerciali".

Va rilevato che agli effetti dello scrutinio del motivo non può assumere alcun rilievo l'allegazione svolta dalla Comau nella memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. in ordine al contenuto di una sentenza emessa in sede penale nei confronti della F.. Si tratta di allegazione che, al di là della mancanza di pertinenza rispetto al decisum della sentenza impugnata (che non ha ravvisato la responsabilità della F. per un reato), esorbita dai limiti della funzione delle memorie ai sensi di detta norma.

3.2. Il motivo prospetta due censure, nessuna delle quali è fondata.

La prima censura, relativa all'asserita contrarietà del riconoscimento della responsabilità della ricorrente all'istituto della cd. intestazione fiduciaria, è priva di pregio, per l'assorbente ragione che detta figura - a prescindere dalla correttezza dell'affermazione che, ricorrendo essa, il fiduciante risponderebbe di eventuali illeciti, civili o penali commessi dal fiduciante, soltanto se ne fosse al corrente (questione che non è necessario qui affrontare) - non ha alcuna attinenza, nei termini in cui la si prospetta, con il concreto svolgimento della vicenda, che non è consistita nell'aver la F. intestato un conto corrente al P. in via fiduciaria, cioè con l'intesa che le somme depositatevi o transitatevi fossero a lei riversate. Il conto corrente, infatti, era intestato a lei e non al P. e solo la sua concreta gestione risultava affidata al medesimo.

La sentenza impugnata, infatti, dà atto (e la cosa non è contraddetta dalla F.) che la stessa F. ebbe a dichiarare "di aver aperto il conto, solo per aderire ad una richiesta

del genero cioè del P. che, facendo il commerciante d'auto, maneggiava parecchio denaro”.

Onde, la figura del *pactum fiduciae* nei sensi indicati dalla F., cioè come se essa avesse assunto la posizione di cd. fiduciante, appare invocata del tutto a torto, 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 i 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 o l'utilità al fiduciante o a un terzo” (Cass. n. 4886 del 2003; n. 9402 del 2005).

In sostanza, contrariamente a quanto si enuncia nel motivo, il fiduciante era il P. e non la F., che, invece, in ragione dell'intestazione a sé del conto il rapporto efficace verso i terzi, era semmai fiduciaria.

Deve, dunque, ritenersi che, al contrario di quanto prospettato nel motivo, se un negozio fiduciario fosse intervenuto fra le parti, in esso la veste di fiduciaria sarebbe stata assunta dalla F., che verso i terzi figurava intestataria del conto corrente e che, in realtà, secondo l'accordo con il P. non doveva avere alcun dominio sulle somme transitate o affluite sul conto, che restavano di competenza del medesimo e solo verso i terzi, in ragione della titolarità del conto in capo alla F., apparivano di sua pertinenza.

Senonché, se pure fosse possibile invertire i termini della prospettazione del negozio fiduciario nel senso appena indicato, mettendo in disparte la prospettazione fatta valere con il motivo, e la censura con esso prospettata si scrutinasse sotto tale diverso profilo (ravvisando nell'inversione di posizioni operata dal motivo una sorta di *lapsus calami*), essa risulterebbe comunque priva di fondamento, là dove si vorrebbe che l'esistenza del rapporto fiduciario, nel senso di essere stata la F. intestataria fiduciaria del conto corrente, valga di per sé ad escludere ogni suo profilo di colpa nella causazione del danno subito dalla Comau attraverso l'utilizzazione del conto corrente.

L'allegazione con la quale ciò è stato sostenuto, cioè il rilievo - di cui dà atto la sentenza impugnata, riferendolo come oggetto di una dichiarazione della F. - che il conto sarebbe stato da lei aperto “solo per aderire ad una richiesta del genero che, facendo il commerciante d'auto, maneggiava parecchio denaro” e, quindi, ne aveva bisogno per la sua attività, e, dunque, l'aver acconsentito la F. per tale ragione all'intestazione fiduciaria del conto a suo nome (assumendo, per il crearsi verso i terzi di una situazione di titolarità del conto, appunto la posizione di fiduciaria, sia pure senza concreta gestione del conto, esprimendosi tale fiduciarità evidentemente nell'astenersi dal rivendicare le somme transitate sul conto), appare, infatti,

di per sé sola circostanza - afferente al motivo del negozio fiduciario - assolutamente inidonea ad escludere che la condotta della F. ricollegata alla detta intestazione non abbia dato un contributo causale alla verificazione del danno a carico della Comau, per il tramite dell'utilizzazione illecita come conto di transito delle somme di provenienza illecita.

Invero, proprio l'assunzione verso i terzi della posizione di titolare del conto, per effetto del *pactum fiduciae*, una volta correlata con l'esclusione di qualsiasi ingerenza nella sua gestione, non esentava la F. dal dover verificare durante lo svolgimento del rapporto fiduciario consistente nel mantenimento dell'intestazione del conto corrente gestito dal P., che la gestione del conto da parte di costui non fuoriuscisse dal motivo comune per cui si era dato corso all'accordo fiduciario, cioè, per come da lei stessa dichiarato, quello della strumentalità del conto corrente per le esigenze relative ai pagamenti correlati all'attività del P. di commerciante di automobili.

Il fiduciario, infatti, proprio perché si pone verso i terzi come soggetto che è titolare del rapporto di cui risulta intestatario, non può pretendere - quando via sia stato un accordo occulto con il fiduciante (come lo stesso *pactum fiduciae*), in forza del quale sia conservata a costui l'effettiva gestione dell'oggetto della intestazione - di astenersi dall'esercitare il necessario controllo sull'indirizzarsi di tale gestione nei limiti della liceità e dell'*alterum non laedere*. Sicché, se il fiduciante, attraverso l'attività di gestione del rapporto, che per i terzi è formalmente riferibile al fiduciario, commette un illecito esorbitando dai limiti in cui era stato costituito il *pactum fiduciae*, il fiduciario che si sia astenuto dal controllo di quell'attività deve dirsi che non solo dà un contributo causale al danno che derivi a terzi da detto illecito, ma lo dà con un comportamento che è negligente ed imprudente, posto che la veste formale assunta verso i terzi, in forza dell'accordo fiduciario, lo obbligava a controllare che la situazione creata verso i terzi stessi non potesse essere utilizzata in loro danno.

Ora, è la stessa F. - per come dà atto la sentenza impugnata e non è in discussione - ad avere dichiarato di essersi astenuta dal controllare gli estratti conto relativi al rapporto di conto corrente, rimettendoli senza leggerli al genero, e di avere firmato assegni in bianco che venivano riempiti dal medesimo, nonché di non essersi preoccupata neppure di conoscere quale fosse l'importo accreditato. Ebbene questo atteggiamento dimostra completo disinteresse verso l'attività di gestione del P. ed in particolare verso il suo indirizzarsi nei limiti di quanto convenuto.

Tale disinteresse integra un'evidente imprudenza e negligenza per come ritenuto dalla Corte territoriale.

Tanto evidenzia anche l'infondatezza della seconda censura, che, a prescindere dall'argomento in ordine alla fiduciarietà, ha contestato la ricorrenza nella specie della colpa ai fini della legge aquilia.

Il motivo è, dunque, rigettato, sulla base del seguente principio di diritto: "qualora un soggetto acconsenta, su richiesta di un altro, ad intestarsi un conto corrente in via fiduciaria, cioè con l'intesa che le somme che su di esso transitino sono di pertinenza dell'altro soggetto, che costui avrà in concreto la gestione del conto e che essa sarà, però, utilizzata per lo svolgimento di un'attività lecita di detto soggetto, l'intestatario del conto (fiduciario) è tenuto, per il fatto stesso di apparire verso i terzi come intestatario del conto ed a maggior ragione per il fatto di non averne la concreta gestione, ad esercitare la necessaria vigilanza sul rispetto da parte di quel soggetto della finalizzazione dell'utilizzo del conto corrente esclusivamente all'esercizio della detta attività, conforme agli accordi presi. Ne consegue che, qualora l'intestatario ometta di esercitare tale vigilanza, disinteressandosi completamente della gestione

del conto (astenedosi, come nella specie, dal controllare gli estratti conto e rimettendoli senza leggerli all'altro soggetto, firmando assegni in bianco che venivano riempiti dal medesimo e non preoccupandosi neppure di conoscere quale fosse l'importo accreditato), e l'altro soggetto utilizzi il conto corrente per realizzare un illecito in danno di terzi, l'intestatario del conto corrente può rispondere sul piano causale a titolo di imprudenza e negligenza, ai sensi dell'art. 2043 c.c., del danno cagionato ai terzi per effetto dell'illecito".

4. Conclusivamente entrambi i ricorsi sono rigettati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna i ricorrenti alla rifusione alla resistente delle spese del giudizio di cassazione, liquidate in euro quattromilacento, di cui cento per esborsi, oltre spese generali ed accessori come per legge.

Trust e diritto di superficie

di **Alessandro Allamprese Manes Rossi**

La detenzione da parte di trust non commerciali della sola proprietà del suolo separata dal diritto di superficie, in alternativa alla piena proprietà immobiliare, permette in alcuni casi semplificazioni di carattere organizzativo oltre ad importanti vantaggi di tipo economico e fiscale.

■ Premessa

Uno degli istituti poco utilizzati nella prassi commerciale, così come nella pratica dei trust, è il diritto di superficie.

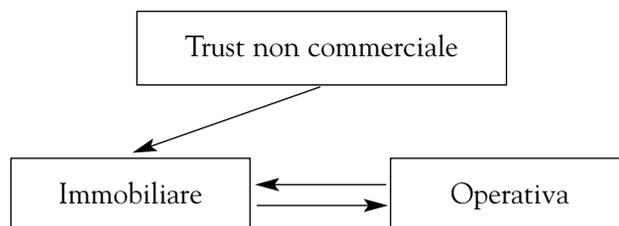
Scopo di questo articolo è illustrare come in alcuni casi il suo utilizzo permetta, da un lato, di contemperare al meglio le necessità operative di utilizzo degli immobili strumentali da parte dell'impresa e, dall'altro, di segregare il patrimonio immobiliare dell'imprenditore, tutelandolo e facilitandone altresì il passaggio generazionale.

In una società in cui si moltiplicano sempre più i rischi legati a incertezze di carattere economico e finanziario, l'imprenditore sente crescere forte l'esigenza di salvaguardare il proprio patrimonio. Assistenti spesso, all'interno dei gruppi societari, alla costituzione di società immobiliari o all'attuazione di processi di *spin off* che mirano a separare il patrimonio immobiliare del gruppo dall'attività aziendale, sottraendolo così al rischio d'impresa. Gli immobili posti all'interno di tali società contenitori vengono quasi sempre locati a società operative del gruppo di cui fanno parte.

Tuttavia, soprattutto nei piccoli gruppi, gli imprenditori titolari delle quote delle società immobiliari sono anche amministratori di quelle operative e quindi soggetti – seppur indirettamente – al rischio d'impresa. Basti pensare alle molteplici responsabilità di carattere amministrativo, civile e penale a cui possono andare incontro.

Per salvaguardare maggiormente questi immobili, prevedendo al tempo stesso la successione del patrimonio agli eredi, vengono conferite in trust non commerciali le quote o le azioni di società immobiliari

(anche indirettamente, conferendo quote o azioni della *holding*), tranciando così ogni legame tra la responsabilità legata all'amministrazione delle società operative e la proprietà del patrimonio. Si vengono così ad avere strutture nelle quali sono presenti tre soggetti: il trust non commerciale che detiene, direttamente o indirettamente, la proprietà della società immobiliare, che a sua volta loca gli immobili alle società operative.



Naturalmente in questo schema organizzativo non è possibile eliminare la società immobiliare, perché inserendo gli immobili direttamente nel trust non commerciale si andrebbe a perdere il beneficio fiscale dato dalla deduzione del costo per ammortamenti o canoni *leasing* dell'immobile strumentale. In più, l'utilizzo di un trust commerciale se, da un lato, permette di eliminare la società immobiliare intestando direttamente gli immobili al trust, dall'altro comporta sicuramente maggiori oneri gestionali e, come vedremo meglio in seguito, anche fiscali.

■ La deducibilità del costo dei fabbricati

In generale queste società immobiliari acquisiscono capannoni, uffici e fabbricati direttamente o attraverso un contratto di *leasing*.

In entrambe le ipotesi, dopo l'entrata in vigore del decreto legge Visco-Bersani 4 luglio 2006, n. 223 – convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248 – (di seguito, “decreto legge n. 223/2006”), è stata limitata la deducibilità del costo dei fabbricati strumentali. “Ai fini del calcolo delle quote di ammortamento de-

Alessandro Allamprese Manes Rossi – Dottore commercialista in Padova

ducibili il costo complessivo dei fabbricati strumentali è assunto al netto del costo delle aree occupate dalla costruzione e di quelle che ne costituiscono pertinenza. Il costo da attribuire alle predette aree, ove non autonomamente acquistate in precedenza, è quantificato in misura pari al maggior valore tra quello esposto in bilancio nell'anno di acquisto e quello corrispondente al 20 per cento e, per i fabbricati industriali, al 30 per cento del costo complessivo stesso(1).

In sostanza si è resa indeducibile quella parte di costo del fabbricato (sia esso insito nella quota d'ammortamento o nel canone di *leasing*) riferibile al terreno, che in quanto tale non subisce perdite di valore.

Senonché, l'Amministrazione finanziaria con due risoluzioni – la n. 157 del 5 luglio 2007 e la n. 192 del 27 luglio 2007 – ha correttamente affermato il principio che la disposizione in esame non trova applicazione con riferimento all'eventuale diritto di superficie a tempo determinato costituito a favore del superficiario. In questo caso la quota di ammortamento o l'eventuale quota capitale del canone di *leasing* riferito al diritto di superficie risultano integralmente deducibili, in quanto non comprensive del valore del terreno.

■ Il diritto di superficie

Il diritto di superficie nel nostro ordinamento si configura come una deroga al generale principio di accessione di derivazione romanistica, che importa l'acquisto per attrazione verticale ai suoli di tutto ciò che sopra o sotto di essi viene costruito(2).

Esso ha trovato pieno riconoscimento nel nostro sistema giuridico con il codice civile del 1942.

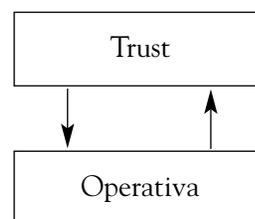
L'art. 952 dello stesso, infatti, prevede due fattispecie. La prima, prevista al primo comma, si sostanzia nel diritto di costruire e mantenere la proprietà di una costruzione separata rispetto alla proprietà del suolo, detto *ius aedificandi*. La seconda, prevista al comma successivo, riguarda l'alienazione di una costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo, cosiddetta proprietà superficaria.

In entrambi i casi viene scissa la proprietà di una costruzione dalla proprietà del suolo su cui insiste.

■ Diritto di superficie e trust. Vantaggi operativi

Partendo da questi presupposti possiamo costruire uno schema nel quale il trust non commerciale detenga la proprietà del suolo mentre la società opera-

tiva abbia, direttamente o attraverso un contratto di *leasing*, il diritto di superficie a tempo determinato relativamente al fabbricato costruito o da costruire. Naturalmente, per operare secondo questo schema, il fabbricato oggetto del diritto di superficie deve essere di tipo "cielo terra".



Con una simile struttura sono subito evidenti i vantaggi di carattere operativo.

In costanza del diritto di superficie si semplifica la struttura organizzativa del gruppo con l'eliminazione della società immobiliare, la quale non ha più ragione di esistere.

Successivamente, con l'estinzione del diritto di superficie e la riunione dello stesso alla proprietà del suolo, il trust non commerciale viene a detenere la piena proprietà di una serie di immobili che possono essere gestiti autonomamente, senza tutte le complicanze che, invece, ha la società immobiliare detenuta dal trust nel momento in cui è necessario assegnare vari immobili a una pluralità di beneficiari.

Durante la vigenza del diritto di superficie e con l'eliminazione della società immobiliare, non ha, inoltre, ragione d'esistere alcun contratto di locazione immobiliare, che, oltre a scontare l'imposta di registro, comporta un appesantimento contabile e fiscale.

I vantaggi per il trust sono evidenti sia nel caso in cui il trustee decida di acquistare, con un ridotto investimento, la proprietà del suolo, sia nel caso più semplice in cui sia il disponente a dotare il trust della proprietà del suolo con un atto di destinazione. In entrambi i casi, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il trust detiene in proprietà l'intera area (fabbricato e suolo) e quindi un bene di valore estremamente più elevato rispetto all'investimento iniziale.

Note:

(1) Art. 36, VII comma decreto legge n. 223/2006.

(2) R. Peratoner, P. Cendon (cur.), Commentario al codice civile, Milano, 2008.

Vale la pena sottolineare che l'eliminazione della società immobiliare dal gruppo sgrava il trustee da tutti gli obblighi di informazione e controllo nei confronti dei beneficiari, derivanti dalla gestione delle quote della società immobiliare, seppur con la possibilità di attenuazione attraverso apposite clausole da inserire nell'atto istitutivo(3). Al contrario, nello schema proposto il trust detiene per tutta la durata del diritto di superficie esclusivamente la proprietà del suolo, con conseguenti alleggerimenti in termini di responsabilità e adempimenti(4) per il trustee.

Non da ultimo, si evidenzia che il diritto di superficie, come altri diritti reali o gravami sulla proprietà, svuotano di contenuto e valore il diritto di piena proprietà del bene. Tali diritti possono essere quindi utilizzati nell'ambito del trust come deterrente, nei confronti dei beneficiari individuati, a pretendere anticipatamente la piena proprietà dell'immobile – cosiddetta regola *Saunders v Vautier*(5). È evidente, infatti, che fintantoché il disponente riservi a se stesso o ad altri, per un determinato periodo di tempo, alcuni diritti reali (ad esempio, usufrutto, uso, superficie), il beneficiario non avrà alcun interesse a richiedere l'anticipazione del termine per ottenere solamente la proprietà del suolo.

■ I vantaggi fiscali

La società operativa, con l'acquisizione diretta o tramite *leasing* del diritto di superficie, utilizza il fabbricato e se ne deduce "integralmente" i costi.

L'integrale deducibilità del costo del fabbricato, secondo il pensiero dell'Agenzia delle Entrate – seppur non totalmente condiviso(6) – si realizza esclusivamente nel caso in cui il diritto di superficie sia a tempo determinato.

Diversamente l'Amministrazione finanziaria ritiene che l'acquisto del diritto di superficie a tempo indeterminato sia sostanzialmente assimilabile all'acquisto in proprietà del terreno e quindi trovi applicazione la disciplina recata dall'articolo 36, VII comma e seguenti, del decreto legge n. 223/2006.

È utile a questo riguardo evidenziare che l'Amministrazione finanziaria ha considerato a tempo determinato anche un diritto di superficie contratto per la durata di 99 anni(7).

È evidente che i maggiori vantaggi di siffatta operazione, in termini di deducibilità del costo, saranno ritraibili quando il diritto di superficie avrà ad oggetto lo *ius aedificandi*. In questo caso il trust detiene o acquista la proprietà del suolo prima che su di esso

venga eretta la costruzione e, quindi, il costo del trust per l'acquisto della proprietà del suolo sarà limitato, mentre verrà massimizzato l'importo deducibile per l'impresa che detiene il diritto di superficie. Infatti, l'importo deducibile sarà dato dal valore del diritto di superficie più tutto il costo di costruzione del fabbricato. Viceversa, nel caso in cui il diritto di superficie abbia come oggetto la proprietà superficaria, lo scorporo del diritto di superficie avviene quando l'immobile è già stato costruito e, quindi, nel valore da attribuire alla proprietà del suolo si dovrà tener conto anche del valore del fabbricato.

Nel caso in cui il diritto di superficie sia costituito a tempo determinato, allo scadere del termine il diritto si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione. La conseguenza è che, se un trust non commerciale, proprietario del suolo, al termine del diritto di superficie acquista la piena proprietà del fabbricato, questo fuoriesce dalla disciplina riguardante i redditi d'impresa e viene attratto da quella relativa al capo II del testo unico delle imposte sui redditi riguardante i redditi fondiari. Di qui la conseguenza che, una volta estinto il diritto di superficie, la cessione dell'immobile non crea plusvalenze tassate trascorsi cinque anni dall'acquisto. Questione dubbia rimane se, ai fini del calcolo del quinquennio, per la non sottoposizione a tassazione ai sensi dell'art. 67 TUIR, bisogna far riferimento alla data di acquisto del suolo o a quella della estinzione del diritto di superficie. Propendo per la prima tesi, in quanto mi pare che manchi quel presupposto speculativo sottinteso dalla norma. A supporto di questa tesi l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione n. 78/E del 31 marzo 2003, ha ritenuto non tassabile la plusvalenza derivante dalla vendita di un fabbricato acquistato per usucapione, nonostante non fossero trascorsi cinque anni dal provvedimento giudiziario di usucapione, proprio perché il tempo richiesto per il

Note:

(3) M. Lupoi, L'atto istitutivo di trust. Con un formulario, Milano, 2005, clausola n. 234.

(4) Tra gli altri si ricorda che, ad esempio, l'ICI grava sul superficario.

(5) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari, Padova, 2008, p. 49. La sentenza citata può essere letta in questa Rivista, 2004, 294.

(6) R. Valacca, Il diritto di superficie sul terreno non va scorporato, *Corr. trib.*, 2007, 2537.

(7) Risoluzione n. 157 del 5 luglio 2007.

compimento risulta concettualmente incompatibile con l'intento speculativo, che è sottinteso dalla previsione di cui all'art. 67 TUIR (ex art. 81). Di senso opposto alcuna dottrina(8).

Chiaramente lo stesso risultato non si raggiunge qualora l'immobile sia detenuto da una società immobiliare o da un trust commerciale. In tal caso l'eventuale vendita sconta un'imposizione calcolata come differenza tra il valore contabile (spesso irrisorio in caso di *leasing* o immobile detenuto da molti anni) e il valore di vendita, con la conseguenza che il più delle volte la plusvalenza è quasi pari al valore di vendita dell'immobile. Anche dal punto di vista dell'imposta di successione il vantaggio di segregare in trust esclusivamente la proprietà del suolo è evidente. In questo caso la base imponibile da prendere a riferimento per il calcolo dell'imposta e di sue eventuali franchigie è limitata al valore catastale del suolo, rispetto a quello dell'intero immobile.

■ Problematiche aperte

Naturalmente vanno valutate con molta attenzione le problematiche riguardanti il valore da attribuire al diritto di superficie(9).

A mio avviso è da condividere la tesi della Commissione Tributaria Provinciale di Milano la quale, con sentenza n. 193 del 19 luglio 1997(10), sancisce che, per la valutazione del diritto di superficie, si applicano le disposizioni valide per l'usufrutto.

Più precisamente, per determinare il valore del diritto di superficie devono essere utilizzati i medesimi coefficienti previsti nella tabella allegata al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, validi per il diritto di usufrutto.

È pur vero che di volta in volta sarebbe necessario andare a indagare concretamente la reale portata del diritto in questione, verificando se si tratta di un diritto pieno o compresso attraverso qualche previsione particolare. In ogni caso, non si può negare che, in via generale e astratta, questo diritto è qualcosa in più rispetto a quello di usufrutto e che quindi vadano quantomeno utilizzati i medesimi coefficienti.

Particolare attenzione va riposta anche sulla durata del diritto in questione. Una durata eccessivamente breve potrebbe essere ritenuta elusiva da parte dell'Amministrazione finanziaria, a causa del ridotto periodo di ammortamento del costo.

■ Conclusioni

Questo è uno di quei casi in cui, partendo da un'esigenza del cliente (la salvaguardia del patrimonio),

si può mostrare allo stesso come il trust possa risultare una soluzione utile anche per altre importanti problematiche di carattere successorio, societario, fiscale e operativo.

Mi preme sottolineare, per fugare i soliti sospetti che nascono attorno a questo istituto, che gli eventuali vantaggi di carattere fiscale che si possono ottenere attraverso queste operazioni non dipendono dal trust in quanto tale, ma dalla normativa fiscale relativa alla tassazione degli immobili. Infatti, analoghi vantaggi di natura tributaria si potrebbero ottenere, per esempio, intestando la proprietà del suolo a una persona fisica. In tal caso non ci sarebbe, però, l'effetto di segregazione e di protezione tipico del trust.

Da un punto di vista pratico questa soluzione non presenta particolari problemi con istituti di credito e società di *leasing*, sempre pronte e attente a sviluppare prodotti su misura per il cliente(11).

Note:

(8) G. Rebecca, Cessione del diritto di superficie e di costruzione, Fisco, 2008, 51, a p. 58.

(9) G. Rebecca, Cessione del diritto di superficie e di costruzione [*supra*, nota 8], a p. 51.

(10) Com. Trib. Prov. Milano, 19 luglio 1997, n. 193, Vita not., 1997, 1532.

(11) Cfr. il sito Internet di "Assilea" all'indirizzo <http://www.assilea.it>. Qual è il trattamento fiscale del terreno per le imprese utilizzatrici? Il legislatore fiscale ha esteso l'irrilevanza fiscale della quota di ammortamento riferibile al terreno anche alla quota capitale dei canoni di fabbricati strumentali acquisiti in locazione finanziaria (art. 36, comma VII bis del decreto legge n. 223/06). Come si determina la quota capitale di canone riferibile al terreno indeducibile? Si calcola la componente capitale annuale dei canoni adottando il metodo già utilizzato ai fini IRAP nell'articolo 1 del decreto ministeriale 24 aprile 1998:

"Costo sostenuto società di *leasing* (al netto del prezzo di riscatto) x giorni di durata periodo d'imposta x giorni di durata del contratto".

In particolare:

– per i contratti stipulati dal 1° gennaio 2006: applicazione della percentuale del 20% (se fabbricati strumentali) o del 30% (se fabbricati industriali) alla quota capitale del canone di *leasing* di competenza;

– per i contratti stipulati ante 1° gennaio 2006: la residua quota capitale deve essere dedotta lungo la durata residua del contratto di *leasing*.

Resta deducibile la quota parte del canone costituita dagli interessi passivi impliciti relativi al contratto di *leasing* che concorreranno alla determinazione del reddito d'impresa nell'esercizio di competenza, secondo i limiti previsti dagli articoli 96 del T.U.I.R. in materia. I costi non dedotti a conto economico sono riconosciuti come valore fiscalmente rilevante del fabbricato e quindi, a seguito dell'esercizio dell'opzione finale di acquisto, l'utilizzatore iscriverà un valore pari alla somma del prezzo di riscatto e dei canoni non dedotti. Precisazioni:

– nel "*leasing* immobile finito" (società di *leasing* acquista l'area insieme all'immobile già ultimato), si applica la regola forfetaria (20% o 30%);

– nel "*leasing* appalto" (società di *leasing* acquista l'area e costruisce il fabbricato da concedere in *leasing*), non si applica la regola forfetaria in quanto il terreno/area è acquistata in via autonoma rispetto al fabbricato;

– nel *leasing* di un fabbricato strumentale con diritto di superficie a tempo determinato, la quota capitale del canone di *leasing* è interamente deducibile (senza necessità di effettuare lo scorporo) in quanto non comprensiva del valore del terreno.

Italia

Emersione di attività detenute all'estero tramite trust

■ Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, Circolare n. 43/E del 10 ottobre 2009

OGGETTO: Emersione di attività detenute all'estero. Articolo 13-bis del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e successive modificazioni.

INDICE

Premessa

1. Ambito soggettivo
2. Ambito oggettivo
3. Intermediari abilitati
4. Termini per l'effettuazione delle operazioni di emersione
5. Rimpatrio
6. Regolarizzazione
7. Modalità di determinazione dell'imposta straordinaria dovuta
8. Contenuto della dichiarazione riservata
9. Adempimenti a carico degli intermediari
10. Effetti del rimpatrio e della regolarizzazione
11. Redditi derivanti dalle attività finanziarie rimpatriate
12. Redditi e plusvalenze prodotti successivamente al rimpatrio
13. Modifiche alla disciplina sanzionatoria in materia di monitoraggio
14. Rinvio a precedente prassi amministrativa

(omissis)

1. AMBITO SOGGETTIVO

I destinatari delle disposizioni concernenti l'emersione delle attività detenute all'estero sono quelli interessati dalla normativa sul "monitoraggio fiscale" ossia le persone fisiche, gli enti non commerciali e le società semplici ed associazioni equiparate, fiscalmente residenti nel territorio dello Stato.

In tale ambito soggettivo sono ricomprese le persone fisiche titolari di reddito d'impresa o di lavoro autonomo.

Restano, invece, esclusi gli enti commerciali, nonché le società, siano esse società di persone o società di capitali, ad eccezione delle società semplici.

I soggetti interessati devono essere fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. A tal fine, con riguardo alle persone fisiche, si deve fare riferimento alla nozione contenuta nell'articolo 2, comma 2, del TUIR, in base alla quale si considerano residenti "le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile".

Inoltre, come stabilito dal successivo comma 2-bis del medesimo articolo 2 del TUIR, si considerano altresì residenti, salvo prova contraria del contribuente, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente e trasferiti in Stati o territori diversi da quelli individuati con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze. Al riguardo si ricorda che, fino all'emanazione del citato decreto, si considerano residenti i cittadini emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato individuati dal D.M. 4 maggio 1999 (cosiddetta "black list").

Ne consegue che, anche tali soggetti, ricorrendone i presupposti, rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione delle disposizioni in commento. In tal caso è necessario manifestare all'intermediario il proprio status di residente italiano, rinunciando pertanto alla possibilità di fornire la prova contraria di cui al citato comma 2-bis dell'articolo 2 del TUIR.

Si ritiene che i contribuenti la cui residenza fiscale in Italia sia determinata in base ad accordi internazionali ratificati in Italia e che prestano in via continuativa attività lavorative presso organismi comunitari, non siano soggetti all'obbligo di compilazione del modulo RW in relazione alle disponibilità costituite all'estero mediante l'accredito degli stipendi o altri emolumenti derivanti da tali attività lavorative.

Si ritengono altresì esclusi dal medesimo obbligo i residenti nel comune di Campione d'Italia in relazione alle disponibilità detenute presso istituti elvetici in base alle

disposizioni valutarie specificamente riferite al predetto territorio. Tale esclusione è limitata alle disponibilità derivanti da redditi di lavoro, da trattamenti pensionistici, nonché da altre attività lavorative svolte direttamente in Svizzera da soggetti residenti nel suddetto Comune.

Per le società semplici, le associazioni e gli enti non commerciali, gli articoli 5, comma 3, lettera d), e 73, comma 3, del TUIR stabiliscono che si considerano residenti i soggetti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato.

Il requisito della residenza nel territorio dello Stato deve sussistere per il periodo d'imposta in corso alla data di presentazione della cosiddetta "dichiarazione riservata" (2009).

Considerato che, ai sensi dell'articolo 2 del TUIR, il requisito della residenza si acquisisce *ex tunc* nel corso del periodo d'imposta nel quale si verifica il collegamento territoriale rilevante ai fini fiscali, si deve ritenere che possano essere inclusi nel novero dei soggetti interessati tutti coloro che, pur non risultando residenti nel territorio dello Stato alla data di presentazione della dichiarazione riservata, vengano ad acquisire successivamente a tale data detto requisito in quanto, ad esempio, abbiano inteso stabilire nel territorio dello Stato, per la maggior parte

del periodo d'imposta, il proprio domicilio o la residenza ai sensi del codice civile.

Tuttavia, per poter usufruire dell'emersione delle attività detenute all'estero, rimane fermo il presupposto del mancato adempimento delle disposizioni sul monitoraggio fiscale nei periodi d'imposta nei quali essi erano residenti in Italia.

Si precisa, inoltre, che è preclusa la possibilità di usufruire delle disposizioni relative all'emersione delle attività detenute all'estero per i soggetti che abbiano osservato le disposizioni sul "monitoraggio fiscale", ma abbiano violato unicamente gli obblighi di dichiarazione annuale dei redditi di fonte estera.

In considerazione della finalità del provvedimento, che è quella di consentire l'emersione di attività comunque riferibili al contribuente detenute al di fuori del territorio dello Stato, essa è ammessa non soltanto nel caso di possesso diretto delle attività da parte del contribuente, ma anche nel caso in cui le predette attività siano intestate a società fiduciarie o siano possedute dal contribuente per il tramite di interposta persona.

Come precisato nella circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E, relativamente alla nozione di "interposta persona", la questione non può essere risolta in modo generalizzato, essendo direttamente connessa alle caratteristiche e alle modalità organizzative del soggetto interposto. In tale sede, a titolo esemplificativo, è stato chiarito che si deve considerare soggetto fittiziamente interposto "una società localizzata in un Paese avente fiscalità privilegiata, non soggetta ad al-

cun obbligo di tenuta delle scritture contabili, in relazione alla quale lo schermo societario appare meramente formale e ben si può sostenere che la titolarità dei beni intestati alla società spetti in realtà al socio che effettua il rimpatrio".

La stessa circolare n. 99/E del 2001, con riferimento alla possibilità di regolarizzare attività detenute all'estero tramite un trust, ha indicato, a titolo di esempio, quali casi di interposizione, il "trust revocabile (per cui il titolare va identificato nel disponente o settlor) ovvero un trust non discrezionale nei casi in cui il titolare può essere identificato nel beneficiario".

Successivamente, con riferimento al trust revocabile, la circolare n. 48/E del 6 agosto 2007(1) ha precisato che in questa particolare tipologia di tale istituto "il disponente si riserva la facoltà di revocare l'attribuzione dei diritti ceduti al trustee o vincolati nel trust (nel caso in cui il disponente sia anche trustee), diritti, che, con l'esercizio della revoca rientrano nella sua sfera patrimoniale. È evidente come in tal caso non si abbia un trasferimento irreversibile dei diritti e, soprattutto, come il disponente non subisca una permanente diminuzione patrimoniale. Questo tipo di trust [...] ai fini delle imposte sui redditi non dà luogo ad un autonomo soggetto passivo d'imposta cosicché i suoi redditi sono tassati in capo al disponente".

Peraltro, la risoluzione 17 gennaio 2003, n. 8/E, già prima dell'introduzione della normativa nazionale in materia di imposizione del reddito prodotto dai trust, ha precisato che la condizione necessaria affinché un trust possa essere qualificato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi è che il potere del trustee nell'amministrare i beni in possesso del trust, e ad esso affidati dal disponente, sia effettivo. Al contrario, qualora il potere e il controllo sui beni siano riservati al disponente (settlor), il trust dovrà essere considerato come non operante dal punto di vista dell'imposizione diretta.

Allo stesso modo, in presenza di un trust irrevocabile nel quale il trustee è di fatto privato dei poteri dispositivi sui beni attribuiti al trust che risultano invece esercitati dai beneficiari, il trust deve essere considerato come non operante in quanto fittiziamente interposto nel possesso dei beni.

In buona sostanza si tratta di ipotesi in cui le attività facenti parte del patrimonio del trust continuano ad essere a disposizione del settlor oppure rientrano nella disponibilità dei beneficiari.

A titolo esemplificativo, sono da ritenere fittiziamente interposti:

– trust che il disponente (o il beneficiario) può far cessare liberamente in ogni momento, generalmente a proprio vantaggio o anche a vantaggio di terzi;

Nota:

(1) In questa Rivista, 2007, 630, con commento di M. Lupoi, L'Agenzia delle Entrate e i principi sulla fiscalità dei trust, ivi, 497 [n.d.r.].

- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di designare in qualsiasi momento se stesso come beneficiario;
- *trust* in cui il disponente (o il beneficiario) è titolare di significativi poteri in forza dell'atto istitutivo, in conseguenza dei quali il *trustee*, pur dotato di poteri discrezionali nella gestione ed amministrazione del *trust*, non può esercitarli senza il suo consenso;
- *trust* in cui il disponente è titolare del potere di porre termine anticipatamente al *trust*, designando se stesso e/o altri come beneficiari (cosiddetto "*trust a termine*");
- *trust* in cui il beneficiario ha diritto di ricevere anticipazioni di capitale dal *trustee*.

In tali casi la dichiarazione di emersione deve essere presentata dal soggetto (disponente o beneficiario) che è l'effettivo possessore dei beni.

Diversamente, i *trust* non fittiziamente interposti, ricompresi tra i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera c), del TUIR, essendo tenuti agli adempimenti previsti per tali soggetti dal decreto legge n. 167 del 1990, qualora non abbiano osservato le disposizioni in questo contenute, possono utilizzare le modalità indicate nell'articolo 13-bis in commento per l'emersione delle attività da essi irregolarmente detenute all'estero.

In tal caso, la dichiarazione di emersione deve essere presentata dal *trustee* in qualità di soggetto tenuto ad assolvere tutti gli adempimenti fiscali del *trust*.

È, inoltre, opportuno precisare che per *trust* residenti si devono intendere anche quelli la cui residenza nel territorio dello Stato viene determinata ai sensi dell'articolo 73, comma 3, del TUIR (cosiddetti "*trust esterovestiti*"), vale a dire i *trust* istituiti in Paesi che non consentono un adeguato scambio di informazioni, con almeno un beneficiario e uno dei disponenti fiscalmente residenti in Italia, e i *trust* istituiti nei predetti Stati quando, successivamente alla costituzione, un soggetto residente trasferisca a favore del *trust* la proprietà di un bene immobile o di diritti reali immobiliari ovvero costituisca a favore del *trust* dei vincoli di destinazione degli stessi beni e diritti.

Nel caso di *trust* trasparente non fittiziamente interposto, tenuto conto delle modalità di attribuzione del reddito da esso prodotto, si ritiene che gli effetti della dichiarazione di emersione presentata dal *trustee* si producano in capo ai beneficiari nei limiti e con esclusivo riferimento ai redditi attribuiti per trasparenza dal *trust* medesimo.

Fra i soggetti che possono presentare la dichiarazione di emersione sono da comprendere gli eredi. Ovviamente, il *de cuius* doveva essere residente in Italia nel momento in cui ha compiuto la violazione delle norme di cui al decreto legge n. 167 del 1990. Nel compilare la dichiarazione riservata nella sezione "*Dati del dichiarante*" devono essere indicati i dati del defunto mentre i dati dell'erede che presenta la dichiarazione riservata vanno indicati nella sezione "*Dati del rappresentante del soggetto dichiarante*". Il soggetto che presenta la dichiarazione in luogo del *de cuius*, nel

sottoscrivere la dichiarazione, deve altresì specificare la propria qualifica (ad esempio erede, coerede, curatore dell'eredità giacente).

L'emersione può riguardare anche attività detenute in comunione da più soggetti. In tal caso, la dichiarazione riservata deve essere presentata da ciascuno dei soggetti interessati per la quota parte di propria competenza.

Il comma 7-bis dell'articolo 13-bis del decreto stabilisce che possono effettuare il rimpatrio o la regolarizzazione anche le imprese estere controllate o collegate di cui agli articoli 167 e 168 del TUIR ("*controlled foreign company - CFC*").

Al riguardo, si ricorda in via preliminare che le disposizioni contenute nell'articolo 167 del TUIR riguardano il caso "*di una impresa, di una società o di altro ente, residente o localizzato in Stati o territori*" di cui al decreto ministeriale 21 novembre 2001 (cosiddetta "*black list*") controllata, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciarie o per interposta persona, da soggetti residenti in Italia. Il controllo va valutato ai sensi dell'articolo 2359, comma 1, del codice civile.

Al ricorrere di tali presupposti, i redditi della partecipata estera sono tassati per trasparenza in capo al socio residente, in proporzione alla partecipazione da esso detenuta. Più precisamente, anziché essere tassati in Italia nel momento in cui confluiscono nel reddito del soggetto controllante in qualità di dividendi effettivamente distribuiti, i redditi della CFC vengono imputati al socio residente nel momento in cui sono conseguiti.

Analoghe disposizioni sono previste dall'articolo 168 del TUIR con riferimento alle ipotesi in cui il soggetto residente in Italia detenga una partecipazione di collegamento nella CFC. A tal fine, il collegamento sussiste quando il socio italiano detiene una partecipazione agli utili dell'impresa estera non inferiore al 20 per cento ovvero al 10 per cento se quest'ultima è quotata.

Ciò posto, il comma 7-bis dell'articolo 13-bis del decreto prevede che le operazioni di emersione effettuate dalla CFC producono effetti direttamente in capo ai partecipanti residenti in Italia nei limiti degli importi delle attività rimpatriate o regolarizzate.

Tale disposizione va interpretata nel quadro della disciplina generale in esame e, in particolare, nell'ottica del rispetto dei presupposti soggettivi che consentono l'accesso allo scudo fiscale.

In tal senso, tenuto conto che l'accesso alle operazioni di emersione presuppone la violazione degli obblighi inerenti al "*monitoraggio fiscale*", si deve ritenere che la norma faccia esclusivo riferimento alle imprese estere in cui il soggetto che detiene il controllo o il collegamento rientri tra quelli interessati dalla normativa contenuta nel decreto legge n. 167 del 1990, precedentemente individuati.

Come espressamente previsto dallo stesso comma 7-bis,

è su tale soggetto che si producono gli effetti dell'emersione effettuata dalla CFC.

Sulla base delle considerazioni sopra esposte, la fattispecie considerata dalla norma in esame va pertanto configurata come un'ipotesi di interposizione nella quale - a differenza delle analoghe fattispecie ordinariamente considerate, in cui l'emersione è consentita all'interponente

quale effettivo possessore delle attività - l'accesso allo scudo fiscale è previsto in capo al soggetto interposto (CFC), fermo restando la produzione dei relativi effetti in capo all'interponente che ha il reale "dominio" delle attività oggetto di emersione da parte della CFC.

(omissis)

Italia

Trust a supporto di un concordato preventivo

■ Atto notarile

Repertorio n. ... Raccolta n. ...
COSTITUZIONE DEL "TRUST CONCORDATO
..."

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno duemilanove questo giorno di martedì trentuno
del mese di marzo

31 marzo 2009

In Ravenna, nel mio Studio in Viale della Lirica n. 61.

Davanti a me Dottoressa STEFANIA PALMIERI Notaio in Ravenna, iscritta al Ruolo del Distretto Notarile di Ravenna, e alla presenza di:

Z. V., impiegata, nata a Ravenna il ..., ivi residente in Via ...;

S. F., impiegata, nata a Cesena il ..., residente a Ravenna, in Via ...;

testimoni idonee da me conosciute, sono comparsi:

B. C., impiegata, nata a Bologna il ... e residente a ... in Via ..., la quale dichiara di essere di stato civile coniugata e di trovarsi in regime di separazione dei beni, nel prosieguo del presente atto denominata anche "Disponente";

A. S., avvocato, nata ad Ancona il ..., residente a ..., in Via ..., la quale dichiara di essere di stato civile nubile, nel prosieguo del presente atto denominata anche "Fiduciario o Trustee".

Comparenti della cui identità personale io Notaio sono certa.

PREMESSO

– che la Disponente detiene una partecipazione nel capitale della Società "..." con sede in ..., frazione ..., in Via ... n. ..., codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Bologna: ..., capitale sociale Euro: 10.400,00 (diecimilaquattrocento/00) interamente versato (già "..." come da modifica di denominazione sociale avvenuta con verbale a mio rogito in data odierna rep. n. ..., in corso di registrazione perché nei termini);

– che la Disponente ha rilasciato fideiussioni personali in favore di vari istituti bancari che hanno erogato linee di credito alla predetta società;

– che la Società "..." si trova ad affrontare una irreversibile situazione di crisi economico-finanziaria, dovuta in

gran misura al contesto economico di crisi attraversato dal settore di appartenenza, che ha determinato l'intenzione degli amministratori e dei soci della medesima di porre la società in liquidazione volontaria e di chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ex art. 160 l.f.;

– che la Disponente intende istituire un Trust al fine di soddisfare le pretese dei creditori chirografari della società "..." ed anche dei propri creditori bancari, nonché per soddisfare i creditori bancari del coniuge ..., nato a ... il ..., anch'egli socio della "...";

– che con il presente Trust si intende garantire la maggior soddisfazione possibile dei creditori chirografari di "..." poichè, stante l'attuale crisi, né la Disponente né la società "..." sono in grado di soddisfare i medesimi;

– che l'esposizione complessiva della predetta Società verso i creditori chirografari ammonta attualmente, si stima, ad oltre Euro 2.900.000,00 (duemilioneinovecentomila/00);

– che, ai sensi delle disposizioni della legge 16 febbraio 1913 n. 89 io Notaio, che, unitamente alle testimonii, conosco la lingua inglese, traduco come segue i seguenti termini che verranno usati nel contesto del presente atto:

– Trust: affidamento;

– Trustee: fiduciario;

– Settlor: disponente;

– Protector/protectors: garante/garanti;

– che, sia il disponente, sia il trustee, sia i beneficiari, come infra indicati, sono cittadini italiani, residenti in Italia, dove anche sono situati i beni in trust;

– che pertanto gli elementi importanti del trust, quali risultanti anche dagli articoli 7 e 13 della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364, sono strettamente collegati ad uno Stato che non conosce l'istituto del trust;

– che peraltro non può trovare applicazione la riserva dell'art. 13 della suddetta Convenzione, in quanto lo scopo del trust appare meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico italiano, non è in contrasto con l'ordine pubblico, e non appare connotato da alcuna finalità elusiva o di frode alla legge italiana.

Ciò premesso, i comparenti, alla presenza delle testimonii, convengono e stipulano quanto segue:

ARTICOLO 1 - ISTITUZIONE DEL TRUST

La signora C. B., d'ora innanzi individuata come "Disponente", istituisce con il presente atto un Trust denominato "Trust Concordato ...", che è regolato dalle disposizioni che risultano dal regolamento contenuto nel presente atto, nonché nella Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, resa esecutiva in Italia con legge 16 ottobre 1989 n. 364, salve le disposizioni di maggior favore, e dalla legge regolatrice indicata al successivo articolo 2.

ARTICOLO 2 - LEGGE APPLICABILE

Al "Trust Concordato ..." si applicano le disposizioni della Convenzione dell'Aja dell'1 luglio 1985, ratificata dalla Repubblica Italiana con legge 16 ottobre 1989 n. 364, salvo successive disposizioni di legge di maggior favore.

Ai sensi degli articoli 6 e 8 della detta Convenzione, il Disponente stabilisce che il trust sia disciplinato dalla legge inglese, nonché dai principi di equità e la giurisprudenza in materia di Trust del medesimo ordinamento giuridico, per quanto concerne la validità, gli effetti, l'interpretazione e l'amministrazione dei beni, con il limite del rispetto delle norme imperative e dei principi generali e di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano.

In particolare sono disciplinate dalla legge inglese le materie elencate a titolo esemplificativo e non esaustivo, di cui alla citata Convenzione articolo 8 (otto), comma 2 (due), mentre ne sono escluse la disciplina della capacità del Disponente e dei beneficiari, che restano assoggettate alle rispettive leggi nazionali, la protezione dei minori e degli incapaci, il regime patrimoniale tra coniugi, il diritto successorio.

Nel caso di nullità, inefficacia o invalidità per contrasto con la legge regolatrice e/o le norme imperative e i principi generali dell'ordinamento giuridico italiano di alcuno dei patti di cui si compone il presente atto, quest'ultimo sarà opportunamente modificato e/o integrato al fine di rendere valido e/o efficace il relativo patto.

ARTICOLO 3 - SCOPO DEL TRUST

3.1 Lo scopo del Trust è di segregare il patrimonio conferito nel Trust al fine di destinarne il realizzo alla maggiore soddisfazione possibile dei creditori chirografari della società "..." esistenti alla data del deposito del ricorso di ammissione alla procedura di Concordato preventivo della predetta società, nonché dei creditori bancari personali della Disponente e del signor ..., esistenti alla medesima data.

Più precisamente, i beneficiari del presente Trust sono i seguenti:

A. Gli istituti bancari che vantano crediti nei confronti della Disponente e del signor ... sopra meglio generalizzato, entrambi soci della "..." e che qui si elencano (l'indicazione dell'ammontare dei crediti ha valore meramente indicativo, dovendo i medesimi essere accertati alla data di deposito della domanda di concordato preventivo di "..."):

– CASSA DI RISPARMIO IN BOLOGNA – filiale di ... per:

– € 36.924,09 (trentaseimilanovecentoventiquattro/09) relativi allo scoperto del c/c n. ... intestato al Sig. ...

– BANCA POPOLARE DELL'EMILIA ROMAGNA filiale di ...:

– € 10.197,51 (diecimilacentonovantasette/51) relativi allo scoperto del c/c n. ... al Sig. ...

– UNICREDIT BANCA filiale di ... per:

– € 5.185,16 (cinquemilacentottantacinque/16) relativi allo scoperto del c/c n. ... intestato al Sig. ... ed alla Sig.ra ...

– BANCA POPOLARE DI LODI filiale di ... per:

– € 9.865,84 (novemilaottocentosessantacinque/84) relativi allo scoperto del c/c n. ... intestato alla Sig.ra ...

B. Gli istituti bancari che vantano crediti nei confronti della società "..." che hanno ottenuto dalla Disponente fidejussioni personali a garanzia degli affidamenti concessi alla società ut supra, fidejussioni che attualmente garantiscono le seguenti linee di credito che potrebbero essere scoperte (per quanto riguarda le linee SBF) ed oggetto di mancato rientro nelle linee di credito in conto corrente. Le esposizioni bancarie di "..." alla data del 23 marzo 2009 (importi indicativi), oggetto di prestazioni di obbligazioni fidejussorie da parte della Disponente, risultano essere quelle di seguito indicate, fermo restando che beneficeranno del Trust i crediti vantati dagli Istituti di credito elencati alla data del deposito della domanda di concordato preventivo di "...":

– BANCA CARIM, filiale di "..." per:

– € 46.428,75 (quarantaseimilaquattrocentoventotto/75) relativi allo scoperto del c/c n. ...;

– € 216.801,45 (duecentosedicimilaottocentouno/45) relativi alle anticipazioni su "ordini italia" del c/c n. ...;

– € 141.519,60 (centoquarantunomilacinquecentodiciannove/60) relativi al contratto di finanziamento n. ...

– BANCA SELLA, filiale di "..." per:

– € 45.833,19 (quarantacinquemilaottocentotrentatré/19) relativi allo scoperto del c/c n. ...;

– € 72.260,81 (settantaduemiladuecentosessanta/81) relativi alle anticipazioni su "fatture Italia" del c/c n. ...;

– € 170.574,24 (centosettantamilacinquecentosettantaquattro/24) relativi al contratto di finanziamento n. ...;

– CA.RIS.BO. filiale di ... per:

– € 147.129,41 (centoquarantasettemilacentoventinove/41) relativi allo scoperto del c/c n. ...;

- € 255.834,70 (duecentocinquantacinquemilaottocentotrentaquattro/70) relativi alle anticipazioni su “fatture Italia”;
- Euro: 23.017,13 (ventitremiladiciassette/13) relativi al contratto di finanziamento n. ...
- BANCA POPOLARE DI LODI, filiale di ... per:
 - € 139.314,09 (centotrentanovemilatrecentoquattordici/09) relativi al contratto di finanziamento n.
 - UNICREDIT CORPORATE BANKING filiale di ... per:
 - € 129.233,79 (centoventinovemiladuecentotrentatré/79) relativi allo scoperto del c/c n. ...;
 - € 276.105,58 (duecentosettantaseimilacentocinquante/58) relativi alle anticipazioni su “fatture e ordini Italia” del c/c n. ...;
 - € 49.999,99 (quarantanovemilanovecentonovantenne/99) relativi al contratto di finanziamento n. ...
 - BANCA POPOLARE DELL'EMILIA ROMAGNA filiale di ... per:
 - € 183.095,33 (centottantatremilanovantacinque/33) relativi allo scoperto del c/c n. ...;
 - € 60.979,86 (sessantamilanovecentosettantanneve/86) relativi alle anticipazioni su “fatture Italia” del c/c n. ...;
 - € 206.737,99 (duecentoseimilasettecentotrentasette/99) relativi alle anticipazioni su “ordini Italia” del c/c n. ...;
 - € 59.171,45 (cinquantanovemilacentosettantatuno/45) relativi alle anticipazioni su “fatture estero” del c/c n.
 - BANCA DI BOLOGNA filiale di ... per:
 - € 99.229,46 (novantanovemiladuecentoventinove/46) relativi allo scoperto del c/c n. ...;
 - € 3.147,60 (tremilacentoquarantasette/60) relativi alle anticipazioni su “fatture Italia” del c/c n. ...;
 - € 100.000,00 (centomila/00) relativi alle anticipazioni su “ordini Italia” del c/c n. ...;
 - € 132.000,00 (centotrentaduemila/00) relativi alle anticipazioni su “ordine estero” n. ...

C. Tutti gli ulteriori creditori chirografari della società “...” nel loro complesso identificati come “fornitori” e di cui crediti dovrebbero ammontare, approssimativamente, alla somma di oltre Euro: 230.000,00 (duecentotrentamila/00), esistenti alla data di deposito del ricorso di Concordato preventivo della Società “...”.

Il presente atto costitutivo di trust e la destinazione ad esso dei beni di cui appresso sono pertanto risolutivamente condizionati al fatto che entro 24 (ventiquattro) mesi da oggi il Tribunale di Bologna non omologhi una procedura di Concordato preventivo della società “...” con il ricorso previsto dall'art. 160 L.F.

I comparenti pertanto autorizzano fin da ora con il presente atto dell'Ufficio del Territorio – servizio di pubblicità immobiliare di Bologna:

- ad annotare di definitiva cessazione di efficacia la trascrizione del presente atto qualora, dopo 24 (ventiquattro) mesi da oggi, sia presentata all'Ufficio del territorio una unilaterale istanza in tal senso, da parte di chiunque ne professi l'interesse in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, nella quale si dia atto che il Tribunale di Bologna non abbia omologato una procedura di Concordato preventivo;

- ad annotare di definitiva cessazione di efficacia la trascrizione del presente atto, qualora, in qualsiasi momento, sia presentata una unilaterale istanza in tal senso, da parte di chiunque ne professi l'interesse, in forma di atto pubblico o scrittura privata autentica, cui sia allegata la sentenza di fallimento della società “...”, o comunque un qualsiasi altro provvedimento del Tribunale di Bologna da cui discenda un diniego in ordine alla omologazione del Concordato preventivo predetto.

Il trustee si deve comportare con la diligenza propria del suo incarico e degli scopi del Trust.

L'adempimento dello scopo del Trust può essere preteso da chiunque vi abbia interesse.

ARTICOLO 4 - PROTECTOR

Ricoprirà l'incarico di protector del Trust “Concordato ...” il giudice del Tribunale di Bologna che, tempo per tempo, sia delegato alla procedura di concordato preventivo della società ..., ovvero il commissario giudiziale della medesima procedura, a scelta dello stesso Giudice delegato al Concordato preventivo.

Il protector, oltre ai compiti al medesimo affidati dal presente atto, eserciterà sul Trustee i medesimi poteri che il Giudice delegato ai fallimenti del Tribunale di Bologna esercita sul Commissario Giudiziale del Concordato preventivo della società ...

L'incarico di protector è svolto in forma gratuita.

ARTICOLO 5 - TRUSTEE

Stanti gli scopi del presente Trust non deve esserci la necessaria coincidenza tra la qualità di Trustee e la qualità di Commissario Giudiziale del Concordato preventivo.

Pertanto l'avvocato di provata qualità professionale e morale riveste la qualifica di Trustee e viene con il presente atto nominato Trustee del Trust stesso nella persona della comparente A. S.

Il protector, ove lo ritenga opportuno per una migliore efficienza del presente atto di Trust, può nominare uno o più trustees in aggiunta di quello nominato.

Nel caso di nomina di una pluralità di trustees, essi agiscono in forma congiunta per le operazioni di straordinaria amministrazione del patrimonio del Trust ed in forma disgiunta per le operazioni di ordinaria amministrazione; qualora i Trustees fossero più di due, si intende che essi ab-

biano agito in forma congiunta quando all'atto di straordinaria amministrazione abbia concorso la maggioranza di essi.

In ogni caso in cui il Trust rimanga privo di Trustee, il protector ne assume l'amministrazione provvisoria, fino alla nomina di un nuovo Trustee.

Qualora la funzione di trustee sia attribuita ad una pluralità di soggetti, ad ognuno di essi il presente atto si intende applicabile quando esso si riferisce ad un solo Trustee.

ARTICOLO 6 - SOSTITUZIONE DEL TRUSTEE

In tutti i casi di dimissioni dei Trustees nominati, il Trustee superstite rimane in carica e svolge l'incarico previsto dal presente Trust.

In ogni caso di cessazione dell'incarico, il Trustee fin da ora si obbliga a trasferire il patrimonio costituito in Trust ed a lui intestato al nuovo Trustee; nel caso in cui si renda necessario od opportuno, è fin da ora stabilito che il Protector può intervenire a tale atto di ritrasferimento in nome e per conto del Trustee cessato dall'incarico, considerandosi con il presente atto conferito uno specifico mandato in tal senso.

ARTICOLO 7 - POTERI E DOVERI DEL TRUSTEE

Il Trustee deve procedere a porre in vendita i beni del Trust sul libero mercato, alle migliori condizioni offerte del medesimo e in tempi celeri, avvalendosi se necessario o opportuno di intermediari qualificati, e dovrà poi ripartire il ricavato, al netto delle spese del Trust e del soddisfacimento dei creditori con privilegio ipotecario sui beni conferiti nel medesimo, ai beneficiari del presente Trust individuati nell'articolo 3.1., proporzionalmente ai crediti vantati dagli stessi alla data di deposito del ricorso per il concordato preventivo della società ...

La Disponente espressamente dichiara a tal fine, che il presente Trust e gli scopi con il medesimo perseguiti, come specificato nelle premesse, non deve in alcun modo contrastare con i principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, in particolar modo con l'art. 2740 c.c. e seguenti, e con i particolari privilegi che il nostro ordinamento riconosce alla garanzia ipotecaria iscritta a fronte di finanziamenti bancari (T.U.B. 385/93 e successive modifiche ed integrazioni).

Pertanto il Trustee, prima di procedere alla vendita dei beni immobili che costituiscono il patrimonio del Trust, dovrà necessariamente ottenere il consenso alla cancellazione delle ipoteche meglio descritte nel prosieguo del presente atto, previa estinzione del residuo debito eventualmente esistente.

Nell'esercizio della propria attività il Trustee è tenuto

all'osservanza delle disposizioni del Trust che viene costituito con il presente atto, con la diligenza propria dell'attività giudiziaria di un Concordato preventivo e con la diligenza specifica derivante dagli scopi che si intendono perseguire con l'istituzione del trust costituito con il presente atto.

Il Trustee è legittimato a compiere, con riguardo ai beni conferiti nel Trust, qualunque atto di amministrazione ordinaria e straordinaria e di disposizione finalizzato all'attuazione dello scopo per il quale il Trust è costituito, come se ne fosse proprietario.

Il Trustee ha capacità processuale attiva e/o passiva in relazione ai beni del trust. Egli può comparire nella sua qualità di Trustee dinanzi a notai ed a qualunque pubblica autorità senza che mai gli si possa eccepire mancanza o indeterminatezza dei poteri.

Il Trustee, pur dovendo osservare criteri di massima economicità nella propria gestione:

- Può delegare a professionisti ed a consulenti l'amministrazione dei beni del Trust;

- Può delegare a terzi il compimento di singole attività per tempo determinato; nonché avvalersi di mandatari e procuratori, per singoli atti o categorie di atti, nonché di assistenti e di ausiliari;

- Può avvalersi di consulenti e professionisti per la risoluzione di problemi di speciale difficoltà tecnica o che non rientrino nella sfera delle sue competenze professionali;

- Deve compiere ogni adempimento di natura tributaria in conseguenza dell'esistenza e degli effetti del Trust o del reddito da esso ricevuto o distribuito.

Il Trustee è tenuto a tenere i beni del Trust separati dai propri. In particolare:

- Tutte le volte che si tratti di beni o di diritti iscritti o iscrिवibili in registri, pubblici o privati, il Trustee è tenuto a richiederne l'iscrizione o nella sua qualità di Trustee o a nome del Trust o in qualsiasi altro modo che rilevi l'esistenza del Trust;

- I rapporti bancari istituiti dal trustee e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati o al Trust o al Trustee nella sua qualità. Il Trustee non può rendersi acquirente ad alcun titolo, né direttamente né per interposta persona dei beni del Trust, né prendere in locazione o in qualsiasi altra forma di godimento, i beni in Trust; non può stipulare, nei confronti dei beni costituiti in Trust, contratti con se stesso o comunque compiere operazioni nelle quali egli stesso o persone a lui legate da parentela o affinità, abbiano conflitto di interesse, pure se potenziale, e ciò anche se nessun danno derivi allo scopo del Trust ed ai beni conferiti nel Trust.

Il Trustee:

- Deve in ogni momento rendere conto della propria gestione ai beneficiari, ove ne sia richiesto;

- Deve rendere conto del suo operato al Protector.

ARTICOLO 8 - COMPENSI DEL TRUSTEE

Il compenso del trustee si intende pari ad Euro: 3.000,00 (tremila/00) annui.

Il trustee ha comunque diritto al rimborso delle spese sostenute per il compimento del suo ufficio.

ARTICOLO 9 - BENEFICIARI DEL TRUST

I beneficiari del presente Trust sono quelli indicati all'articolo 3.1., con riferimento ai crediti dagli stessi vantati alla data di deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura di Concordato preventivo della società "..."

Qualora il Concordato preventivo della società "...", venga approvato con regolare sentenza di omologa passata in giudicato, i beni rimarranno nella completa disponibilità del Trustee per tutta la durata prevista per l'esecuzione del concordato e dovranno essere venduti dal Trustee sul libero mercato, secondo i criteri indicati nel precedente articolo 7, onde soddisfare pro-quota i beneficiari del presente atto di Trust, previo assenso alla cancellazione delle ipoteche esistenti sull'immobile meglio descritte in calce al presente atto, ed estinzione del relativo, eventuale, debito residuo, ed accantonando le spese del Trust.

ARTICOLO 10 - DURATA DEL TRUST

Il presente trust ha durata da oggi fino alla completa esecuzione della procedura di concordato preventivo della società "...", oppure, fino al momento in cui, una volta chiuse tutte le posizioni attive e passive del Trust, il Trustee abbia reso il suo finale rendiconto al Protector e questi ne abbia fatto approvazione; oppure la durata sarà fino al momento in cui il ricavato della vendita venga suddiviso tra i beneficiari.

ARTICOLO 11 - FORO COMPETENTE

La risoluzione di ogni controversia riguardante il trust costituito con il presente atto è sottoposto alla giurisdizione dei giudici italiani e competente ne è il Foro di Bologna, fatte salve le competenze disposte come inderogabili dalla Legge italiana.

ARTICOLO 12 - SPESE DI COSTITUZIONE DEL TRUST

Le spese del presente atto inerenti e conseguenti sono a carico della Disponente.

ARTICOLO 13 - PATRIMONIO DEL TRUST

Il patrimonio del Trust "Concordato ..." è formato da

tutti i beni ed i diritti che la Disponente destini a tale scopo oppure che altri soggetti, con il consenso della Disponente medesima, destinino allo stesso scopo.

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.

Al fine di dotare il trust dei mezzi iniziali per il perseguimento dello scopo cui l'istituzione del Trust stesso è finalizzata la Disponente dichiara di segregare in Trust la piena proprietà dei seguenti beni immobili:

- Descrizione dei beni da segregare in Trust -

La Disponente conferisce in Trust la piena proprietà dei seguenti immobili:

- diritto di piena proprietà di villetta bifamiliare in Comune di ..., località ..., in Via ..., distinta in Catasto Fabbricati del detto Comune al Foglio ..., mappali:

- ... Via ... p.T-1-2-S1 Categoria A/7 Classe 2 vani 12 sup.cat.301 R.C.Euro: 1.425,42=

- ... Via ... p.S1 Categoria C/6 Classe 2 mq.35 R.C.Euro: 178,95=

- ... Via ... p.S1 Categoria C/7 Classe U mq.35 R.C.Euro: 74,11=

come alla variazione di classamento registrata in Catasto Fabbricati in data 23 settembre 2008 prot. n. ..., già introdotta;

- l'area cortilizia è esattamente perimetrata nella planimetria catastale che identifica l'appartamento;

In confine: Via ..., ragioni ..., ragioni ...

L'immobile in oggetto viene conferito nel Trust nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, noto alle Parti, e quale risulta dai documenti catastali, unitamente ai diritti accessori ad esso relativi ed in particolare alle sue pertinenze, alle azioni che lo riguardano e con le servitù attive, anche se non trascritte, e passive se e come esistenti, con ogni comproprietà di legge ai sensi dell'art. 1117 e seguenti del Codice Civile.

Dichiara la Disponente che i beni conferiti in Trust spettano ed appartengono per giusti e legittimi titoli, e precisamente per averli acquistati con rogito Notaio Antonacci Elia in data ... repertorio n. ... registrato a Bologna il ... al n. ... trascritto a Bologna il giorno ... art. ..., e che i medesimi sono liberi ed esenti da ogni iscrizione, trascrizione, privilegio, comunione legale, censo, livello, affitto, vincolo e peso qualsiasi e per tali li assicura e garantisce, ad eccezione di:

- ipoteca iscritta il giorno 1 aprile 1995 art. 1892 a favore Credito Romagnolo s.p.a. per Lire 216.000.000 (duecentosedicimilioni);

- ipoteca iscritta il 18 dicembre 1997 art. 7607 a favore Rolo Banca 1473 s.p.a. per Lire 200.000.000 (duecentomilioni);

- ipoteca iscritta il 21 settembre 1999 art. 9817 a fa-

vore Cassa di Risparmio di Rimini s.p.a. - Carim per Lire 450.000.000 (quattrocentocinquantamiliardi).

In relazione alle sopra citate ipoteche la Disponente dichiara e garantisce espressamente, sotto la propria personale responsabilità, che quelle a favore del Credito Romagnolo s.p.a. e di Rolo Banca 1473 s.p.a. garantiscono un debito già estinto, mentre quella a favore di Cassa di Risparmio di Rimini s.p.a. - Carim garantisce un debito attualmente residuo ad €92.651,64 (novantaduemilaseicentocinquantuno/64).

A tal fine, come già precisato nel precedente art. 7), la Disponente espressamente dichiara che il presente Trust e gli scopi con il medesimo perseguiti, come specificato nelle premesse, non deve in alcun modo contrastare con i principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, in particolar modo con l'art. 2740 c.c. e seguenti, e con i particolari privilegi che il nostro ordinamento riconosce alla garanzia ipotecaria iscritta a fronte di finanziamenti bancari (T.U.B. 385/93 e successive modifiche ed integrazioni).

Pertanto il Trustee, prima di procedere alla vendita dei beni immobili che costituiscono il patrimonio del Trust, dovrà necessariamente ottenere il consenso alla cancellazione delle ipoteche sopra meglio descritte, previa estinzione del residuo debito eventualmente esistente.

La Disponente, previa ammonizione sulle sanzioni penali cui può andare incontro per le falsità in atti e in caso di dichiarazione mendace ai sensi dell'articolo 46 e ss. T.U. 28 dicembre 2000 n. 445, che l'immobile in oggetto è stato costruito in forza di Concessione Edilizia rilasciata dal Comune di ... in data 25 giugno 1992 prot.n. ... e successiva variante n. ... del 16 aprile 1994, e che successivamente non state eseguite opere tali da richiedere il rilascio di concessioni ad edificare o autorizzazioni.

Infine la Disponente dichiara e garantisce che non esistono condizioni ostative al rilascio della certificazione di agibilità, rimanendo a suo carico tutte le spese, imposte ed oneri relativi, e conferisce al Trustee tutti i poteri necessari a presentare istanze e/o documenti.

I componenti previa ammonizione sulle sanzioni penali cui possono andare incontro per le falsità in atti e in caso di dichiarazione mendace ai sensi dell'articolo 46 e ss. T.U. 28 dicembre 2000 n. 445 dichiarano di non essersi avvalsi dell'attività di mediatori per la presente trattativa.

Ai fini fiscali la Disponente dichiara che il valore degli immobili è di Euro: 211.500,00 (duecentoundicimilacinquecento/00), e per quanto occorre possa rinunciare ad ogni eventuale ipoteca legale nascente dal presente atto.

ARTICOLO 14 - REGIME DEI BENI DEL TRUST

Salvi i limiti delle norme imperative e dei principi inderogabili di ordine pubblico dell'ordinamento giuridico italiano, i beni trasferiti in trust, pur facendone parte, re-

stano separati dal patrimonio personale del trustee, non rientrano nella di lui successione ereditaria, non sono sottoposti al suo regime patrimoniale familiare, né possono formare oggetto di convenzioni matrimoniali, non sono sequestrabili ed assoggettabili ad esecuzione forzata da parte dei suoi creditori personali, in sede di procedura individuale o concorsuale.

In particolare, conformemente all'art. 11 della citata Convenzione dell'Aja, e alla legge applicabile, il presente trust implicherà:

- che i creditori personali del trustee non possano sequestrare i beni del trust e che questi siano separati dal patrimonio del trustee in caso di sua insolvenza o bancarotta, senza che ciò possa pregiudicare l'applicazione dei principi inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano;
- che sia permessa la rivendicazione dei beni del trust, o dei beni nei quali questi siano stati reinvestiti, qualora il trustee, in violazione degli obblighi derivanti dal trust, li abbia alienati o confusi con i propri, salvi i presupposti richiesti dalla legge italiana in materia.

Pertanto, al fine di palesare ai terzi il carattere della separazione dei beni personali da quelli costituiti in trust, il trustee è tenuto, in ogni ipotesi di acquisto, di vendita o altro atto traslativo avente ad oggetto beni o diritti soggetti a pubblicità nei pubblici registri relativi alla categoria di appartenenza, a richiederne l'iscrizione, la trascrizione, o l'annotamento nella sua qualità, o al nome del trust, o in altro modo idoneo a rivelare l'esistenza del vincolo del trust, con dispensa dei soggetti responsabili della tenuta dei detti registri da ogni responsabilità al riguardo.

I rapporti bancari istituiti dal trustee e tutti i contratti da lui stipulati saranno intestati o al trustee nella sua qualità o al trust e ogni somma sarà depositata nei conti così denominati.

Secondo quanto previsto dalla Convenzione dell'Aja citata, il/i protector, se esistenti, e chiunque altro vi abbia interesse potranno rivendicare i beni del trust qualora il trustee, in violazione dei propri obblighi, li abbia o confusi con i propri, o alienati o su di essi abbia costituito diritti di terzi.

ARTICOLO 15 - LUOGO DI AMMINISTRAZIONE

Il luogo di amministrazione del trust è fissato in Rimini, Corso ... n. ..., dove i componenti eleggono domicilio ai fini del presente atto.

Ogni atto, contabilità e documento del trust dovrà essere custodito nel luogo dell'amministrazione.

I contraenti autorizzano il notaio rogante al trattamento dei dati personali contenuti nel presente atto per dare esecuzione all'atto stesso per adempiere a doveri di legge e per esigenze organizzative del suo ufficio.

Tutte le spese dell'atto presente e relative si assumono

dalla Disponente che richiede la registrazione del presente atto con la sola imposta fissa di registro, trattandosi di trust c.d. “commerciale” avente finalità liquidatorie che non genera alcun vincolo di destinazione rilevante ai fini fiscali, come peraltro enunciato dalla Commissione Provinciale di Lodi (12 gennaio 2009).

Io Notaio ho letto, alla presenza delle testimoni, ai comparenti, che lo hanno approvato, quest'atto scritto in

parte da persona di mia fiducia ed in parte da me medesima su fogli tre per pagine dieci, sottoscritto alle ore diciannove e minuti zero.

Firmato C. B.

Firmato S. A.

Firmato V. Z. TESTE

Firmato F. S. TESTE

Firmato STEFANIA PALMIERI NOTAIO