

SAGGI

Imposta di successione relativa al trust revocabile in Francia di François Tripet	237
<i>Fiducie</i> v trust. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciarî in diritto italiano di Alberto Gallarati	238
Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare di Fabio Marchetti	252
Effetti dello scudo fiscale in presenza di cause ostative di Stefano Zagà	256

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Autorizzazione all'istituzione di un trust di scopo a vantaggio di un fallimento Italia, Tribunale di Bologna, Sez. Fallimentare, 2 marzo 2010, Fallimento della Aertecnica Commerciale S.a.s. di Ivano Bottura & C.	267
Rigetto del ricorso avverso il decreto presidenziale di nomina di conciliatore Italia, Corte d'Appello di Milano, Sez. Persone, Minori, Famiglia, 10 febbraio 2010, R. A. c. R. L., F. S., Aletti Fiduciaria S.p.a.	269
Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente Italia, Corte d'Appello di Milano, Sez. IV Civile, 29 ottobre 2009, F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione c. Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione, S. S.r.l., V. S. S.n.c.	271
Successione nell'ufficio di trustee: effetti processuali Italia, Tribunale di Reggio Emilia, 6 marzo 2010, Gruppo Ceramiche Gresmalt e C. c. Opera S.r.l.	274
Difetto di legittimazione passiva del trust nell'ambito di una procedura esecutiva Italia, Tribunale di Voghera, 25 febbraio 2010, E. L. c. F. M. quale trustee del trust "V."	278

GIURISPRUDENZA ESTERA

Imposta di successione relativa al trust revocabile in Francia Francia, Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Financière et Economique, 31 marzo 2009, arrêt n° 325, D'Elbée c. Directeur général des finances publiques, ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique	281
--	-----

GIURISPRUDENZA STORICA

Interpretazione delle clausole di un trust testamentario Illinois, Court of Appeals of Illinois, Second District, 12 marzo 1913, Mary W. Anderson v James A. Williams	285
---	-----

LEGISLAZIONE ESTERA

La riformata legge sul trust di San Marino	290
La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino	304
Le nuove norme sull'ufficio di trustee professionale di San Marino	308
Le nuove norme sulla tenuta della contabilità dei trust di San Marino	310
Le nuove norme sul registro dei trust e il libro degli eventi di San Marino	312
L'istituzione del <i>Registre national des fiducies</i>	315

PRASSI NEGOZIALE

La (debita) opponibilità delle situazioni affidanti e degli affidamenti fiduciari di Mario Caracciolo	317
Distribuzione di dividendi a società svizzera da società italiana partecipata tramite intestazione fiduciaria di Maurizio Casalini	322
Il trust rende possibile la chiusura in tempi rapidi della liquidazione coatta amministrativa di una cooperativa agricola emiliana di Anna Paola Tonelli - Marco Montefameglio	328
Obbligazioni e responsabilità del guardiano di un trust interno di Angelo D'Alessandro	333

PRASSI ITALIANA

Trust di scopo a vantaggio di un fallimento	340
---	-----

Imposta di successione relativa al trust revocabile in Francia

di François Tripet

L'autore pone in luce come la sentenza della Cassazione francese del 31 marzo 2009(1) abbia considerato irrilevante un trust i cui beni erano rimasti sotto il controllo della disponente.

L'arrêt ne prend position qu'en matière d'ISF, il n'est pas "extensible" aux droits de succession en sorte que toute interprétation "lato sensu" serait à mon sens hasardeuse. En effet, l'article 750 ter 1 ne prend pas position sur les rapports entre le défunt et les biens alors que l'article 885 E énonce bien qu'en matière d'Impôt sur la fortune (ISF) le rapport entre le déclarant et les biens, c'est "l'appartenance" ("droits et valeurs imposables appartenant aux...").

L'appartenance recouvre aussi bien la propriété que la possession (article 544 et 2279 Code Civil).

En l'espèce, le trust était révocable et d'essence potestative (au sens de l'article 1170 Code Civil, par lequel il est au pouvoir du constituant de faire arriver ou d'empêcher... une reprise des biens confiés ou une distribution de leurs fruits). Il était donc fondé de conclure que le constituant avait le "droit" de jouir des biens confiés et même le droit d'en "disposer". Or, la définition de la propriété au sens de l'article 544 Code Civil est "le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue...". Dès lors la conclusion s'imposait: le trust n'est peut-être pas la propriété du constituant mais les biens qu'il abrite sont bien sa propriété au sens du 544 Code Civil.

La Cour rappelle indirectement le principe selon lequel la propriété ne s'analyse pas de manière formelle mais au terme d'une analyse concrète et substantielle. La propriété ne se proclame pas, elle se démontre. Elle est d'abord un "droit" (et non pas un simple fait ou un constat) et ce droit s'exprime substantiellement par la faculté de jouir et la faculté de disposer. Les Cours d'Appel sont souveraines pour apprécier l'exercice de telles facultés dans les faits.

Certains commentateurs seront tenté de tirer de cet arrêt une conclusion *a contrario* bien plus at-

trayante: les trusts irrévocables et discrétionnaires ne ont pas "en la propriété" du constituant puisque les trusts révocables et non discrétionnaires en sont!

Ce serait une conclusion hâtive: en effet, la Cour se garde bien de dresser des catégories (qui, du reste, ne sont propres qu'au droit des trusts) qui seraient imposables et des catégories qui seraient exonérées. Elle se borne à rappeler le principe fondamental selon lequel les caractéristiques exprimant le droit de propriété s'apprécient *in concreto*.

Néanmoins, on peut tenter d'esquisser une première conclusion: ceux des trusts à l'égard desquels l'analyse des faits concrets n'aura révélé ni emprise ni contrôle, ni droit revendicable "au sens du 544 Code Civil" du constituant à l'égard des biens "confiés" au trustee, peuvent tenir pour raisonnablement acquis qu'il ne pourra leur être "reproché" d'en avoir été "propriétaire" ou "possesseur" desdits biens et qu'en conséquence, l'ISF ne peut ainsi leur être réclamé.

C'est au fond ce que je soutiens dans tous mes écrits et mes conférences depuis 30 ans: en confiant des biens à un trustee, si vous ne vous posez pas la question de savoir pour quelle raison assez folle vous lui faites confiance, c'est qu'il ne sera jamais rien d'autre qu'un dépositaire original. Ne vous étonnez donc pas que certains Esprits Publics refusent de prendre vos vessies pour des lanternes.

.....
François Tripet - Avvocato in Parigi e Presidente dell'International Academy of Estate and Trust Law.

Nota:

(1) Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Financière et Economique, 31 marzo 2009, arrêt n. 325, *infra*, 281.

Fiducie v trust. Spunti per una riflessione sull'adozione di modelli fiduciarî in diritto italiano

di **Alberto Gallarati**

L'articolo concerne l'adozione di modelli fiduciarî nei paesi di *civil law*.

L'Autore analizza la struttura della *fiducie* francese ed evidenzia come questa riproduca in parte regole tipicamente civilistico-continentali e, in parte meccanismi tipici del trust e delle organizzazioni complesse. La ricezione di tali meccanismi è tuttavia, secondo l'Autore, avvenuta in maniera non del tutto consapevole e, di conseguenza, non ha dato luogo ad un modello efficiente, a cui, alla luce del disegno di legge comunitaria 2010, il nostro Legislatore possa ispirarsi. Quest'ultimo, per contro, dovrebbe riflettere, sulla scorta dei recenti sviluppi del diritto Sammarinese, in merito alla possibile coesistenza di trust e modelli fiduciarî ed alle regole da utilizzare per veicolarli nel nostro ordinamento.

■ Le fiducie e la legge sulla *fiducie* in Francia

Come notato in dottrina, alla bipartizione enunciata da Gaio, tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*(1), si è erroneamente assegnata una pretesa classificatoria, estranea alla volontà dello stesso Autore, nelle cui *Institutiones*, nonostante tale enunciazione, si possono rinvenire almeno sette tipi di fiducia(2).

In realtà, le situazioni riconducibili a quest'area sono moltissime, ma non tutte rilevanti per l'ordinamento giuridico e, laddove prese in considerazione, si sistemano al fianco dei trust, tra le "situazioni affidanti"(3), la cui caratteristica comune è rappresentata dalla "fede attesa"(4) in un soggetto, al quale, indipendentemente dalla volontarietà del rapporto, è richiesto di comportarsi da fiduciario.

Simili categorie, tuttavia, non trovano riscontro nella prassi del nostro ordinamento, la quale ricon-

duce alla fiducia due modelli, quello romanistico – recepito secondo il fraintendimento riferito – e quello germanistico – risalente ai Longobardi(5) – le cui regole (dottrinali ed operazionali) determinano, dal punto di vista della riorganizzazione dei patrimoni degli attori, risultati distanti da quelli a cui è in grado di pervenire il trust di *common law*(6).

La fiducia in senso germanistico, infatti, si fonda sull'attribuzione della legittimazione ad agire, che il fiduciante attribuisce al fiduciario, il quale non è proprietario dei beni su cui la fiducia insiste, ma ne può legittimamente disporre. Di conseguenza, il fiduciante è protetto dai creditori del fiduciario, ma non dai proprî, che potranno promuovere l'esecuzione su quanto compreso nella sfera patrimoniale del debitore, nonostante l'esistenza del rapporto di fiducia(7). Tale modello, rintracciato in dottrina nell'intestazione fiduciaria di azioni e quote(8), è stato suggerito dal regime proprietario che la legge ha previsto per le società fiduciarie, le quali, nell'ottica del legislatore,

Alberto Gallarati – Ricercatore e Professore Aggregato di Diritto Privato dell'Università di Torino, Avvocato in Torino.

Note:

(1) Per una ricostruzione storica, si veda G. Diurni, voce "Fiducia e negozio fiduciario (storia)", Dig. Disc. Priv. Sez. Civ., vol. VIII, Torino, 1992, 288.

(2) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, I diritti reali, vol. 2, Torino, 2004, pp. 1 e 2.

(3) M. Lupoi, I trust nel diritto civile [*supra*, nota 2], p. 13.

(4) M. Lupoi, I trust nel diritto civile, [*supra*, nota 2], p. 13.

(5) G. Diurni, voce "Fiducia e negozio fiduciario (storia)" [*supra*, nota 1], a p. 292.

(6) A. Gambaro, voce "Trust", Dig. Disc. Priv. Sez. Civ., vol. XIX, Torino, 1999, 451.

(7) U. Mattei, La proprietà, in Trattato di Diritto Civile diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 199, a p. 245.

(8) P. G. Jaeger, Sull'intestazione fiduciaria di quote di s.r.l., Giur. comm., 1979, 181.

sarebbero intestatarie delle partecipazioni di proprietà dei loro rispettivi fiducianti(9). Simile ricostruzione, tuttavia, trova pochissimi riscontri in giurisprudenza, la quale, per contro, ha ricondotto, nella maggior parte dei casi, la fattispecie nell'alveo della fiducia in senso romanistico(10).

Quest'ultima, si fonda sul trasferimento della proprietà al gestore, al quale sono attribuiti, con contratto, alcuni beni, che risultano così protetti dall'azione esecutiva dei creditori del fiduciante e, almeno in parte, da quelli del fiduciario.

Simile modello, però, presenta il difetto di non attribuire alcun rimedio al fiduciante, laddove il *manager*, in violazione del *pactum fiduciae*, trasferisca ad un terzo una parte del patrimonio affidatogli.

Con l'introduzione del contratto di *fiducie* nel codice civile(11), il legislatore francese ha utilizzato un'etichetta non estranea alla tradizione giuridica continentale ma, ispirandosi al trust di *common law*, ha dato origine ad un modello non appieno riconducibile né a quello anglo-americano né ai modelli fiduciarî concepiti dalla prassi del nostro sistema.

La legge francese sulla *fiducie* non rappresenta altro che uno dei tanti tentativi del diritto continentale di competere con il trust. Tuttavia, come le soluzioni precedenti (e, probabilmente, le soluzioni future), anche quella del legislatore francese non è in grado di misurarsi con i settecento anni di stratificazione del diritto giurisprudenziale elaborato dalle corti di *Equity*. Di conseguenza, la *fiducie* non pare in grado di poter adempiere al compito affidatole, cioè evitare l'attrazione di capitali da parte dei sistemi-trust.

■ La promiscuità del modello francese

Nel contratto di *fiducie* si possono rinvenire aspetti tipici delle organizzazioni complesse, come il trust(12), ed aspetti tipici del diritto dei contratti e riconducibili alla fiducia in senso romanistico.

Tuttavia, grazie alla *liberté contractuelle* ed agli articoli 2018 e 2022 cod. civ. fr., il costituente può implementare diverse regole di organizzazione e responsabilità della Law of Trusts (di qualsiasi ordinamento che conosca l'istituto), purché queste, chiaramente, non siano contrarie a norme imperative di legge o all'ordine pubblico interno.

Pertanto, nei paragrafi che seguono, si esamineranno i tratti contrattuali della *fiducie*, quelli tipici del diritto dei trust, nonché le regole da questo mutuabili.

Quindi, si darà conto di alcuni meccanismi che caratterizzano il modello anglo-americano e che non possono essere inseriti in un contratto dalle parti, in quanto volti a regolare situazioni per cui l'intervento del legislatore sembra imprescindibile.

Infine, ci si chiederà, anche alla luce di recenti provvedimenti della Repubblica di San Marino in tema di fiducia e trust, se la *fiducie* sia un modello socialmente desiderabile e se la sua ricezione nel nostro ordinamento possa efficientemente colmare l'assenza di *trust-like devices* regolati dalla legge italiana.

■ Regole tipicamente contrattuali

Regole di natura tipicamente contrattuale si possono rinvenire negli articoli 2013 e 2011 cod. civ. fr, nonché negli articoli 2025, 2028 e 2029 cod. civ. fr., i quali trattano rispettivamente del carattere sinallagmatico della *fiducie* e degli effetti traslativi, nonché della particolare forma di separazione patrimoniale che la stessa realizza e della trilateralità del contratto.

(i) Rapporto sinallagmatico ed effetti traslativi

La *fiducie* è "operazione sinallagmatica ad effetti traslativi"(13).

Infatti, l'articolo 2013 determina la nullità del contratto quando permeato di intenti liberali e pare implicare la necessità che i beneficiari effettuino in favore del fiduciante una prestazione, il cui valore non dovrà essere proporzionato al beneficio ricevuto, ma non potrà neppure essere irrisorio(14).

Note:

(9) Si veda il Regio Decreto 29 maggio 1942, secondo il cui articolo 1 le società fiduciarie debbono dichiarare le generalità dei proprietari dei titoli di cui siano intestatarie.

(10) Per tutte si veda Cass., 27 novembre 1999, n. 13261, Società, 2000, 702, con nota di Ianniello.

(11) La *fiducie* nasce con legge 19 febbraio 2007, n. 2007-211, che ha istituito il Titolo XIV nel Libro III del Code Civil, ed è stata innovata per una prima volta nell'anno successivo, con legge 4 agosto 2008, n. 2008-776 (in questa Rivista, 2008, 688) e, per una seconda volta, nell'anno 2009 con l'Ordonnance 30 gennaio 2009, n. 2009-112.

(12) Si veda il mio Trust e società, Torino, 2008.

(13) S. Ugolini, Il trust e la nuova legge sulla fiducia, Contratto e impresa/Europa, 2008, 311; A. Neri, La recente legge francese sulla fiducia: una fiducia con molti limiti, in questa Rivista, 2007, 569, a p. 570.

(14) V. M. Duphicot, Opération fiducie sur le sol français, Semaine Juridique, 2007, 5, 6.

Tale previsione permette ai costituenti di essere anche beneficiari, ma non consente ad alcuno di loro di prender parte al rapporto senza aver trasferito alcunché.

La *fiducie* si pone così in contrasto tanto con la disciplina delle organizzazioni complesse quanto con quella del trust e della fiducia in senso romanistico, i quali, da un lato, possono assurgere a fini donativi, *non profit* e caritatevoli, anche nel senso tecnico della *Charity* d'oltremontana e, dall'altro, contemplano la partecipazione di uno o più attori a titolo gratuito. In particolare, quest'ultima caratteristica, tipica dei modelli fiduciari è stata recepita nelle società per azioni con la riforma del diritto societario, che ha ridimensionato l'elemento della corrispettività, abbattendo tanto il requisito della necessaria proporzionalità tra il conferimento e la partecipazione, quanto quello della subordinazione della seconda al primo. In tal modo, si permette di ottenere con un solo euro azioni pari a un valore di gran lunga superiore, nonché di assegnare azioni gratuitamente a terzi, assegnando a quest'ultimi la qualità di soci(15).

Quanto invece agli effetti traslativi, il codice civile francese pare attribuire all'immediato trasferimento del patrimonio fiduciario il ruolo di presupposto dell'operazione di *fiducie*(16), la cui unica deroga è rappresentata dall'eventualità che il fiduciante intenda assoggettare al vincolo beni futuri, di cui è richiesta la determinabilità. Di conseguenza, in accordo con i principi generali sul trasferimento della proprietà, l'effetto traslativo si produrrà contestualmente alla conclusione del contratto ovvero, quando i beni verranno ad esistenza, entrando nella sfera patrimoniale del costituente.

Per contro, trust e organizzazioni complesse si fondano sulla separazione del momento della creazione del rapporto da quello in cui i *manager* sono dotati del capitale da amministrare nell'interesse altrui. In entrambi i modelli, infatti, si distingue tra atto istitutivo e atto costitutivo da una parte e atto dispositivo e conferimento dall'altra. Così, da un lato, laddove nulla sia trasferito al trustee, il trust esiste, ma le obbligazioni del *manager* non sono esigibili e, dall'altro, laddove non siano effettuati i conferimenti promessi, i soci di una s.p.a. sono personalmente responsabili per le obbligazioni contratte in nome della società. Qualora poi soltanto uno di essi perseveri nel proprio comportamento sleale, si potrà pervenirne all'esclusione(17), senza che però questa possa incidere sulla stabilità del rapporto sociale.

(ii) Il *patrimoine d'affectation*

Quanto al profilo della separazione patrimoniale, prevista dall'articolo 2025 cod. civ. fr., emerge immediatamente come quella realizzata in capo al fiduciario francese non sia paragonabile né alla riorganizzazione del patrimonio che caratterizza i trust e le società di capitali, né a quella della fiducia in senso romanistico.

Infatti, qualora non sia sfruttata la possibilità di deroga(18), il contratto di *fiducie* mantiene il patrimonio del fiduciante a garanzia dei creditori del patrimonio su cui la fiducia insiste, anche qualora il disponente non abbia altro ruolo nel rapporto.

In tal modo, si è creato un modello inedito nel panorama giuridico di continentale e di *common law*.

Nei modelli conosciuti, infatti, il patrimonio agredibile in via sussidiaria, quando previsto, è generalmente scelto tra quello appartenente a ciascun beneficiario o quello dei *managers* (anche laddove beneficiari), ma mai è identificato con il patrimonio di un soggetto che può non rivestire alcuno di tali ruoli. Per di più, laddove questo soggetto sia anche beneficiario, si verrebbe al singolare risultato secondo cui egli sarebbe l'unico dei beneficiari a rispondere illimitatamente delle obbligazioni contratte dal *manager* per conto della fiducia, senza essere investito dell'amministrazione.

La differenza tra *fiducie* e trust risiede nel fatto che quest'ultimo(19) riorganizza le responsabilità degli attori che gli ruotano attorno in maniera molto simile ad un patrimonio autonomo, rendendo la *trust property* centro di imputazione di debiti e crediti, purché il trustee abbia agito «*as a trustee and not otherwise*», il *settlor* non gli abbia attribuito un *right of indemnity*

Note:

(15) G. A. Rescio, Distribuzione di azioni non proporzionale ai conferimenti effettuati dai soci di s.p.a., in P. Benazzo – S. Patriarca – G. Presti, Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private, Milano, 2003, 108.

(16) Articolo 2011 cod. civ. fr.

(17) Si veda l'articolo 2344 cod. civ. per le s.p.a., l'articolo 2466 cod. civ. per le s.r.l., nonché gli articoli 2253 e 2286 cod. civ. per le società personali.

(18) L'articolo 2025 cod. civ. fr. prevede che, se contemplato nel documento contrattuale, i creditori della fiducia abbiano azione esecutiva sul patrimonio personale del fiduciario ovvero, in caso di loro accettazione, sul patrimonio trasferito al *manager* per l'adempimento del programma gestorio.

(19) F. Barrière, La legge che istituisce la fiducia tra equilibrio e incoerenza, in questa Rivista, 2008, 124, a p. 130.

sul patrimonio dei beneficiari(20), ovvero la legge regolatrice tratti il *manager* alla stregua di un *representative* della *trust property*(21).

Ugualmente, il livello di segregazione dei beni assoggettati ad un rapporto di fiducia in senso romanistico è diverso da quello previsto dal *code civil* in capo al fiduciante francese, atteso che, nel nostro ordinamento, trovano applicazione le regole del mandato senza rappresentanza(22), secondo le quali il mandatario può opporre il vincolo nascente dal rapporto ai propri creditori personali che tentino di promuovere l'azione esecutiva sui beni acquistati in esecuzione dell'incarico.

Tale opponibilità non è assoluta, ma opera nei limiti di cui all'articolo 1707 cod. civ. e, dunque, purché il mandato – con data certa ed avente ad oggetto beni mobili e crediti – ovvero la trascrizione dell'atto di ritrasferimento o della relativa domanda giudiziale – se si tratti di immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri – siano anteriori al pignoramento. La stessa regola si applica quando il mandatario fallisca, in quanto si è ritenuto che l'articolo 45 della legge fallimentare implichi la sostituzione, nell'articolo 1707 cod. civ., del riferimento al pignoramento con quello al fallimento e che l'articolo 79, ultimo comma, della medesima legge, oggi in parte confluito nell'art. 103, ultimo comma, si riferisca, oltre che all'articolo 1706 cod. civ., all'articolo 1707 cod. civ.(23).

Il vincolo del mandato, tuttavia, è parzialmente permeabile dal lato dei creditori del mandante, i quali possono agire con l'azione surrogatoria nei confronti del mandatario laddove il rapporto mandante-mandatario non sia in grado – o sia ritenuto tale – di far pervenire direttamente nella sfera giuridica del primo quanto dal secondo acquistato. Si tratta dei casi di mandato senza rappresentanza ad alienare e mandato senza rappresentanza ad acquistare crediti o beni mobili, rispetto ai quali il formante dottrinale ha proposto varie soluzioni, tutte caratterizzate dallo stesso citato difetto(24).

Infine, il *patrimoine d'affectation* della *fiducie* francese rompe anche con i modelli tradizionalmente conosciuti di organizzazioni complesse. Essi, infatti, quando non prevedono completa impermeabilità patrimoniale, pongono a garanzia dei creditori dell'organizzazione, in via alternativa, il patrimonio del *manager* ovvero quello dei soggetti nel cui interesse la gestione è portata avanti dal *manager*, ma mai il patrimonio di un terzo quale è il fi-

Note:

(20) Hayton-Marshall, *Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies*, 12th ed. by D.J. Hayton and C. C. J. Mitchell, Londra, 2005, p. 692.

(21) Tale principio è affermato dal Field Code che definisce addirittura il trustee alla stregua di un *agent* della *trust property*. La regola è recepita in California (*Irvine v MacGregor*, 1928, 265 P. 218, 203 Cal. 583; *Purdy v Bank of America Nat'l Trust & Sav. Ass'n*, 1935, 40 P.2d 481, 2 Cal.2d 298), nonostante in alcuni casi sia stato ritenuto personalmente responsabile il *manager* (*Goldwater v Oltman*, 1930, 292 P. 624, 210 Cal. 408, 71 A.L.R. 871). Anche in altri Stati la responsabilità personale del trustee è stata riformata.

(22) P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento*, Milano, 1968, p. 323; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, pp. 622-627; F. Di Ciommo, *Per una teoria negoziale del trust* (ovvero perché non possiamo farne a meno), *Corriere giur.*, 1999, 630 (prima parte), 773 (seconda parte), a p. 783. Per contro, in quella germanistica, non si pongono questioni di riorganizzazione del patrimonio, atteso che al fiduciario è trasferita la sola legittimazione a disporre (P. G. Jaeger, *Sull'intestazione fiduciaria di quote di società a responsabilità limitata*, *Giur. comm.*, 1979, 199; B. Ianniello, *Intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali e responsabilità del fiduciario*, *Le società*, 2000, 707).

(23) P. G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario nel fallimento* [*supra*, nota 22], a p. 352; G. Ragusa Maggiore, *Diritto Fallimentare*, Napoli, 1974, p. 526; S. Satta, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1990, p. 287.

(24) In relazione a tali modelli, infatti, il formante dottrinale oscilla tra posizioni differenti. Più in particolare, secondo alcuni, nel mandato ad alienare senza rappresentanza, vi sarebbe un mero conferimento di legittimazione a disporre, tale per cui il bene si trasferirebbe direttamente dal mandante a terzi restando nella sfera di appartenenza del primo (W. Bigiavi, *La delegazione*, Padova, 1940, p. 141; L. Cariotta Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, p. 66. In giurisprudenza si veda Cass., 7 dicembre 1994, n. 10522, *Giust. civ.*, 1995, 2165). Secondo altri, invece, il bene sarebbe trasferito prima al mandatario e, successivamente, al terzo. Tale effetto si produrrebbe, conformemente ad una prima tesi, a causa della conclusione del contratto di mandato, che avrebbe determinato l'acquisto della proprietà da parte del mandatario (A. Giovene, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 44), secondo un'altra teoria, in forza di trasferimento del bene dal mandante al mandatario cui il primo sarebbe obbligato (G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1954, p. 126) e, infine, secondo una terza impostazione, in virtù di un trasferimento di diritto, che si verificherebbe dal mandante al mandatario, quando quest'ultimo abbia concluso il contratto con il terzo (G. Santoro Passarelli, *Mandato, rappresentanza indiretta: limiti*, *Riv. dir. civ.*, 1940, 479; A. Luminoso, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 12, Torino, 1986, pp. 81-84 e pp. 104-106).

Anche in relazione al mandato senza rappresentanza ad acquistare beni mobili non registrati o crediti, si è proposta una distinzione simile. Quando si tratta di crediti, infatti, secondo alcuni ne sarebbe titolare direttamente il mandante grazie al principio consensualistico (R. Sacco, *Principio consensualistico ed effetti del mandato*, *Foro it.*, 1966, I, 1384; R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da R. Sacco [*supra*, nota 2], vol. I, p. 890 secondo i quali il trasferimento diretto al mandante avviene grazie al principio consensualistico di cui all'articolo 1376 cod. civ.: «mandante e mandatario sono d'accordo nel volere che il diritto sia del primo»; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà* [*supra*, nota 22], p. 612) ovvero per effetto di trasferimento sottoposto ad una *condicio iuris*, meramente potestativa, che lo stesso mandante riveli al terzo l'esistenza del mandato (A. Luminoso, *Il mandato e la commissione* [*supra*, in questa nota], p. 90). Secondo altri, invece, ne sarebbe titolare il mandatario, nei confronti del quale il mandante potrebbe esperire azione surrogatoria indipendentemente dai presupposti di cui all'articolo 2900 cod. civ. (G. Minervini, *Il mandato, la commissione, la spedizione* [*supra*, in questa nota], p. 106).

duciante francese che non sia anche beneficiario. Il primo caso è quello degli amministratori delle associazioni non riconosciute e delle società in accomandita semplice (articolo 2313 cod. civ.) o in accomandita per azioni; il secondo, invece, è quello della responsabilità dei soci nelle restanti società personali (artt. 2297 cod. civ., applicabile alle società semplici e a quelle in nome collettivo) e nelle società per azioni che non abbiano ancora ottenuto l'iscrizione nel registro delle imprese (articolo 2317 cod. civ.).

(iii) Deroche all'assetto codicistico della separazione patrimoniale

Come sopra accennato, conformemente al suggerimento dello stesso articolo 2025 cod. civ. fr., la regola di responsabilità può avere un diverso assetto.

Innanzitutto, se stabilito per contratto, potrà essere il *manager* a rispondere delle obbligazioni assunte laddove il patrimonio fiduciario risulti insufficiente alle pretese dei terzi creditori. In tal caso, il modello così contrattato tra le parti sarà riconducibile a quello delle società in accomandita semplice e per azioni, nonché alla responsabilità degli amministratori delle associazioni non riconosciute (articolo 38 cod. civ.). Questa deroga, però, sarà di scarsa utilizzazione, in quanto idonea ad innalzare i costi transattivi del regolamento di interessi che il fiduciante deve adottare con il fiduciario, il quale non avrà alcuna intenzione, a meno che nullatenente, di accollarsi la responsabilità per le obbligazioni contratte nell'interesse della fiducia. Tutt'al più, simile possibilità potrà incentivare i fiducianti a scegliere fiduciari poco capienti, ovvero a costituire società sottocapitalizzate(25), con il solo intento di riallocare su di esse le eventuali passività derivanti dal patrimonio fiduciario.

In secondo luogo, l'articolo 2025 cod. civ. fr. autorizza il *manager* a pattuire, contrattando con i creditori del patrimonio fiduciario, una limitazione di responsabilità alla capienza di quest'ultimo.

Anche questa deroga, dovendo essere negoziata con ciascuna controparte, porta con sé un incremento dei costi transattivi tanto in capo al *manager* quanto in capo alla sua controparte contrattuale. Tali costi sono rappresentati dalla negoziazione della diversa regola di responsabilità, nonché dalla ricerca delle informazioni in merito alla capienza del patrimonio fiduciario.

Per di più, laddove il fiduciante, come suggerito in dottrina(26), subordinasse la conclusione di contratti all'ottenimento dell'accettazione del terzo, la gestione del patrimonio fiduciario potrebbe risultare di gran lunga ingessata. Infatti, in considerazione dei descritti costi di transazione, le possibili controparti contrattuali che si avvicinino al fiduciario potrebbero declinare la negoziazione.

(iv) La revoca e la modificabilità del contratto

La *fiducie* si inserisce nello schema predisposto dal *code civil* per il contratto a favore di terzo, che richiede a quest'ultimo la dichiarazione di voler approfittare della pattuizione altrui per beneficiare della prestazione e la relativa accettazione al solo fine di rendere irrevocabile quanto pattuito tra il promittente e lo stipulante(27).

Tale struttura, estranea a trust, fiducia in senso romanistico(28) ed organizzazioni complesse, incide sul potere di revoca e modificazione del regolamento contrattuale.

Il primo, infatti, spetta al solo disponente in quel periodo di tempo che intercorre tra la stipulazione in favore altrui conclusa con il fiduciario e l'accettazione del terzo beneficiario.

Questo modello di rimozione unilaterale degli effetti del rapporto, di ispirazione tipicamente contrattuale, costituisce un'ulteriore frattura del modello francese con il trust e con le organizzazioni complesse. Se infatti quest'ultime non contemplano affatto la possibilità di revoca, il modello angloamericano può presentare tale peculiarità, ed il relativo potere può essere mantenuto dal disponente per sé stesso ovvero attribuito ad un terzo soggetto, estraneo all'istituto e può essere esercitato anche durante l'amministrazione del rapporto, purché avvenga conformemente al-

Note:

(25) F. Barrière, La legge che istituisce la fiducia tra equilibrio e incoerenza [*supra*, nota 19], a p. 131.

(26) F. Barrière, La legge che istituisce la fiducia tra equilibrio e incoerenza [*supra*, nota 19], a p. 131.

(27) Art. 1121 cod. civ. fr.

(28) È infatti noto come nel trust i beneficiari non debbano accettare il rapporto (ma possano tutt'al più rifiutare il loro *status*) e, nel nostro sistema, laddove la fiducia preveda una pattuizione in favore del terzo, questo, conformemente agli articoli 1411 cod. civ. e seguenti non debba accettarla, ma, eventualmente, dichiarare di volerne profittare.

le regole di *default* o a quanto previsto nel *trust instrument*.

Quanto invece alla modificabilità, il codice civile francese richiede il consenso dei beneficiari ovvero la decisione di una corte, riproducendo la soluzione adottata nel trust e nelle organizzazioni complesse, i quali assegnano alla collettività dei soggetti nel cui interesse è condotta la gestione (assemblea e comitato dei beneficiari (il potere di variare l'assetto interno, a prescindere da una manifestazione di volontà degli amministratori. Tale è infatti il ruolo del comitato dei beneficiari del trust e dell'assemblea dei soci nelle società.

(v) Lo scioglimento del contratto di fiducie

Infine, occorre ancora considerare la regola che dispone lo scioglimento del contratto di *fiducie* nel caso in cui il fiduciario venga meno a causa di una *liquidation judiciaire* ovvero della sua *dissolution*, o, ancora, in seguito ad una incorporazione o ad una cessione(29).

In tal caso, il patrimonio fiduciario è trasferito ai beneficiari o, in loro assenza, al disponente(30).

La regola è di chiara ispirazione contrattuale e si pone in contrasto sia con il trust che con le organizzazioni complesse. In genere, infatti, quando una delle parti cessa di esistere, per qualsivoglia motivo, il diritto dei contratti dispone lo scioglimento del vincolo, come nel caso della *fiducie*, e il trasferimento dei beni, ovvero la trasmissione agli eredi dei diritti contrattualmente acquisiti.

Per contro, nelle organizzazioni complesse e nel trust, laddove ci si trovi senza *managers* per sopravvenienze di sorta, il patrimonio su cui il rapporto insiste non è trasferito ad alcuno dei suoi attori, ma, per effetto della nomina di nuovi amministratori, sarà posto sotto il controllo di quest'ultimi. In questo modo, si garantisce ai terzi che hanno contrattato con i *managers* la continuità dei rapporti instaurati, senza che si determini lo scioglimento e si renda necessaria una nuova negoziazione.

■ Regole di *default* riconducibili al trust (e alle organizzazioni complesse)

Nella *fiducie*, ad aspetti tipicamente contrattuali si contrappongono diverse regole riconducibili al trust ed alle organizzazioni complesse, relative al ruolo

ricoperto da ciascuno degli attori, ai rispettivi poteri ed alla *governance*(31).

Infatti, l'articolo 2016 cod. civ. fr. tradisce l'ispirazione al trust del legislatore francese, il quale si è premurato di indicare che il costituente o il fiduciario può essere beneficiario del contratto di fiducie. Tuttavia, diversamente dalla tradizionale Law of Trusts, ma coerentemente con il principio di corrispettività, non paiono ammissibili *fiducie* auto-dichiarate, in cui un soggetto si dichiara *manager* nell'interesse (proprio e) altrui, segregando la parte dei propri beni che intende assoggettare al vincolo fiduciario.

Di conseguenza, laddove intenda incidere sulla *governance* della *fiducie*, senza avere la possibilità di impegnarsi di prima persona, il disponente potrà nominare un terzo di propria fiducia guardiano del rapporto.

A quest'ultimo, però, il legislatore francese ha riservato gli stessi poteri assegnati al disponente, dimostrando così di aver conosciuto l'esperienza dei guardiani dei trust internazionali istituiti ai sensi della Convenzione de L'Aja, ma di non aver osato spingersi fino ad un completo recepimento della figura e del ruolo generalmente svolto(32).

Simile previsione importa che il guardiano possa chiedere al fiduciario il rendiconto della gestione ed al giudice la sostituzione o la nomina di un fiduciario provvisorio, laddove il *manager* incaricato venga meno ai suoi doveri, mettendo in pericolo l'interesse dei beneficiari(33).

La regola, come facilmente comprensibile, è tipica delle organizzazioni complesse e del trust, laddove in caso di infedeltà, non sia prevista la risoluzione del rapporto, secondo le generali regole dei contratti, bensì la sostituzione del *manager*, anche provvisoria. Anche in questo caso, però, la *fiducie* dimostra di avere una disciplina meno precisa, laddove non si prevede la possibilità che la corte nomini un amministratore di propria fiducia o assuma direttamente

Note:

(29) Articolo 2029 cod. civ. fr.

(30) Articolo 2030 cod. civ. fr.

(31) Si tratta degli articoli 2016, 2017, 2020, 2021, 2022, 2027 e 2029 del code civil.

(32) Si veda l'articolo 2017 cod. civ. fr.

(33) Articolo 2022 cod. civ. fr.

l'amministrazione per rimuovere intralci ed irregolarità determinati dai precedenti gestori(34).

In tal modo, il guardiano non è altro che un semplice sostituto del costituente e titolare di un potere decisamente ridotto rispetto a quello dei consiglieri di sorveglianza delle s.p.a. e dei *protectors* dei trust, che partecipano attivamente alla gestione, dirigendo l'azione dei *managers*.

Il legislatore francese, allora, pare aver lasciato ampio spazio alla negoziazione delle parti, le quali, probabilmente, non trovandosi nella stessa posizione di forza, potrebbero dar luogo a contratti incompleti, a tutto vantaggio dei fiduciari professionisti.

I due poteri assegnati al guardiano, insieme all'azione di responsabilità da esperirsi verso il fiduciario, fanno parte dei diritti amministrativi riconosciuti ai beneficiari, che si affiancano a quelli economici, riproducendo un assetto non dissimile a quello realizzato dal trust e delle organizzazioni complesse, ma ancora una volta (meno efficiente e) incompleto. Non è, infatti, riconosciuto alcun potere in merito alla nomina del guardiano, laddove egli cessi dal proprio incarico per qualsiasi sopravvenuta ragione, né sono stabilite regole per la circolazione della propria posizione, diverse da quelle riconducibili alla cessione del contratto, che saranno applicabili anche ai beneficiari di una *fiducie*.

Da ultimo, restano da esaminare altri tre aspetti, non propriamente contrattuali, cioè l'espressa menzione di agire per conto della fiducia (articolo 2021 cod. civ. fr.), la creazione di un registro delle *fiducies* (articolo 2020 cod. civ. fr.), nonché lo scioglimento del rapporto per volontà dei beneficiari o per il raggiungimento dello scopo.

Quanto al primo profilo, è sufficiente notare come laddove la regola fosse influenzata dal diritto dei contratti, s'imporrebbe al fiduciario la menzione di agire per conto dei beneficiari e non per conto della fiducia, cioè di un patrimonio (fiduciario e) segregato.

Anche l'istituzione di un registro esula dal diritto dei contratti ed è elemento tipico delle organizzazioni complesse e di alcune leggi trust recentemente approvate, come quella di San Marino(35).

Infine, pare contraddetto il diritto dei contratti laddove si prevede che lo scioglimento del contratto di *fiducie* possa avvenire a causa del raggiungimento dello scopo perseguito ovvero per volontà dei beneficiari.

Nessun contratto, infatti, fa uso di una regola del

primo tipo, così come una regola del secondo rappresenta una facoltà attribuita ai soci delle società di persone e capitali ed ai beneficiari dei trust. Per contro, come noto, qualora il rapporto fosse propriamente contrattuale, lo scioglimento dovrebbe essere subordinato anche al consenso del *fiduciaire*.

■ Regole della Law of Trusts pattuibili nel contratto di *fiducie*

Nei precedenti paragrafi si è avuto modo di sottolineare come la *fiducie* riproduca diversi meccanismi che caratterizzano il trust e le organizzazioni complesse, presentando tuttavia, se con questi comparate, numerose lacune.

Alcune di esse possono essere colmate facendo ricorso alla *liberté contractuelle*, autonomia contrattuale, riconosciuta in Francia nella medesima accezione italiana, ed implicitamente ricavabile dall'articolo 1134 del code civil(36).

Così, gli attori del mercato francese che avessero alla mano un atto istitutivo di trust potrebbero inserire pattuizioni relative alle regole di condotta degli organi di *governance* ed all'assetto del contratto di *fiducie*, implementando alcuni meccanismi tipici delle organizzazioni complesse.

(i) Regole di condotta

Diligenza, conflitto di interessi, sostituzione dei *managers* e divieto di commistione del patrimonio fiduciario con quello personale non trovano una propria regolamentazione nella parte che il *code civil* riserva alla *fiducie*.

Tuttavia, essi potranno trovare una disciplina ne-

Note:

(34) Si pensi al procedimento *ex art.* 2409 cod. civ. e all'assunzione dell'amministrazione del trust da parte di una corte inglese (*Re Ratcliffe [1898] 2 Ch 352*) nonché alla nomina di un *judicial trustee*, in accordo con il *Judicial Trustee Act 1986*. Le corti inoltre, possono entrare nelle dinamiche del trust esercitando, ad esempio, il potere di stabilire o correggere il compenso dei *managers*; sostituirsi a disponente e *residual claimants* e sollevare il gestore da responsabilità per inadempimento *ex ante*, impartendogli istruzioni, ovvero *ex post*; autorizzare il *manager* al compimento di un atto determinato; dirigere il trustee in una particolare operazione che dovrebbe intraprendere; invitare il trustee ad astenersi da un'operazione rispetto alla quale non ha poteri attribuiti dall'atto istitutivo; accertare le classi di un *discretionary trust*, nonché risolvere qualsiasi questione in merito all'amministrazione del trust.

(35) Legge 17 marzo 2005 n. 37.

(36) Cass., Ire Civ., Arrêt n. 1015 du 25 juin 2002.

goziata tra il fiduciante e il fiduciario, sopportando i relativi costi di transazione.

Allora, l'obbligo di agire diligentemente potrà essere forgiato in conformità al tipo di beni trasferiti al gestore, il quale potrà muoversi in un ampio spettro di attività d'investimento, dalla mera custodia alla speculazione. In tal senso, si potrà ancorare il comportamento del *manager* a diverse gradazioni di diligenza, come quella del buon padre di famiglia, quella modulata in base alla categoria professionale a cui appartiene il soggetto agente o, ancora, quella ancorata alla teoria di diversificazione del portafoglio titoli di Markovitz e Sharpe, implementata nel *duty to invest* dalla Law of Trusts statunitense e inglese.

Quanto all'assenza di una regolamentazione del conflitto di interessi del fiduciario, pare legittimo osservare come simile mancanza non sia comune per un rapporto, perlomeno nella declamazione del formante legislativo, etichettato come fiduciario. Pertanto, il relativo obbligo di non agire con gli interessi confliggenti potrà essere inserito del contratto di *fiducie*, sotto forma di limitazione dei poteri gestori assegnati al fiduciario. Conseguentemente, si potrebbe sfruttare l'articolo 2023 cod. civ. fr., secondo cui le limitazioni dei poteri del *manager* possono essere opposte ai terzi soltanto laddove si possa dimostrare che questi erano a conoscenza degli stessi limiti. Qualora tale circostanza non fosse provata, ai beneficiari resterebbe il solo rimedio risarcitorio, da esperire nei confronti del fiduciario.

Pertanto, ragioni di efficienza economica suggeriscono perlomeno una modifica della regola di *default* ed un specifica disciplina del regime di opponibilità dell'atto concluso in conflitto di interessi.

Anche la sostituzione del *manager* è priva di apposite regole, nonché idonea ad essere pattuita con il disponente.

In proposito, si potrà attingere all'articolo 1994 cod. civ. fr., secondo cui, in tema di sostituzione del mandatario, questi è responsabile dell'azione del sostituto laddove non autorizzato a procedere alla sostituzione, ovvero laddove il sostituto sia notoriamente incapace o insolvente. Resterebbe tuttavia da risolvere il problema dell'azione diretta che, conformemente al citato modello del *code civil*, in assenza di un diverso intervento legislativo, parrebbe doversi riconoscere in capo al fiduciante e non ai beneficiari, i quali ne risulterebbero privi laddove non rivestissero anche il ruolo di disponenti.

In alternativa al modello francese di sostituzione

del mandatario, si potrà adottare una regola più efficiente, come quella italiana, secondo cui la sostituzione è permessa (e il mandatario non risponde del comportamento altrui) se resa necessaria dalle circostanze (articolo 1717 cod. civ.). Ancora, nel caso in cui si desideri l'esecuzione strettamente personale, si potrebbe utilizzare la *non delegation rule*, così come originariamente concepita dalle corti di *Equity*, al fine di disincentivare la sostituzione⁽³⁷⁾.

Da ultimo, per creare incentivi al gestore alla separazione dei beni propri da quelli altrui, il fiduciante che abbia conoscenza del diritto dei trust potrebbe recepire il *duty to earmark*, dovere di contrassegnare la *trust property* ed il *duty not to commingle*, dovere di non confondere i patrimoni, scegliendo tra i due modelli di responsabilità che si sono storicamente alternati a presidio dei beneficiari. Il primo, oramai abbandonato, legittimava quest'ultimi all'azione di danno per il solo fatto che il *manager* non avesse contrassegnato o commisto i patrimoni⁽³⁸⁾, ed il secondo, che rappresenta la regola di *default* attuale, richiede la dimostrazione del nesso eziologico intercorrente tra l'evento e la perdita allocata ai beni *on trust*⁽³⁹⁾.

Anche la disciplina della posizione del guardiano potrebbe trovare una regolamentazione più compiuta rispetto al mero rinvio previsto dal *code civil* ai poteri del disponente. In tal senso, infatti, potrebbero essere ritagliati su misura l'obbligo di agire diligentemente e quello di non agire in conflitto di interessi, assenti nella lettera del codice civile francese.

(ii) Regole di organizzazione

All'introduzione delle descritte regole comportamentali di gestore e guardiano si potrebbero affiancare, senza violare alcuna disposizione inderogabile del *code civil*, alcune regole (di organizzazione) tipiche di trust ed organizzazioni complesse.

Così, qualora il disponente intendesse nominare

Note:

(37) Si veda il mio Origini e sviluppi della *non delegation rule* tra diritto comparato ed analisi economica, Riv. dir. comm. gen. obbl., 2004, 845.

(38) Per il *duty not to commingle* si veda V. Vollmar – A. Hess – R. Whiteman, An Introduction to Trusts and Estates, New York, 2003, 1061 e, per il *duty to earmark* si veda *Wolf v Stefanowicz*, 318 Pa. 197, 177 Atl. 821 (1935).

(39) Per il *duty not to commingle* si veda il Comment M, Rest., 3rd, Trusts (Prudent Investor Rule), § 227 e, per il *duty to earmark*, Restatement, Second, Trusts, § 189.

più *fiduciaires*, potrebbe prevedere un *conseil de fiduciaires*, sulla scorta del *board of trustees*, stabilendo a quali di essi è attribuito il potere di impegnare il patrimonio fiduciario e a quali è riservata la sola gestione dello stesso.

Inoltre, si potrebbe indicare un *quorum* costitutivo ed un *quorum* deliberativo, laddove si volesse snellire il procedimento decisionale, sottraendo alla regola dell'unanimità le scelte del consiglio.

Le stesse regole sono suscettibili di adozione quando siano nominati diversi guardiani, che si riuniscano in un consiglio.

Il fiduciante, inoltre, potrebbe stabilire i meccanismi di nomina e revoca dei guardiani, ad esempio assegnando all'unanimità dei beneficiari il relativo potere, ovvero attribuendolo in via esclusiva solamente ad alcuno di essi.

Per di più, il ruolo dei guardiani potrebbe essere interamente rivisitato alla luce delle leggi appartenenti al modello internazionale ed agli atti istitutivi di trust retti dalla Convenzione de L'Aja.

In tal senso, al fine di pervenire ad una ottimale condivisione della *governance* andrebbe assegnato al guardiano il dovere-potere di direzione degli investimenti, associabile, a seconda delle circostanze, ad un potere di veto in determinate materie. Simile clausola, però, in assenza di un intervento del legislatore, potrebbe indurre le corti a considerare il guardiano *fiduciaire* di fatto, assegnandogli la medesima responsabilità del *manager*. Di conseguenza, si creerebbero incentivi a rifiutare questo tipo di incarico, con effetti sulla funzione di utilità dei beneficiari, i quali non potrebbero godere dei benefici derivanti dalla condivisione della *governance*.

Infine, sarebbe opportuno, come avviene nei trust dotati di guardiano e nelle società per azioni in cui è nominato il consiglio di sorveglianza, assegnare al guardiano la facoltà di convenire il fiduciario per ottenerne la condanna all'adempimento delle proprie obbligazioni, riservando ai beneficiari l'azione di danno tanto nei confronti del primo quanto nei confronti del secondo, laddove abbiano tenuto comportamenti divergenti dalla legge o dal contratto.

Le osservazioni poc'anzi riportate evidenziano l'incompletezza delle norme sulla *fiducie*.

Tali mancanze non possono che riflettersi sui costi che debbono sostenere le parti, le quali non paiono poter fare affidamento su di un modello di *default* efficiente che le esoneri dalla sopportazione dei citati oneri(40).

■ Regole di organizzazione della Law of Trusts non adottabili nel contratto di *fiducie*

Non tutte le soluzioni previste dal diritto dei trust possono essere introdotte nel contratto di *fiducie* attraverso l'autonomia contrattuale.

Vi sono, infatti, situazioni in cui, essendo coinvolti i terzi, una pattuizione non è sufficiente, in quanto inopponibile a coloro che non hanno partecipato alla contrattazione.

Queste situazioni sono riconducibili allo scioglimento del contratto per sopravvenuta mancanza del gestore, alle limitazioni dei trasferimenti volontari e involontari della partecipazione nel trust, nonché alla rimozione degli effetti di un atto posto in essere nonostante la presenza di interessi confliggenti.

Quanto al primo aspetto, ragioni di efficienza economica relative allo scioglimento dei contratti conclusi dal *manager* suggeriscono un rovesciamento della regola contrattuale e la conseguente adozione della continuità del rapporto interno e di quelli esterni, nonostante la sopravvenuta mancanza del gestore. Contestualmente sarebbe necessario introdurre le regole di nomina del nuovo fiduciario, prevedendo *quorum* costitutivi e deliberativi in seno ai beneficiari.

Le limitazioni dei trasferimenti volontari e involontari sono determinate dalle clausole *discretionary*, *protective* e *spendthrift*, peculiarità della Law of Trusts angloamericana.

I trasferimenti volontari sono impediti a) nei *discretionary trust* perché il diritto dei soggetti appartenenti alla categoria indicata dal disponente è soltanto potenziale(41) e, pertanto, essi potrebbero tutt'al più tentare di trasferire l'aspettativa di ricevere dei pagamenti dal *manager*(42); b) nei *protective trust*, laddove si ricollegli il tentativo di alienazione del *beneficial interest*(43) alla trasformazione del trust in

Note:

(40) U. Mattei – A. Gallarati, *Economia politica del diritto civile*, Torino, 2009.

(41) *Schmidt v Rosewood Trust Ltd.* [2003] 2 WLR 1442, in questa Rivista, 2003, 586; M. Graziadei, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1995, p. 403.

(42) G. Thomas – A. Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford, 2004, p. 262.

(43) G. Watt, *Trusts and Equity*, Oxford, 2003, p. 211; M. Lupoi, *Trusts*, II ed., Milano, 2001, p. 220; Parker & Mellows: *The Modern Law of Trusts*, 8th ed by A. J. Oakley, Londra, 2003, p. 265. La creazione di *pro-*

(segue)

discrezionale e c) negli *spendthrift trusts* è dovuta alla legge, la quale impedisce anche il compimento di trasferimenti involontari(44).

Questi ultimi, in particolare, non possono avvenire nei *discretionary trust*, giacché l'esecuzione non può essere promossa su di un'aspettativa e, nei *protective trusts*, qualora la trasformazione del rapporto in discrezionale sia subordinata al tentativo di eseguire una pretesa sul *beneficial interest*.

Tali tecniche di protezione patrimoniale sono sconosciute alle organizzazioni complesse, nelle quali, tuttavia, s'incontrano spesso limiti alla circolazione volontaria della partecipazione, che assumono efficacia reale e consentono, alla società, di far valere la relativa clausola di *lock-up* e, al socio, il diritto di prelazione violato.

Infine, per quanto concerne l'apparato rimediabile di cui sono titolari i beneficiari, si renderebbe necessaria, soprattutto in considerazione dell'etichetta che il legislatore francese ha assegnato al contratto di *fiducie*, una regolamentazione dell'obbligo di non agire in conflitto di interessi, con la conseguente disciplina degli effetti dell'atto viziato e dei relativi rimedi, la quale non pare potersi introdurre per mezzo di una pattuizione *ad hoc*, se non sotto il solo profilo risarcitorio.

■ Sull'adozione di modelli fiduciari nel nostro sistema giuridico

Da quanto analizzato si possono trarre almeno due spunti per una riflessione relativa all'introduzione di modelli fiduciari nel nostro ordinamento.

La competizione dei modelli continentali con il trust e le regole di organizzazione

Una prima considerazione coinvolge l'impossibilità di evitare l'adozione di quelle regole che trovano una collocazione compiuta nel diritto delle organizzazioni complesse, quali le società – ed i cui risultati, almeno in parte, sono ottenibili con regole di diritto civile puro(45) – laddove, in un sistema di *civil law*, ispirandosi al trust, s'introduca un modello fiduciario che possa competere con quello anglo-americano e costituirne un'alternativa vincente.

Infatti, come evidenziato nei paragrafi precedenti, nonostante l'intenzione del legislatore francese fosse quella di servirsi di uno schema contrattuale-fi-

ducario di tipo *civilian*, l'ispirazione al trust e la necessità di elaborare un modello con esso concorrente hanno inevitabilmente determinato l'implementazione di alcune regole di organizzazione.

Tale adozione, tuttavia, è avvenuta involontariamente, a causa del fatto che il giurista continentale tende ad interpretare il trust alla luce delle categorie contrattuali che lo conducono alla fiducia in senso romanistico, al contratto in favore di terzi ed al mandato senza rappresentanza, i quali, come noto, appartenendo all'area del diritto dei contratti, presentano, nelle regole di *default*, solamente meccanismi di quel tipo.

Questa ricezione di regole più casuale che sistematica ha a sua volta determinato la creazione di un modello (la *fiducie*), ibrido ed incompleto, che non arricchisce l'ordinamento continentale in cui è inserito ed il cui destino è quello di non assurgere al ruolo che le si vorrebbe affidare, perdendo la competizione con il trust (e le società).

Ibridità e incompletezza non sono viste con favore dai giuristi, in quanto fonti di diseconomie. Esse, infatti, riallocano dei costi transattivi agli attori del mercato, i quali, non potendo fare affidamento sulle regole di *default*, dovranno provvedere ad un'ampia regolamentazione del loro rapporto, sostenendone i relativi costi.

Di segno opposto è la tendenza legislativa della Repubblica di San Marino, la quale, ricalcando, al-

Note:

(continua nota 43)

protective trusts è lasciata all'autonomia degli attori del mercato. Ove tuttavia il disponente si limiti a dichiarare che la *trust property* deve essere detenuta «on protective trust» o usi differenti parole che esprimano i medesimi intenti, troverà applicazione la Section 33(1)(i) del Trustee Act 1925. Quest'ultima stabilisce un *primary trust* che, al verificarsi di un evento, di un atto o di un'omissione tali da minacciare il reddito derivante dal rapporto, si trasforma, secondo la Section 33(1)(ii), in *secondary trust*, trust discrezionale in favore dello stesso beneficiario, sua moglie e i loro discendenti. Secondo la giurisprudenza, tra gli altri, sono eventi idonei a provocare la trasformazione del *protective trust* della Section 33(i) del Trustee Act 1925 a) il fallimento del beneficiario; b) un ordine di sequestro conseguente a un *contempt of court* posto in essere da un beneficiario; c) la rinuncia, subordinata al verificarsi di certi eventi, di un beneficiario al suo diritto; d) la nomina, da parte di un beneficiario, di un *attorney* cui debba essere corrisposto il reddito, nonostante le spese relative siano pagate dallo stesso beneficiario; e) l'imposizione di un *equitable charge* da parte di un *maintenance order* di una corte, nonché f) l'emissione di un *attachment of earnings order* per assicurare il mantenimento della moglie separata.

(44) J. Dukeminier – S. Johanson, *Wills, Trusts and Estates*, New York, 2000, p. 631.

(45) Sul tema si veda M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 219 e seguenti.

meno in parte, nella recente legge 1° marzo 2010 n. 43, il contratto di affidamento fiduciario suggerito dal formante dottrinale per il nostro ordinamento(46), affianca al trust di diritto Sanmarinese una rivisitazione in chiave moderna della fiducia appartenente alla tradizione romanistica(47).

Pur non avendo velleità competitive rispetto all'istituto di ispirazione angloamericana, attesa la compresenza dei due modelli nel sistema giuridico, il contratto di affidamento fiduciario, oltre a presentare alcune proprie peculiarità, recepisce alcuni aspetti caratteristici del trust – riproducibili nel nostro ordinamento facendo ricorso al diritto civile puro(48) – ed alcuni aspetti tipici (dell'istituto di *common law* e) delle organizzazioni complesse dai quali, evidentemente, il legislatore *civilian* ha ritenuto impossibile prescindere al fine di offrire agli attori del mercato uno strumento moderno ed efficiente.

Sotto il primo profilo rileva la possibilità attribuita al disponente di mantenere un potere di controllo atipico rispetto a quanto permesso dalla tradizionale Law of Trusts inglese nonché al fiduciante di *civil law*.

Tale potere presenta implicazioni dal punto di vista rimediabile e da quello gestorio. Se infatti da un lato l'affidatario è responsabile anche verso l'affidante(49), dall'altro si prevede la possibilità che il contratto determini in quali circostanze il disponente o i soggetti da lui designati siano autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con il consenso dell'affidatario, e a compiere "atti reali e atti con effetti reali sul patrimonio affidato in deroga alle disposizioni del diritto comune"(50).

Quanto invece agli aspetti tipici del trust e riproducibili in un contratto di affidamento fiduciario, rilevano (a) la qualificazione su diversi piani della proprietà del gestore e quella dei beneficiari (51) (b) l'assegnazione all'affidatario della possibilità di scegliere i beneficiari entro una classe(52), sul modello dei *discretionary trusts* (c) le obbligazioni dell'affidatario(53), che rispecchiano il *duty of care*(54), il *duty of loyalty*(55), la *non delegation rule*(56), il *duty not to commingle the trust property*(57) e il *duty to earmark the trust property*(58), che i sistemi di *common law* riconoscono in capo al trustee.

Infine, come avviene (nel trust e) in alcune organizzazioni complesse, il patrimonio affidato è del tutto insensibile alle vicende patrimoniali degli attori del contratto(59) e può avere una denominazione(60).

Per di più, in un'ottica del tutto estranea ai mec-

canismi contrattuali, in caso di inadempimento del *manager*, non si procede alla risoluzione del rapporto, bensì alla sostituzione del gestore con altro soggetto(61) e le corti possono svolgere, se sollecitate, un ruolo attivo nella gestione(62). Esse, infatti, possono adottare provvedimenti relativi alla funzionalità del rapporto ed all'amministrazione patrimoniale, nonché integrare il contratto, anche attraverso modifiche ed eliminazioni di clausole esistenti, laddove ciò appaia "utile per la migliore attuazione del programma destinatorio"(63).

Il tutto, a differenza di quanto è avvenuto in Francia, in un contesto organico in cui diritti e responsa-

Note:

(46) In proposito si veda M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 219 e seguenti. Il testo della legge può leggersi *infra*, 304.

(47) In questi termini si esprimeva la Relazione sul Progetto di Legge.

(48) In proposito si veda M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 219 e seguenti.

(49) Articolo 8, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(50) Articolo 5, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(51) Articolo 2, lettera a, Legge 1° marzo 2010, n. 43; quanto invece al contratto di affidamento fiduciario in diritto italiano, si veda M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], pp. 234-235.

(52) Articolo 4, III comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43; quanto invece al contratto di affidamento fiduciario in diritto italiano si veda M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 229.

(53) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 284.

(54) Articolo 6, II comma, lettere b) e c), Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(55) Articolo 6, II comma, lettera a) e articolo 8, II comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(56) Articolo 6, IV comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(57) Articolo 2, lett. b), Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(58) Articolo 3, V comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(59) Articolo 3, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(60) Articolo 3, IV comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43. Sulla denominazione in diritto civile, si veda M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 263, il quale, notando come non sia estranea al diritto civile, porta l'esempio dell'antica prassi di assegnare un nome all'universalità di beni di cui all'art. 816 cod. civ.

(61) Articolo 1, V comma, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(62) Articolo 16, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

(63) Articolo 16, Legge 1° marzo 2010, n. 43.

bilità degli attori sono chiaramente delineati in un insieme di regole di *default* su cui le parti possono fare affidamento.

Pertanto, la via aperta da San Marino, caratterizzata da una cosciente implementazione di meccanismi tipici delle organizzazioni complesse in un modello fiduciario, parrebbe quella da percorrere laddove s'intendesse introdurre nel nostro ordinamento un istituto simile, che aspiri a rappresentare una valida alternativa ai trust interni.

L'auspicabile compresenza di modelli fiduciari continentali ed il trust

Inoltre, sempre sulla scorta di quanto è avvenuto nella piccola Repubblica confinante con l'Italia, occorre riflettere sull'eventualità di mantenere separati trust e fiducia, riconoscendo al primo un diverso rango, dovuto alla sua diversità strutturale e d'impiego che lo distingue dalla seconda.

Il trust, infatti, benché originariamente concepito con un assetto quasi collimante ad un rapporto fiduciario continentale, grazie all'elasticità dell'*Equity*, ha potuto essere impiegato in fattispecie per le quali non era stato originariamente pensato(64). Allora, al fine di adattarsi a queste situazioni, si sono elaborate regole e figure (come il soggetto che vigila sull'operato dei trustee, il *protector*) tipiche delle organizzazioni complesse, fino a ricomprendere uno spettro di soluzioni che supera quelle raggiungibili con i veicoli societari. Tutto ciò è avvenuto a livello legislativo, con un progressivo adattamento della *common law* tradizionale e una ricezione repentina dei paesi appartenenti al modello internazionale, e a livello di prassi redazionale degli atti istitutivi di trust, le cui tendenze e soluzioni, specialmente dei trust retti dalla Convenzione de L'Aja, sono state implementate dal legislatore di tali paesi.

Pertanto, le discrepanze di struttura e di impiego che separano il trust dai modelli fiduciari tradizionalmente noti sul continente sono consistenti e rendono impossibile una sostituzione del primo con i secondi, se non a svantaggio del sistema giuridico che effettui simile scelta. A quest'ultimo, tuttavia, resterebbe pur sempre la possibilità di contemplare una coesistenza di modelli.

Diversamente da quanto è avvenuto in Francia, in cui si è messo in competizione con il trust un istituto continentale, escludendo il modello angloamericano da quelli eleggibili nell'ordinamento, la Re-

pubblica di San Marino si è mossa proprio sul piano della distinzione e della coesistenza di trust e fiducia, risultando unico sistema sul continente in cui il formante legislativo ha operato simile separazione.

Infatti, dalla legge sul contratto di affidamento fiduciario e quella che ha novellato il trust Sammarinese(65), risulta evidente la diversa considerazione che il legislatore *civilian* ha dei due istituti, laddove il trust è trattato alla stregua di un veicolo per la gestione e la protezione del patrimonio e l'affidamento fiduciario enuclea un modello che rappresenta un frammento(66), cioè soltanto alcune delle soluzioni che gli attori del mercato possono attingere dall'istituto di ispirazione angloamericana.

Infatti, la recentissima legge di aggiornamento del trust, al fine di rendere più competitivo il diritto di San Marino sul mercato delle leggi utilizzabili nell'ambito della Convenzione de L'Aja, enfatizza la natura di organizzazione complessa del trust Sanmarinese, sotto due profili di non scarsa rilevanza, la segregazione dei beni *on trust* e la limitazione alla circolazione delle posizioni dei beneficiari.

Da un lato, infatti, si limita *ex lege* la responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale del trustee al valore della *trust property*, in modo tale da trattarla alla stregua di un patrimonio autonomo a tutti gli effetti(67) e, dall'altro, si inseriscono alcune regole sul trasferimento della partecipazione dei beneficiari(68), anche al fine di proteggere quest'ultimi da eventuali trasferimenti involontari (si tratta delle clausole note oltre Manica come clausole *protective* ed oltre oceano come clausole *spendthrift*, di cui si è già detto in precedenza).

Il trend legislativo della Repubblica di San Marino e il sostanziale fallimento della *fiducie* francese inducono ad alcune considerazioni sulla ricezione dei trust negli ordinamenti continentali, che il nostro formante legislativo dovrebbe tenere in conto laddove si accingesse ad intervenire sul tema.

Note:

(64) In proposito si veda il mio *La galassia del trust in common law*. Una questione di (ottimale) *path dependence*, Riv. dir. civ., 2008, S1, 173, a pp. 173-217.

(65) Legge 1° marzo 2010, n. 42, *infra*, 290.

(66) La metafora è mutuata da M. Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in questa Rivista, 2006, 169.

(67) Art. 47, Legge 1° marzo 2010, n. 42.

(68) Articolo 48, lettere a) e b), Legge 1° marzo 2010, n. 42.

■ Due alternative per il legislatore italiano, anche alla luce dello Schema di Disegno di Legge Comunitaria 2010

Alla luce di quanto analizzato due potrebbero essere le alternative, gradite agli attori del mercato.

La prima consiste nell'introduzione di un modello che sostituisca il trust de L'Aja, costituendone un'alternativa realmente competitiva e un sostituto all'altezza delle situazioni da regolare.

A tal fine mi pare necessaria la ricezione di quei meccanismi che presidono il trust e le organizzazioni complesse, ricorrendo al diritto civile(69) e a quello commerciale(70), per dar corpo ad un set di regole che rendano il nuovo istituto funzionalmente omologo al modello di *common law*, raggiungendo un livello di sofisticazione tale da abbracciare tanto le fattispecie oggi governabili con il contratto di affidamento fiduciario(71), quanto quelle governabili con i trust.

In particolare, la necessità di esprimere a livello legislativo meccanismi tipici delle organizzazioni complesse – quali, ad esempio, l'assemblea dei beneficiari ed i suoi poteri, il consiglio dei fiduciari e la possibilità di affidare ad alcuni di loro deleghe operative, il consiglio dei *protectors* e le facoltà allocategli, la possibilità di dissociare i diritti amministrativi da quelli patrimoniali nella partecipazione dei beneficiari(72) – risponde all'esigenza di evitare il rischio, non indifferente in un ordinamento come il nostro, che il regolamento di interessi concordato tra le parti sia ricondotto alla società di fatto, con la conseguente applicazione delle norme del codice civile sulle società personali.

Simile interpretazione, infatti, potrebbe trovare terreno fertile qualora le citate soluzioni siano adottate sfruttando l'autonomia contrattuale, in assenza di norme apposite collocate nel modello fiduciario recepito e in presenza di attività comunemente ricondotte a quella imprenditoriale. Si pensi al caso, oggi frequente per i trust, in cui il rapporto abbia per oggetto le partecipazioni di maggioranza in una *holding* ovvero le partecipazioni di maggioranza in diverse società, assolvendo le funzioni di *holding*, la cui attività d'impresa non è messa in dubbio da alcuno(73). Le stesse considerazioni sono ripetibili laddove il fiduciario gestisca un patrimonio immobiliare consistente e il rapporto sia adottato in sostituzione della società semplice o a responsabilità limitata.

La seconda alternativa, invece, potrebbe essere individuata nella regolamentazione di un modello fi-

ducario di *civil law* che, come il precedente, facendo uso del diritto civile e di quello commerciale recepita nel formante legislativo il contratto atipico di affidamento fiduciario, già in parte riprodotto dalla descritta legge sammarinese.

Il tutto, però, senza precludere agli attori del mercato la possibilità di istituire trust in accordo con la Convenzione de L'Aja.

Infatti, laddove simile possibilità fosse prevaricata, si rischierebbe di dotare l'ordinamento di un modello poco duttile ed inidoneo a trovare impiego in tutte le situazioni in cui opera il trust, privando, contemporaneamente, il mercato delle regole di quelle preziose conquiste di dottrina e giurisprudenza, con cui si è sancita la validità e l'operatività dei trust interni regolati da una legge straniera, grazie ai quali possono essere adottate soluzioni più efficienti di quelle del nostro diritto societario(74).

È ancora presto per capire quale delle due opzioni sarà scelta dal nostro legislatore in adempimento della delega conferitagli dall'articolo 10 dello Schema di Disegno di Legge Comunitaria 2010.

Tuttavia, da una prima analisi dei principi-guida dettati al Governo, sembrerebbe provenire almeno un segnale che parrebbe deporre in favore della seconda opzione sopra descritta, secondo cui il legislatore lascerebbe agli attori del mercato la libertà di far uso dei trust interni.

Note:

(69) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 219 e seguenti.

(70) Sul tema si veda il mio *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010, in corso di pubblicazione, dove si sviluppa l'analogia ed il mio *Trust e società*, Torino, 2008, dove è introdotta l'analogia funzionale dal punto di vista economico e giuridico dell'istituto di *common law* con le organizzazioni complesse.

(71) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari [*supra*, nota 45], p. 219 e seguenti.

(72) Sul tema, si veda il mio *Il trust come organizzazione complessa*, Milano, 2010, in corso di pubblicazione.

(73) Si veda in proposito Trib. Roma, 3 luglio 1982, Foro it., 1982, 1913 e la sentenza di Cassazione sulla medesima vicenda, Cass., 26 febbraio 1990, n. 1439, Giur. comm., 1991, II, 360, nonché Corte d'Appello di Catania, 18 gennaio 1997, e Tribunale di Catania, 3 gennaio 1997, Fallimento, 1997, 525; Tribunale di Padova, 2 novembre 2001, Dir. prat. società, 2002, 62; Cass., 13 marzo 2003, Dir. prat. società, 2003, 89.

(74) In proposito si veda il mio *L'atto istitutivo di trust, soluzioni analoghe e soluzioni mutuabili dal diritto societario*, Relazione al Convegno del Decennale organizzato dall'Associazione "Il Trust in Italia", svoltosi a Ischia il 2-3 ottobre 2009, in corso di pubblicazione su *Rivista di Diritto dell'Impresa*.

In tal senso, la compresenza degli istituti potrebbe trovare un fondamento nella lettera r) del citato articolo 10, che delega a «dettare, ove necessario, norme di coordinamento con la disciplina fiscale vigente in materia di trust».

Se così fosse, sulla scorta di quanto è avvenuto a San Marino, si potrebbe ricorrere al contratto di fi-

ducia per le fattispecie meno complesse e di breve durata, ed al trust de L'Aja per le relazioni più complicate e di lungo periodo.

In nessun caso, però, pare socialmente desiderabile l'adozione di un modello continentale che, ispirandosi alla *fiducie* francese, si ponga quale alternativa al trust.

Mandato e intestazione fiduciaria in materia immobiliare

di **Fabio Marchetti**

L'“amministrazione dei beni per conto di terzi” di cui alla legge n. 1966 del 23 novembre 1939 può essere realizzata non solo secondo gli schemi fino ad oggi di regola applicati, e cioè previa intestazione fiduciaria del bene alla società fiduciaria che ne assume – mediante mandato – l'amministrazione, ma anche senza intestazione fiduciaria del bene e stipula solo di un contratto di mandato per l'amministrazione. Ciò che contraddistingue il mandato per l'amministrazione stipulato da una società fiduciaria è l'offerta professionale di tale servizio al mercato. Dal punto di vista fiscale, in ogni caso anche il mandato per l'amministrazione senza intestazione fiduciaria del bene risponde alla regola della trasparenza, ovvero della diretta imputazione dei flussi reddituali generati dal bene in amministrazione al mandante.

1. In un recente scritto⁽¹⁾ sono giunto alla conclusione che la legge 23 novembre 1939, n. 1966 (di seguito, “legge n. 1966 del 1939”), non prenda posizione sul “tipo” di contratto fiduciario da essa presupposto⁽²⁾, dovendo a tale legge riconoscersi solo una funzione pubblicistica. In particolare, ho avuto modo di evidenziare che la legge n. 1966 del 1939 contiene soltanto la disciplina del “soggetto” che professionalmente svolge attività fiduciaria, limitandosi a disporre che sono “soggette alla presente legge” (e cioè all'autorizzazione all'esercizio dell'attività fiduciaria e di revisione e alla vigilanza del Ministero competente) le società (“fiduciarie e di revisione”) “che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni”. Da ciò ho tratto la conclusione che la legge n. 1966 del 1939 ha essenzialmente la funzione di introdurre una disciplina – per l'appunto – pubblicistica che attraverso il controllo

(autorizzazione e vigilanza) dei soggetti fiduciari offra ai fiducianti un sistema di protezione dei loro diritti ed interessi⁽³⁾. Pertanto, la legge n. 1966 del 1939 non definisce in alcun modo il negozio fiduciario, che costituisce solo il mezzo, lo strumento, presupposto per lo svolgimento dell'attività di “amministrazione dei beni per conto di terzi”, amministrazione che indifferentemente ben può essere realizzata attraverso il trasferimento al fiduciario sia della mera legittimazione (c. d. fiducia germanistica), sia della piena proprietà (c. d. fiducia romanistica) del bene oggetto di amministrazione⁽⁴⁾, nel rispetto e secondo i limiti previsti dal nostro ordinamento⁽⁵⁾. Piut-

Fabio Marchetti - Professore associato di diritto tributario nell'Università LUISS Guido Carli e avvocato in Roma.

Il saggio riproduce la relazione con modificazioni presentata al Convegno su “Scudo fiscale: il rientro dei capitali dall'estero” organizzato da Assofiduciaria, svoltosi in Milano il 24 settembre 2009.

Note:

(1) F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica, in Aa. Vv., Studi in Onore di Francesco Capriglione, in corso di pubblicazione.

(2) *Contra*, invece, G. Corasaniti, Profili impositivi dell'intestazione fiduciaria, Diritto e prat. trib., 2009, 727, a p. 735 il quale afferma che “la ‘fiducia germanistica’ è alla base della legislazione sulle società fiduciarie”.

(3) In F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1], ho rilevato che “la *ratio legis* del provvedimento del 1939 sembra essere essenzialmente quella di introdurre una disciplina pubblicistica che attraverso il controllo (autorizzazione e vigilanza) dei soggetti fiduciari offra ai fiducianti un sistema di protezione dei loro diritti ed interessi. La legge del 1939, in buona sostanza, voleva solo evitare abusi da parte dei fiduciari che, esercitando professionalmente, in forma di impresa, l'attività fiduciaria, si rivolgevano al pubblico, stipulando con terzi contratti fiduciari”.

(4) In particolare, nel citato scritto (F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1]) ho sottolineato che l'“amministrazione dei beni per conto di terzi” può ben essere realizzata sia attraverso il trasferimento in piena proprietà del bene da amministrare, assistito dall'obbligo di (ri)trasferimento del bene al termine del contratto (fiducia “romanistica”), sia attraverso il trasferimento solo della legittimazione ad amministrare il bene fiduciarmente intestato, ferma restando la titolarità (proprietà sostanziale) sul bene stesso dell'originario proprietario (fiducia “germanistica”).

(5) “Il nostro ordinamento ammette la disgiunzione fra lato esterno (legittimazione) e lato interno (proprietà) del rapporto con riferimento ai titoli di credito; consente, dunque, nel caso di negozio fiduciario di rea-
(segue)

tosto, se dalla legge n. 1966 del 1939 vuole trarsi un'indicazione di carattere generale, essa può essere individuata nella "conferma che, quale che sia lo strumento giuridico utilizzato per trasferire al fiduciario il bene, l'oggetto dell'attività fiduciaria è comunque l'amministrazione del bene per conto di terzi, e cioè che nella sua essenza l'attività fiduciaria va ricondotta nel novero dei contratti di mandato, imponendo sicuramente l'amministrazione il compimento di atti giuridici. In buona sostanza, la legge del 1939 circoscrive e puntualizza l'attività fiduciaria a quella di amministrazione, escludendo la mera custodia, e cioè l'attività (pur tipica dell'impostazione romanistica) di trasferimento in fiducia del bene per ragioni di mera riservatezza. In quest'ottica l'amministrazione fiduciaria prevista dalla legge n. 1966 del 1939 è sempre il risultato di una combinazione negoziale (vendita, con patto di retro-vendita, e mandato) nello schema romanistico ovvero del trasferimento al fiduciario della legittimazione ad amministrare il bene fiduciarmente intestato come mandatario, nello schema germanistico"(6).

2. Tale neutralità od agnosticità della legge n. 1966 del 1939 – che porta anche alla constatazione di una notevole duttilità della figura dell'"amministrazione fiduciaria" – non deve, peraltro, portare, a mio avviso, ad una diversa ricostruzione della disciplina fiscale, a seconda dello strumento (negozio fiduciario) utilizzato per mettere a disposizione del fiduciario il bene da amministrare. Non solo nel caso di trasferimento al fiduciario, laddove civilisticamente possibile (titoli di credito), solo della legittimazione ad operare sul bene in amministrazione, ma anche nel caso di trasferimento al fiduciario, laddove civilisticamente necessario (immobili), della piena proprietà del bene in amministrazione, la regola fiscale da applicare è comunque quella della "trasparenza fiduciaria" o, meglio, della diretta imputazione(7) al fiduciante dei redditi prodotti dal bene oggetto dell'amministrazione (mandato).

A tale conclusione ho ritenuto di poter pervenire sulla base delle seguenti considerazioni:

– l'amministrazione fiduciaria è da ricondurre al mandato (senza rappresentanza), costituendo una forma di interposizione reale. Pertanto, non vi è dubbio che gli effetti degli atti di amministrazione posti in essere dal fiduciario (mandatario) debbano economicamente imputarsi al fiduciante (mandante);

– più in particolare l'amministrazione o mandato fiduciario è una forma di amministrazione con obbligo di resa del conto, come previsto dalla disciplina regolamentare di attuazione della legge n. 1966 del 1939(8);

– nel caso di amministrazione con obbligo di resa del conto l'ordinamento fiscale ha sempre riconosciuto la diretta imputazione all'amministrato dei redditi prodotti dall'attività di amministrazione(9), con ciò – aggiungo – attribuendo ricono-

Note:

(continua nota 5)

lizzare l'effetto strumentale del trasferimento del bene (titolo) dal fiduciante al fiduciario non solo attraverso il trasferimento della piena proprietà dal fiduciante al fiduciario, ma anche mediante il trasferimento della sola legittimazione (lato esterno) dal fiduciante al fiduciario, ferma rimanendo la titolarità/proprietà del titolo in capo al fiduciante (lato interno)" (F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1]).

(6) F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1].

(7) Come ho avuto modo di osservare (in F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1]) "la "trasparenza fiduciaria" (e cioè la diretta imputazione del reddito all'effettivo titolare, e cioè al soggetto che realizza il presupposto dell'imposizione) non è tecnicamente riconducibile alla "trasparenza tributaria", laddove il reddito prodotto da un soggetto (società di persone o, a certe condizioni, società di capitali) è imputato per legge ad un altro soggetto (il socio)". Trattasi, dunque, di un fenomeno di diretta "appartenenza" del reddito al contribuente effettivo, non solo dal punto di vista economico ma anche giuridico, in aderenza ai principi del nostro ordinamento tributario di fronte a situazioni di interposizione (reale) soggettiva (su cui *infra* nel testo).

(8) Si ricordi che, ai sensi della disciplina regolamentare in materia di amministrazioni fiduciarie ai sensi della legge n. 1966 del 1939 (v. D. M. 16 gennaio 1995 emanato del Ministero dell'Industria, oggi delle Attività Produttive), le società fiduciarie hanno l'obbligo di resa dei conti nei confronti dei fiduciari.

(9) In F. Marchetti, Luci ed ombre del regime fiscale dell'amministrazione fiduciaria statica [*supra*, nota 1] ho ricordato che "L'art. 131, comma 1, del Testo unico delle imposte dirette, approvato con D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645, indicava come soggetti passivi dell'imposta complementare sul reddito "le persone fisiche, cittadini italiani o stranieri, per la somma dei redditi propri, nonché dei redditi altrui dei quali abbiano la libera disponibilità o l'amministrazione senza obbligo della resa dei conti"". A sua volta, l'art. 3, comma 1, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, nel definire la base imponibile della nuova IRPEF prevedeva che "l'imposta si applica sul reddito complessivo netto formato da tutti i redditi del soggetto passivo, compresi i redditi altrui dei quali egli abbia la libera disponibilità o l'amministrazione senza obbligo della resa dei conti". L'inciso "compresi i redditi altrui dei quali egli abbia la libera disponibilità o l'amministrazione senza obbligo della resa dei conti" è stato soppresso in occasione dell'emanazione del vigente Testo unico delle imposte sui redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917), sul rilievo che tale disposizione sarebbe "priva di contenuto a seguito della più corretta disciplina dei redditi del coniuge e dei figli minori posta dalla legge n. 114/1977 (v. successivo art. 4)" (così la Relazione governativa). In effetti, il predetto inciso solo in parte riguardava i redditi familiari (giustamente esaustivamente disciplinati dall'art. 4 del t.u.i.r.), come ne è sicura testimonianza la prassi amministrativa generatasi nel periodo di vigenza della predetta

(segue)

scimento giuridico al fatto economico della (diretta) imputazione del reddito al mandante.

3. Le considerazioni in precedenza svolte hanno trovato conferma ed ampliamento in taluni orientamenti dell'Amministrazione Finanziaria in tema di scudo fiscale⁽¹⁰⁾. Mi riferisco alla possibilità prospettata dall'Agenzia delle Entrate di effettuare operazioni di rimpatrio giuridico⁽¹¹⁾ di immobili stipulando con una società fiduciaria mandato per l'amministrazione dell'immobile situato in un Paese estero a fiscalità privilegiata⁽¹²⁾.

Innanzitutto, tale apertura rappresenta un formale riconoscimento che l'amministrazione di cui alla legge n. 1966 del 1939 va ricondotta nell'ambito del mandato. Mandato, di regola, realizzato tramite l'intestazione fiduciaria del bene (vuoi attraverso il trasferimento della sola legittimazione ad operare, vuoi attraverso il trasferimento della proprietà), ma che può ben essere realizzato anche senza intestazione fiduciaria. La legge n. 1966 del 1939 non solo, come sopra rilevato, non contiene limitazioni sullo strumento da utilizzare per raggiungere il risultato dell'intestazione fiduciaria del bene da amministrare (se trasferimento della sola legittimazione o trasferimento della proprietà), ma non contiene neppure la condizione che per l'offerta del servizio di amministrazione il bene debba essere per forza fiduciarmente intestato. È e rimane amministrazione ai sensi della legge n. 1966 del 1939 anche il semplice, e tipico, contratto di mandato ad amministrare un bene non fiduciarmente intestato al mandatario, ma formalmente in proprietà del mandante.

In definitiva, alla luce anche degli orientamenti dell'Agenzia delle Entrate, a me sembra che l'ammi-

Note:

(continua nota 9)

disposizione (ad esempio, nella risoluzione 9 gennaio 1982, n. 1512, il Ministero delle Finanze riconobbe che, in applicazione di tale norma nel caso di amministrazione di un fabbricato senza obbligo della resa dei conti, soggetto passivo è l'amministratore e non l'effettivo proprietario). A seguito della soppressione della predetta disposizione è, peraltro, possibile, a mio avviso, come detto nel testo, ricostruire il sistema in termini conformi a quanto espressamente prevedeva la ridetta norma (tuttavia, *contra* vedasi la risoluzione 9 novembre 1992, n. 2206, del Ministero delle Finanze, che, nonostante la soppressione della disposizione in parola, conclude per l'imputabilità in ogni caso all'effettivo proprietario del reddito anche nel caso di amministrazione senza obbligo di resa dei conti).

(10) Per "scudo fiscale" si intende comunemente la disciplina di cui all'art. 13-bis, D. L. 1° luglio 2009, n. 78, introdotto in sede di conversio-

ne dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal decreto Legge 3 agosto 2009, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla Legge 3 ottobre 2009, n. 141, che ha consentito l'emersione dei capitali irregolarmente trasferiti o detenuti all'estero mediante la presentazione di una dichiarazione riservata e il pagamento di una somma di importo contenuto (5% delle somme o valori oggetto di scudo). Come è noto, l'art. 1, D. L. 30 dicembre 2009, n. 194, ha previsto la proroga della disciplina di favore, disponendo che le attività finanziarie e patrimoniali detenute all'estero a partire da una data non successiva al 31 dicembre 2008 possono essere rimpatriate o regolarizzate, ai sensi dell'articolo 13-bis, D. L. 1° luglio 2009, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla Legge 3 agosto 2009, n. 102, e successive modificazioni, fino al 30 aprile 2010. Per le operazioni di rimpatrio ovvero di regolarizzazione perfezionate successivamente al 15 dicembre 2009 (primo termine di scadenza dello scudo) l'imposta straordinaria dovuta è calcolata secondo le modalità previste dall'art. 13-bis, D. L. n. 78 del 1° luglio 2009 applicando un'imposta del 6%, per le operazioni di rimpatrio o di regolarizzazione perfezionate entro il 28 febbraio 2010, e del 7%, per le operazioni di rimpatrio o di regolarizzazione perfezionate dal 1° marzo 2010 al 30 aprile 2010.

(11) Come è noto, l'emersione delle attività illecitamente detenute all'estero può avvenire attraverso due modalità: o attraverso il c. d. rimpatrio o attraverso la c. d. regolarizzazione.

Per rimpatrio si intende il trasferimento delle attività estere in Italia presso un intermediario abilitato. Concretamente può essere realizzato sotto forma di:

- Rimpatrio in senso stretto: è il caso del trasferimento interbancario delle attività estere;
- Rimpatrio giuridico: è il trasferimento in Italia delle attività estere presso un intermediario abilitato, costituendo in un sub-deposito intestato all'intermediario residente tali attività presso altro intermediario, anche estero, ivi compresa la stessa filiale estera di banca o altro intermediario italiano presso il quale erano inizialmente depositati;
- Rimpatrio con trasporto al seguito: è il fisico trasferimento dei beni attraverso la frontiera. Comporta la perdita dell'anonimato in quanto implica la presentazione di apposita dichiarazione all'Agenzia delle Dogane.

Per regolarizzazione si intende, in conformità alle disposizioni del Trattato istitutivo dell'UE e dell'accordo SEE in materia di libera circolazione dei capitali, il mantenimento all'estero delle attività ivi detenute, regolarizzando la propria posizione nei confronti del Fisco attraverso il pagamento dell'imposta straordinaria e assolvendo nei periodi di imposta successivi gli obblighi di monitoraggio.

In caso di emersione di attività detenute in violazione delle disposizioni sul monitoraggio fiscale in Paesi Extra UE che non consentono lo scambio di informazioni è possibile solo il rimpatrio; in caso di attività detenute in Paesi diversi dai precedenti sono possibili entrambe le ipotesi.

(12) Mi riferisco alle Circolari n. 43/E del 10 ottobre 2009 (in questa Rivista, 2010, 104) e n. 49/E del 23 novembre 2009 dell'Agenzia delle Entrate, ove è stata riconosciuta alle società fiduciarie la facoltà di effettuare operazioni di rimpatrio giuridico di beni patrimoniali, quali, in particolare, quote di società civili immobiliari di diritto francese o monegasco, opere d'arte e gioielli, attraverso la stipula di appositi contratti di amministrazione. In sostanza, l'Agenzia delle Entrate ha prefigurato la stipula di un mandato avente ad oggetto l'esercizio dei diritti connessi ad un rapporto giuridicamente rilevante depositato presso la società fiduciaria. Alla società fiduciaria viene quindi conferito mandato di amministrare tale rapporto, da un lato, compiendo tutti gli atti giuridici inerenti a tale incarico e, dall'altro, impegnandosi, attraverso la canalizzazione degli eventuali flussi reddituali, "ad applicare, ove previsto, le ritenute e le imposte sostitutive dovute e ad effettuare le comunicazioni all'Amministrazione finanziaria". In buona sostanza, rimanendo il bene (immobile) nella proprietà e titolarità esclusiva del contribuente, le conseguenze fiscali del possesso di tale bene si realizzano direttamente in capo al contribuente stesso, salvo per il fatto che eventuali flussi finanziari derivanti dal rapporto o dal bene risultino canalizzati attraverso la società fiduciaria, che, assumendo i relativi obblighi di ritenuta o di comunicazione all'Amministrazione finanziaria, consente al contribuente di vedersi esonerato dalle indicazioni nel modulo RW delle consistenze estere e dei redditi prodotti all'estero.

nministrazione dei beni per conto di terzi” di cui alla legge n. 1966 del 1939 possa essere alternativamente e indifferentemente realizzata:

- mediante mera intestazione fiduciaria dei beni (c. d. fiducia “germanistica”, con il trasferimento alla società fiduciaria della sola legittimazione ed il mantenimento della proprietà effettiva in capo al fiduciante) assistita da un mandato all’amministrazione dei beni fiduciariamente intestati (ad esempio, per i titoli di credito);
- mediante trasferimento fiduciario dei beni (c. d. fiducia “romanistica”, con il trasferimento alla società fiduciaria della proprietà dei beni e obbligo di (ri)trasferimento dei beni al fiduciante alla scadenza del contratto) assistito da un mandato all’amministrazione dei beni fiduciariamente trasferiti (ad esempio, immobili, beni mobili registrati, ecc.);
- senza alcuna intestazione fiduciaria o trasferimento fiduciario dei beni e stipula solo di un contratto di mandato per l’amministrazione dei beni (ad esempio, immobili, beni mobili registrati, ecc.).

Ciò che caratterizza e contraddistingue l’ultima ipotesi contrattuale è l’offerta professionale del mandato all’amministrazione che solo le società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge n. 1966 del 1939 possono prestare. In questo senso è assolutamente da condividere l’indicazione data dall’Agenzia delle Entrate nelle circolari in precedenza citate che il rimpatrio giuridico di immobili attraverso la stipula di appositi contratti di mandato può essere effettuato solo da società fiduciarie.

Sotto il profilo fiscale, anche un rapporto così costruito è per sua natura “trasparente”, determina, cioè, per sua natura la diretta imputazione dei flussi reddituali al mandante. In linea generale, infatti, si sostanzia in un mandato (amministrazione) con obbligo di resa del conto, dovendo il mandatario (società fiduciaria operante ai sensi della legge n. 1966 del 1939) rendere il conto al mandante dei risultati dell’attività di amministrazione svolta.

4. La trasparenza, o meglio diretta imputazione dei flussi reddituali al mandante, nel rispetto – come visto – delle regole generali del nostro ordinamento tributario, risulta avere una particolare importanza proprio nelle operazioni di rimpatrio giuridico di immobili situati in Paesi esteri a fiscalità privilegiata, relativamente alle quali l’Amministrazione Finanziaria ha previsto l’utilizzo da parte delle società fiduciarie del mandato all’amministrazione.

Invero, tale ricostruzione porta a poter considerare la società fiduciaria – mandataria come soggetto estraneo ai predetti flussi reddituali, non solo in termini sostanziali ma anche in termini procedurali. Non solo alla società fiduciaria – mandataria non potranno in alcun caso essere imputati i redditi rivenienti dagli immobili esteri amministrati, ma laddove i flussi reddituali da tali beni generati dovessero pervenire direttamente al mandante, nessun obbligo (né di sostituzione, né di segnalazione) potrà gravare sulla società fiduciaria – mandataria. La riconduzione del mandato in questione nell’alveo della legge n. 1966 del 1939, nonché sistematicamente – dal punto di vista fiscale – dell’amministrazione con obbligo di resa del conto supportano tale (tranquillizzante) conclusione.

Effetti dello scudo fiscale in presenza di cause ostative

di **Stefano Zagà**

Il contributo si pone l'obiettivo di analizzare le cause ostative, di natura "amministrativa", pre-determinate nel primo periodo del comma VII, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, e le relative regole di operatività.

In particolare, si evidenzia come la concreta incidenza sull'efficacia dello scudo fiscale di una determinata "causa ostativa" (diversa dalla diretta notifica di un avviso di accertamento o di rettifica) debba essere valutata ex post, ossia non già al momento del suo verificarsi, bensì solo all'esito dell'attività istruttoria. D'altronde, la regola della valutazione ex post della concreta operatività delle cause ostative trova un'indiretta conferma nello stesso dato normativo.

■ La disciplina delle cause ostative: premesse generali

Il conseguimento degli effetti premiali del rimpatrio e della regolarizzazione è precluso dal verificarsi di determinate "cause ostative"⁽¹⁾, la cui disciplina, in linea di massima, si identifica con quella che già connotava le precedenti versioni dello scudo fiscale⁽²⁾, ciò in forza del rinvio contenuto nel IV comma dell'art. 13-bis D. L. 1 luglio 2009, n. 78⁽³⁾, (anche) alla disposizione di cui all'art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350 (convertito con modificazioni dalla L. 23 novembre 2001, n. 409 e successive modificazioni)⁽⁴⁾.

In ragione di ciò, nella ricostruzione interpretativa del regime normativo in oggetto, alcune utili indicazioni possono certamente ricavarsi dalla prassi ministeriale dell'epoca, cui peraltro espressamente rinvia (con una selettiva elencazione della stessa) anche la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 43/E del 10 ottobre scorso, oltre che dall'esperienza applicativa della "vecchia" disciplina.

In ogni caso il necessario punto di partenza di questa indagine non può che essere rappresentato dal dato normativo.

In particolare, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 13-bis, IV comma, e 14, VII comma, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, tutti gli effetti premiali, derivanti dalle operazioni di rimpatrio e di regolarizzazione, non si producono "quando, alla data di presentazione della dichiarazione riservata, una delle violazioni delle norme indicate al comma 1" del citato art. 14, "è stata già constatata o comunque sono già iniziati accessi, ispezioni e verifiche o altre attività di accertamento tributario e contributivo di cui gli interessati hanno avuto formale conoscenza".

La *ratio* della norma è chiara: evitare che il contribuente "interessato" allo scudo fiscale possa "abusare" della relativa disciplina, ricorrendo allo stesso e, quindi, ai relativi benefici, soltanto dopo l'avvio di attività istruttorie che potrebbero condurre l'Amministrazione finanziaria ad accertare la violazione degli obblighi imposti dalle disposizioni sul "monitoraggio fiscale" (D. L. 28 giugno 1990, n. 167, convertito con modificazioni dalla L. 4 agosto 1990, n. 227)⁽⁵⁾ nonché la violazione degli obblighi tributari e contributivi ad essi correlati, alla cui "sanatoria" (sebbene la norma parli di "imposta straordinaria") è per l'appunto diretta tale disciplina.

Ne consegue che, quanto meno con riferimento alla disciplina delle cause ostative, è forse possibile

Stefano Zagà - Dottorando dell'Università di Bari e Avvocato in Milano. Il saggio riproduce la relazione con modificazioni presentata al Convegno su "Scudo fiscale: il rientro dei capitali dall'estero" organizzato da Assofiduciaria, svoltosi in Milano il 24 settembre 2009.

Note:

(1) Per un'attenta disamina della disciplina delle "cause ostative", cfr. C. Glendi, Le cause ostative allo scudo fiscale, *Corriere trib.*, 2009, 3245.

(2) Per una approfondita disamina del provvedimento del 2001 (e della successiva proroga) si rimanda a Studio Uckmar (cur.), Scudo fiscale: l'emersione delle attività detenute all'estero, *Italia Oggi - ME*, 2002, e all'analoga pubblicazione dell'anno successivo.

(3) D'ora in avanti, per semplicità, art. 13-bis.

(4) D'ora in avanti, per semplicità, D. L. 25 settembre 2001, n. 350.

(5) D'ora in avanti, per semplicità, D. L. 28 giugno 1990, n. 167.

ravvisare una certa affinità tra gli istituti del rimpatrio e della regolarizzazione e l'istituto del ravvedimento operoso(6).

Peraltro, accanto alle cause ostative elencate nel disposto normativo poco sopra riferito, di tipo prettamente "amministrativo", in quanto costituite dall'avvio di attività di indagine volte alla constatazione e successiva contestazione di illeciti amministrativi (valutari, tributari e previdenziali) connessi alla detenzione all'estero di attività finanziarie e patrimoniali in violazione degli obblighi sul monitoraggio fiscale, l'ultimo periodo del medesimo art. 14, VII comma, D. L. 25 settembre 2001, n. 350(7) individua un'ulteriore causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale nella "formale conoscenza", da parte degli interessati, dell'avvio nei loro confronti di un procedimento penale per quei reati per i quali lo stesso scudo fiscale costituisce causa di non punibilità(8).

Si fa inoltre presente che, in forza del disposto di cui al comma 2-bis, art. 17, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, cui espressamente rinvia l'art. 13-bis, IV comma, gli effetti premiali di cui all'art. 14 del citato D. L. 25 settembre 2001, n. 350, in ogni caso non si producono tutte le volte in cui il rimpatrio o la regolarizzazione abbiano ad oggetto attività detenute all'estero derivanti da reati diversi da quelli "coperti" dallo scudo fiscale; peraltro, in tali ipotesi è anche prevista l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria pari al 100 per cento del valore corrente delle attività oggetto di dichiarazione riservata.

Tuttavia, il successivo comma II-ter del citato art. 17, D. L. 25 settembre 2001, n. 350 dispone che gli effetti premiali dello scudo fiscale trovano comunque applicazione nelle ipotesi in cui i predetti reati siano già estinti, non punibili o non più previsti come tali dall'ordinamento, salvo che si tratti di uno dei delitti, di particolare gravità, ricompreso nell'elencazione ivi indicata(9).

Ciò posto, l'indagine qui di seguito svolta si concentrerà sulle diverse cause ostative di natura "amministrativa", positivamente predeterminate nel primo periodo del comma VII, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, e sulle relative regole di operatività.

■ Le singole cause ostative

In forza del disposto di cui all'art. 14, VII comma, D. L. 25 settembre 2001, n. 350 – più sopra riportato

– le cause che precludono al contribuente la possibilità di beneficiare degli effetti premiali dello scudo fiscale sono:

– l'avvenuta constatazione nei confronti dell'interessato di una delle violazioni di cui al I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350;

– l'inizio di un accesso, ispezione o verifica a carico dell'interessato;

– l'inizio nei confronti dell'interessato di altre attività di accertamento tributario e contributivo di cui lo stesso abbia avuto formale conoscenza.

Già da questa elencazione si evince come – a conferma della *ratio* dell'istituto prima descritta – tutte e tre le fattispecie appena indicate rappresentino nient'altro che forme diverse di inizio di attività istruttorie che potrebbero condurre alla contestazione di illeciti amministrativi (e penali) connessi alla irregolare detenzione all'estero di attività finanziarie e/o patrimoniali oggetto di rimpatrio o di regolarizzazione.

Difatti, la prima causa ostativa viene individuata dalla citata norma nell'avvenuta constatazione di una delle violazioni indicate nel I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350; si tratta cioè delle violazioni degli obblighi di monitoraggio fiscale previsti dal D. L. 28 giugno 1990, n. 167 e sanzionate dall'art. 5 di tale ultimo provvedimento, nonché di qualsiasi altra violazione tributaria e/o contributiva connessa alle attività estere (finanziarie e/o patrimoniali) irregolarmente detenute.

Note:

(6) Difatti, l'art. 13, I comma, D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, con riferimento alle cause ostative al ravvedimento operoso, in molto simile alla norma in esame, dispone che "la sanzione è ridotta, sempreché la violazione non sia stata già constatata e comunque non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l'autore o i soggetti solidalmente obbligati, abbiano avuto formale conoscenza".

Sembrerebbe ravvisare, invece, una sostanziale affinità tra il "vecchio" scudo fiscale ed il ravvedimento operoso l'Assonime, circolare 18 dicembre 2001, n. 60.

(7) Così come sostituito dall'art. 1, comma III-ter, D. L. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito con modificazioni, dalla L. 23 aprile 2002, n. 73, in vigore dal 25 aprile 2002.

(8) Sul punto cfr. Agenzia delle Entrate, circolare n. 37/E del 3 maggio 2002, par. 3. Quindi, affinché possa ritenersi verificata una causa ostativa "penale", è necessario che prima del perfezionamento della procedura di emersione l'interessato abbia avuto "formale conoscenza" di (*id est* gli sia stato notificato) un qualsiasi atto istruttorio da cui risulti il suo "status" di soggetto indagato per uno dei reati "coperti" dallo scudo fiscale.

(9) Sul punto, cfr. sempre Agenzia delle Entrate, circolare n. 37/E del 3 maggio 2002, par. 3.

A tal riguardo è stato osservato⁽¹⁰⁾ che, affinché possa aversi una causa ostativa all'efficacia del rimpatrio o della regolarizzazione, le predette violazioni devono essere state "constatate" in un processo verbale di constatazione, ossia espressamente indicate in un atto formale "conosciuto" dal contribuente interessato allo scudo fiscale prima del perfezionamento della relativa procedura.

Tuttavia, si fa presente come sul punto la giurisprudenza di merito in alcune pronunce⁽¹¹⁾ abbia assunto una posizione interpretativa meno rigorosa, ritenendo integrata la causa ostativa *de qua* anche in presenza di un "processo verbale di constatazione per illeciti valutari", redatto a seguito di un controllo doganale, in cui non veniva formulata alcuna formale contestazione di violazioni valutarie e/o tributarie, ma veniva soltanto disposto il sequestro di copia della documentazione (estratti di conto corrente) rinvenuta a seguito del controllo (e che il soggetto controllato dichiarava essere rappresentativa di investimenti esteri di sua proprietà). Questo processo verbale, redatto dalla polizia doganale prima del perfezionamento dello scudo fiscale da parte del soggetto "controllato", veniva poi inviato alle autorità competenti affinché queste ultime attivassero le opportune indagini al fine di accertare l'eventuale sussistenza di violazioni degli obblighi di cui al D. L. 28 giugno 1990, n. 167.

Tale attività di indagine, formalmente aperta solo dopo il perfezionamento della procedura di rimpatrio, aveva poi effettivamente condotto alla formale contestazione nei confronti del medesimo soggetto di violazioni valutarie e tributarie correlate alle attività estere rimpatriate.

Sebbene, dunque, nella specie il predetto "processo verbale di constatazione per illeciti valutari" non contenesse alcuna esplicita formulazione delle violazioni *de quibus*, per il giudice di merito questo è stato comunque ritenuto un elemento di per sé sufficiente ad integrare una valida causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale, rappresentando, comunque, l'inizio di un'attività istruttoria "nota" al contribuente interessato al rimpatrio già prima del perfezionamento della relativa procedura.

In verità, quest'interpretazione giurisprudenziale sembrerebbe in un certo senso confermare quanto in passato è stato osservato⁽¹²⁾ al riguardo, e cioè che il formale coinvolgimento del soggetto interessato in uno qualunque degli atti istruttori prodromici alla contestazione delle violazioni degli obblighi sul mo-

nitoraggio fiscale, avvenuto in data anteriore al perfezionamento dell'emersione, "integra, al pari di analoghe attività svolte nel comparto tributario, causa ostativa al dispiegarsi degli effetti dell'emersione stessa".

Un'ulteriore causa ostativa viene individuata dal citato art. 14, VII comma, nell'inizio di accessi, ispezioni e verifiche nei confronti del contribuente interessato allo scudo fiscale; si tratta, cioè, dell'esercizio dei poteri di indagine disciplinati, per il settore delle imposte sui redditi, dall'art. 33 D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (il quale a sua volta rinvia per il completamento della relativa disciplina all'art. 52, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633).

A tal riguardo – anticipando in parte quanto verrà in seguito esaminato più approfonditamente – è opportuno precisare che, affinché possa ritenersi integrata una causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale, è necessario che:

i) l'esercizio di questi poteri istruttori conduca poi alla formale contestazione di una delle violazioni delle norme indicate nel I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350;

ii) vi sia un'identità soggettiva tra il contribuente che subisce l'accesso, l'ispezione e la verifica e quello che intende avvalersi della procedura del rimpatrio e/o regolarizzazione.

■ (Segue). La causa ostativa costituita da "altre attività di accertamento"

L'ultima causa ostativa prevista dalla norma *de qua* viene individuata con l'espressione "altre attività di accertamento tributario e contributivo di cui gli interessati hanno avuto formale conoscenza".

Si tratta, evidentemente, di una formulazione talmente generica da essere idonea a ricomprendere qualsiasi tipologia di attività istruttoria, purché di tale attività il contribuente interessato allo scudo fiscale ne abbia avuta "formale conoscenza".

Note:

(10) Così T. Santamaria, Dalla conversione in legge del D. L. 25 settembre 2001, n. 350 un inasprimento di sanzioni con effetti sull'accertamento e sul rimpatrio di attività finanziarie, Il Fisco, 2002, 41.

(11) Cfr. Comm. Trib. Reg. Milano, 18 maggio 2009, n. 56/30/09; nonché Comm. Trib. Prov. Milano, 26 febbraio 2007, n. 34/44/07 e Comm. Trib. Prov. Milano, 26 febbraio 2007, n. 35/44/07 (inedite).

(12) In questi termini, cfr. M. Pisani, Lo scudo fiscale: effetti e cause ostative, Fisco, 2003, 6829.

In tal senso, infatti, accanto all'ipotesi naturalmente compresa in tale previsione, ossia la notificazione (direttamente) di un avviso di accertamento o di rettifica, l'Agenzia delle Entrate aveva chiarito che nella stessa devono intendersi ricomprese anche "le richieste, gli inviti e i questionari di cui all'art. 51, comma 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 e all'art. 32 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600"(13).

A tal riguardo si osserva anzitutto come il riferimento agli atti istruttori previsti in ambito Iva continui ad essere presente anche nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso (par. 10)(14), laddove si afferma che nell'ipotesi in cui il contribuente intenda opporre agli organi competenti gli effetti preclusivi ed estintivi delle operazioni di emersione, "deve farlo [...] entro i trenta giorni successivi a quello in cui l'interessato ha formale conoscenza [...] di un atto di contestazione di violazioni tributarie, compresi gli inviti, i questionari e le richieste di cui agli articoli 51, comma 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 [...]".

Ebbene, questo richiamo contenuto nella citata circolare agli atti istruttori previsti in ambito Iva appare "improprio". Difatti, tale affermazione sembrerebbe lasciar intendere la possibilità di poter utilizzare la "copertura" dello scudo fiscale anche con riferimento all'Iva, laddove, invece, questa possibilità dovrebbe escludersi a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 17 luglio 2008, C-132/06(15), con cui è stata dichiarata l'incompatibilità della legislazione condonistica italiana in materia di Iva (tributo armonizzato) con la relativa normativa comunitaria.

Per tale motivo, condividendo quest'ultima impostazione, dovrebbe ragionevolmente ritenersi che il richiamo ministeriale alle attività istruttorie previste in ambito Iva non possa più valere per il "nuovo" scudo fiscale, in quanto destinato a non produrre effetti con riferimento alle contestazioni relative a tale imposta. Tutto ciò comporterebbe che eventuali attività istruttorie iniziate nei confronti di un contribuente interessato allo scudo fiscale, se riferibili esclusivamente al settore Iva, almeno in linea di principio non dovrebbero ritenersi preclusive dell'efficacia del rimpatrio e della regolarizzazione di cui quest'ultimo si sia avvalso.

Ciò detto, ritornando all'esame della causa ostativa *de qua*, può affermarsi che qualsiasi atto istruttorio, in quanto potenzialmente prodromico alla contestazione delle violazioni delle norme indicate nel I comma dell'art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350,

può essere idoneo ad integrare una causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale, a condizione che il contribuente interessato ne abbia avuto "formale conoscenza" prima del perfezionamento della relativa procedura.

In merito al requisito della "formale conoscenza", l'Agenzia delle Entrate già in passato, richiamando i chiarimenti forniti nella circolare n. 180/E del 10 luglio 1998(16), aveva precisato che "affinché vi sia un effetto preclusivo alla regolarizzazione, gli inviti, le richieste e i questionari, devono essere stati notificati al contribuente"(17). Questa affermazione viene ora ribadita anche nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso, laddove si afferma, ancora una volta, che "per formale conoscenza si intende la notifica degli stessi"(18).

In tal senso, infatti, con specifico riferimento al settore delle imposte sui redditi, l'art. 32, II comma, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dispone che "gli inviti e le richieste di cui al presente articolo devono essere notificati ai sensi dell'art. 60 [...] del medesimo decreto. Ciò significa che nel caso in cui uno degli atti istruttori poco sopra indicati non venga portato a conoscenza del suo destinatario in modo rituale, ossia con l'osservanza delle modalità notificatorie indicate dal citato art. 60, non potrà ritenersi verificata la causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale.

Peraltro, è proprio la condizione della "formale conoscenza" dell'atto istruttorio da parte del contribuente interessato – imposta dalla norma *de qua* e chiarita nei termini prima indicati dalla stessa Agenzia delle Entrate – che deve portare ad escludere la ravvisabilità di una causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale in tutti i casi in cui, nell'ambito delle cd. indagini finanziarie, le richieste, gli inviti ed i questionari (*id est* gli atti istruttori) vengano indirizzati ai soggetti terzi indicati dall'art. 32, I comma, nn. 5) e 7), D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (quali, ad esempio, Amministrazioni pubbliche, istituti di cre-

Note:

(13) Cfr. circolare 4 dicembre 201, n. 99/E, par. 3.

(14) Il paragrafo della circolare n. 43/E del 10 ottobre 2009 relativo ai trust può leggersi in questa Rivista, 2010, 104 [n.d.r.].

(15) Riv. dir. trib., 2008, 323.

(16) Par. 14.

(17) Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare 1° ottobre 2001, n. 85/E, par. 9.

(18) Par. 10.

dito, intermediari, società fiduciarie, ecc.), prima del perfezionamento della procedura di rimpatrio e/o di regolarizzazione da parte del contribuente sottoposto ad indagini.

Né in queste ipotesi potrebbe ritenersi verificata la causa ostativa *de qua* qualora il contribuente, prima del perfezionamento dello scudo fiscale, venisse comunque a conoscenza, per vie informali ed irrituali, dell'esistenza di tali indagini nei suoi confronti, mancando appunto il requisito della "formale conoscenza" dell'atto istruttorio da parte del contribuente interessato ("formale conoscenza") che deve avvenire necessariamente nei modi rituali imposti dalla legge.

Per le medesime ragioni non può neppure ravvisarsi una causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale nella "notizia" della richiesta istruttorio che i soggetti terzi indicati nell'art. 32, I comma, n. 7), D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, destinatari della stessa, devono immediatamente dare al soggetto verificato, in forza del disposto di cui all'ultimo periodo della citata disposizione.

Difatti, si tratta di una "informativa" questa che certamente non può ritenersi idonea a soddisfare il requisito della "formale conoscenza" dell'attività istruttorio da parte del contribuente interessato allo scudo fiscale poiché: *i*) proviene da un soggetto diverso dall'Amministrazione finanziaria; *ii*) non è prevista l'osservanza di alcuna forma per la sua comunicazione al contribuente; *iii*) la norma non prevede alcuna conseguenza per l'inosservanza di tale obbligo di comunicazione.

Dalle considerazioni sopra svolte un dato emerge con evidenza: la causa ostativa in esame è stata individuata dal legislatore in modo talmente generico da riuscire a ricomprendere qualunque ipotesi di attività istruttorio intrapresa nei confronti del contribuente interessato allo scudo fiscale, purché di questa attività lo stesso ne abbia avuta "formale conoscenza" nei modi appena indicati.

Ed inoltre, affinché possa ritenersi verificata una causa ostativa, anche in queste ipotesi è necessario che lo specifico atto istruttorio, di cui il contribuente abbia avuto "formale conoscenza", sia comunque idoneo a condurre (e conduca poi) l'Ufficio alla contestazione di una delle violazioni delle norme indicate nel I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350.

Per tale ragione si dimostra sostanzialmente superflua la precisazione dell'Agenzia delle Entrate⁽¹⁹⁾ secondo cui non devono essere considerate una cau-

sa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale *i*) la comunicazione derivante dalla liquidazione delle imposte in base alle dichiarazioni presentate dai contribuenti, effettuata dall'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 36-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600; e *ii*) la comunicazione derivante dal controllo formale delle stesse dichiarazioni, ai sensi del successivo art. 36-ter del medesimo decreto. Difatti, è evidente come si tratti, nella specie, di attività di controllo che fisiologicamente non sono in grado di condurre alla contestazione di violazioni valutarie/tributarie/contributive correlate alle attività estere oggetto di rimpatrio e/o di regolarizzazione.

■ Le regole di operatività delle cause ostative

Giunti a questo punto, dopo aver individuato le diverse fattispecie normativamente predeterminate che potrebbero precludere l'efficacia dello scudo fiscale, appare opportuno individuarne e descriverne le regole (generali) di operatività, alcune delle quali, peraltro, sono già state in precedenza messe in luce.

Ed in questa ricostruzione – come anticipato – alcune utili indicazioni possono ricavarsi dai chiarimenti già forniti dall'Amministrazione finanziaria con riferimento alle previgenti versioni dello scudo fiscale ed espressamente richiamati nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso.

■ (Segue). Il riferimento temporale

Una prima decisiva regola di operatività delle cause ostative, già emersa nelle considerazioni fino ad ora svolte, è certamente quella temporale.

Difatti, in forza del disposto di cui all'art. 14, VII comma, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, affinché una delle cause ostative prima indicate possa effettivamente impedire che lo scudo fiscale produca i suoi effetti premiali, è necessario che la stessa si sia già compiutamente verificata "alla data di presentazione della dichiarazione riservata". In altri termini, lo scudo fiscale sarà del tutto inefficace qualora prima di tale data ("di presentazione della dichiarazione riservata") il contribuente interessato sia stato destinatario di

Nota:

(19) Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E, par. 3, ribadita anche nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso.

uno degli atti istruttori prima indicati (*rectius*, prima di tale data ne abbia avuto “formale conoscenza”).

Tuttavia, sul punto l’Agenzia delle Entrate, con riferimento alle precedenti versioni dello scudo fiscale, aveva chiarito(20) che il predetto riferimento temporale (“data di presentazione della dichiarazione riservata”) andasse sostanzialmente inteso nel significato di “momento di perfezionamento della procedura”. In tal senso era stato affermato che “la procedura di rimpatrio si perfeziona esclusivamente con la consegna all’interessato di copia della dichiarazione riservata controfirmata dalla banca. È quindi nell’interesse del contribuente, per evitare il rischio di non poter perfezionare la procedura avviata, concludere la stessa quanto prima”.

Dunque, l’Amministrazione finanziaria, ai fini della “neutralizzazione” dell’operatività delle cause ostative, non ha ritenuto sufficiente il semplice avvio della procedura di rimpatrio, ossia il compimento delle iniziali attività di apertura dei conti segregati, di richiesta di trasferimento dall’estero dei capitali, ecc., richiedendo, invece, il perfezionamento della procedura, individuato nella consegna all’interessato di copia della dichiarazione riservata controfirmata dalla banca.

Pertanto, qualora il contribuente interessato fosse stato destinatario ed avesse avuto formale conoscenza di uno dei predetti atti istruttori dopo l’avvio della procedura, ma comunque prima del suo perfezionamento, la causa ostativa doveva ritenersi operativa, impedendo, quindi, l’efficacia dello scudo fiscale.

Si tratta ora di verificare se una ricostruzione interpretativa nei termini appena descritti possa ritenersi ancora valida e, quindi, applicabile anche con riferimento alla “nuova” disciplina.

Difatti, anche la “nuova” disciplina, come la “vecchia”, nell’individuare il riferimento temporale *de quo*, continua ad utilizzare l’espressione “alla data di presentazione della dichiarazione riservata”; tuttavia, a differenza della “vecchia”, il III comma dell’art. 13-bis precisa anche che “il rimpatrio ovvero la regolarizzazione si perfezionano con il pagamento dell’imposta [...]”.

Sul punto nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso viene chiarito che “la dichiarazione riservata, debitamente sottoscritta dall’intermediario e rilasciata in copia al contribuente, comprova il pagamento dell’imposta straordinaria e costituisce l’unico documento idoneo ad invocare gli effetti del rimpatrio e/o della regolarizzazione previsti dal decreto in esame”.

Tuttavia, in ragione del fatto che la copia della dichiarazione riservata controfirmata dall’intermediario potrebbe da quest’ultimo non essere rilasciata immediatamente al contribuente, appare ragionevole ritenere che il riferimento temporale *de quo* (ossia il momento perfezionativo della procedura), da prendere in considerazione al fine di valutare la sussistenza o meno di una causa ostativa, vada correttamente individuato, nel caso in cui il pagamento dell’imposta straordinaria avvenga trattenendo il relativo importo dal denaro rimpatriato (anche effettuando i necessari disinvestimenti), nella data dell’addebito sul conto del contribuente, ovvero nella data del versamento nelle mani dell’intermediario delle somme necessarie, qualora sia il contribuente a fornire direttamente la provvista per il pagamento dell’imposta(21).

In tal senso, infatti, nella stessa circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso (par. 4) è detto che “si ritiene, pertanto, che l’operazione si perfezioni con la fornitura all’intermediario della provvista necessaria al pagamento dell’imposta straordinaria dovuta da parte del contribuente ovvero con l’addebito della medesima imposta sul conto del soggetto che effettua il rimpatrio o la regolarizzazione, non rilevando, invece, a questi fini la data del versamento all’Erario da parte dell’intermediario”.

In conclusione, quindi, tutte le volte in cui il contribuente interessato allo scudo fiscale abbia “formale conoscenza” di uno dei predetti atti istruttori dopo l’avvio della procedura, ma comunque prima del predetto momento perfezionativo della stessa, la causa ostativa deve ritenersi operativa, impedendo, quindi, l’efficacia dello scudo fiscale.

■ (Segue). L’autonomia dei periodi di imposta e la conseguente limitazione temporale dell’operatività delle cause ostative

Un’ulteriore ed importante regola di operatività delle cause ostative, strettamente legata al principio di autonomia dei periodi di imposta, è quella secondo cui le conseguenze preclusive sull’efficacia dello scudo fiscale, determinate dal tempestivo verificarsi

Note:

(20) Cfr. Agenzia delle Entrate, circolare 30 gennaio 2002, n. 9/E, 1.31.

(21) *Contra* si veda C. Glendi, Le cause ostative allo scudo fiscale [*supra*, nota 1], a p. 3250 s.

di una specifica causa ostativa, devono comunque essere temporalmente limitate ai soli periodi di imposta oggetto di accertamento (*id est* a quelli cui è circoscritta la contestazione recata nell'atto impositivo notificato).

Difatti, è stata la stessa Agenzia delle Entrate ad affermare – sia con riferimento alla “vecchia” disciplina che con riferimento alla “nuova”(22) – che nell'ipotesi in cui si sia verificata una causa ostativa e, quindi, sia stata già constatata la violazione degli obblighi sul monitoraggio fiscale ovvero siano iniziati accessi, ispezioni e verifiche ovvero altre attività di accertamento di cui il contribuente abbia avuto formale conoscenza, “le operazioni di rimpatrio e di regolarizzazione non producono effetti con riferimento all'anno o agli anni per i quali sono stati notificati avvisi di accertamento o di rettifica [...]”.

Ciò significa che il tempestivo verificarsi di una causa ostativa preclude l'efficacia dello scudo fiscale soltanto con riferimento al periodo di imposta o ai periodi di imposta per i quali sono state accertate le violazioni delle norme di cui al comma I dell'art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, ossia violazioni degli obblighi di monitoraggio fiscale di attività finanziarie e/o patrimoniali detenute all'estero (D.L. 28 giugno 1990, n. 167) e violazioni tributarie e contributive ad esse connesse. Diversamente, lo scudo fiscale produrrà regolarmente i suoi effetti premiali con riferimento a tutti i periodi di imposta diversi da quelli oggetto di accertamento, purché, ovviamente, le relative violazioni contestate siano correlate alle attività rimpatriate o regolarizzate (*recte*, i relativi imponibili accertati siano astrattamente riconducibili alle attività oggetto di emersione).

Pertanto, così come emerge chiaramente dal passo della circolare ministeriale poco sopra richiamata, la regola della limitazione temporale delle conseguenze preclusive sull'efficacia dello scudo fiscale, derivanti dal tempestivo verificarsi di una causa ostativa, vale per tutte le diverse fattispecie ostative indicate nel VII comma dell'art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350.

Difatti, accanto all'ipotesi in cui la causa ostativa sia costituita direttamente dalla notifica di un avviso di accertamento o di rettifica, in cui la contestazione è sempre fisiologicamente circoscritta ad uno o più determinati periodi di imposta, anche con riferimento a tutte le altre fattispecie ostative normativamente predeterminate, quali, ad esempio, l'inizio di accessi, ispezioni e verifiche(23), ovvero l'invio di questionari, richieste ecc., sebbene l'attività istruttoria

intrapresa dall'Ufficio sia ancora ad uno stadio iniziale, tuttavia l'oggetto della stessa è comunque sempre delimitato (anche) temporalmente ad uno o più anni di imposta.

Semmai, l'unico aspetto problematico può essere rappresentato dal fatto che in tali circostanze (specie laddove l'oggetto dell'indagine riguardi più anni d'imposta ovvero sia più o meno generico), per poter avere piena contezza delle annualità effettivamente accertate, sarà comunque necessario attendere la redazione del processo verbale di constatazione, se non addirittura (per la certezza) l'emissione dell'atto impositivo; ed è evidente come questo aspetto sia certamente in grado di condizionare il contribuente, rendendogli difficoltosa la decisione sull'accesso o meno allo scudo fiscale, anche in considerazione del fatto che è comunque previsto un termine ultimo entro il quale tale decisione deve essere presa.

Tuttavia, nonostante ciò, resta comunque ferma la regola appena descritta della limitazione temporale (ai soli periodi di imposta accertati) dell'operatività delle cause ostative.

■ (Segue). La valutazione *ex post* dell'operatività delle cause ostative

In verità, quest'ultima considerazione è strettamente legata ad un altro aspetto delle cause ostative che merita di essere approfondito: quello secondo cui la concreta incidenza sull'efficacia dello scudo fiscale di una determinata causa ostativa (ovviamente diversa dalla diretta notifica di un avviso di accertamento o di rettifica) deve essere valutata *ex post*, ossia non già al momento del suo verificarsi, bensì solo all'esito dell'attività istruttoria. Pertanto, la regola della valutazione *ex post* della concreta operatività delle cause ostative trova un'indiretta conferma nello stesso dato normativo.

Difatti, dal testo della disposizione di cui all'art. 14, VII comma, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, si desume chiaramente come le cause ostative incidano solo sull'efficacia dello scudo fiscale e non già sulla possibilità di accedere allo stesso.

Note:

(22) Cfr. circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E, par. 3; nello stesso senso anche circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso (par. 10).

(23) Nei relativi ordini di servizio l'oggetto dell'indagine viene sempre circoscritto anche temporalmente.

In altri termini, a seguito del verificarsi di una delle cause ostative normativamente predeterminate, la procedura del rimpatrio o della regolarizzazione non è preclusa *tout court*; la stessa, tuttavia, qualora venisse attivata, non sarebbe idonea (*rectius*, potrebbe non essere idonea) a produrre i benefici di cui al citato art. 14, in tal modo perdendo ogni sua ragione di opportunità e convenienza.

Ed invero, è proprio questa circostanza (l'incidenza delle cause ostative non già sull'accessibilità giuridica allo scudo fiscale bensì solo sull'efficacia dello stesso) a costituire la *condicio sine qua non* della precedente affermazione, ossia la necessità di una valutazione *ex post* dell'effettiva portata preclusiva (sull'efficacia dello scudo fiscale) delle diverse cause ostative.

Difatti, poiché queste ultime rappresentano tutte (salvo l'ipotesi di diretta notifica di un avviso di accertamento o di rettifica) modalità diverse di apertura di un'attività istruttoria, ne consegue che le loro conseguenze preclusive sull'efficacia dello scudo fiscale inizialmente sono solo potenziali, divenendo effettive solo laddove tale attività istruttoria si traduca in una contestazione di violazione delle norme indicate dal I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350.

Ma, argomentando *a contrariis*, ciò significa affermare che l'efficacia dello scudo fiscale non è preclusa (anche) con riferimento agli stessi periodi di imposta per i quali sia già stata intrapresa (prima del perfezionamento dello scudo fiscale) un'attività istruttoria, tutte le volte in cui quest'ultima si concluda con l'emissione di un avviso di accertamento le cui contestazioni nulla hanno a che fare con la violazione delle norme *de quibus*, non essendo possibile ravvisare alcuna connessione tra le violazioni ivi contestate e le attività estere oggetto di rimpatrio e/o di regolarizzazione.

In questi casi, quindi, l'efficacia dello scudo fiscale potrà essere opposta dal contribuente ogniqualvolta l'Amministrazione finanziaria, per lo stesso periodo di imposta già oggetto di accertamento, proceda successivamente a contestare (anche) la violazione delle norme indicate nel I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350.

Si tratta, invero, di un'ipotesi questa che, considerati i limiti all'esercizio del potere di accertamento posti dall'art. 43, IV comma, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600(24), potrebbe verificarsi solo:

i) qualora il primo ed il secondo avviso di accertamento o di rettifica, relativi entrambi al medesimo

periodo di imposta, abbiano ad oggetto tributi diversi(25);

ii) qualora il primo avviso di accertamento o di rettifica sia stato qualificato come accertamento "parziale" (*ex art. 41-bis*, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600) ed in quanto tale non preclusivo, per il medesimo periodo di imposta, dell'ulteriore azione accertatrice dell'Amministrazione finanziaria;

iii) qualora, dopo l'emissione di un (primo) avviso di accertamento o di rettifica, venga emesso, a seguito della "sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi", un avviso di accertamento "integrativo" (*ex art. 43, IV comma*, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600).

Peraltro, è stata la stessa Agenzia delle Entrate a chiarire(26) che nel caso in cui sia iniziata (prima del perfezionamento dello scudo fiscale) un'attività istruttoria poi conclusasi con l'emissione di un avviso di accertamento "parziale" avente ad oggetto la contestazione di violazioni delle norme indicate nel I comma, art. 14, D. L. 25 settembre 2001, n. 350, anche in tale ipotesi, comunque, gli effetti del rimpatrio o della regolarizzazione "possono essere opposti qualora per lo stesso anno l'Amministrazione finanziaria abbia successivamente notificato un ulteriore avviso

Note:

(24) Difatti, da tale disposizione (oltre che da quella analoga di cui all'art. 57, IV comma, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, per gli accertamenti in ambito iva) e, in particolare, dalla disciplina dell'accertamento "integrativo", si deduce che il potere di accertamento dell'imposta effettivamente dovuta, una volta esercitato, si "esaurisce" con riferimento al periodo di imposta già accertato, salve, appunto, le ipotesi di accertamento "parziale" e di accertamento "integrativo".

(25) A tal riguardo nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso, par. 10, si afferma che "gli accertamenti sono preclusi anche con riferimento a tributi diversi dalle imposte sui redditi, sempre che si tratti di accertamenti relativi ad 'imponibili' che siano riferibili alle attività oggetto di emersione". Sempre in tal senso, in passato l'Agenzia delle Entrate nella circolare 4 dicembre 2001 n. 99/E, par. 3, aveva chiarito che l'effetto di preclusione degli accertamenti, determinato dal ("vecchio") scudo fiscale, può valere "anche con riferimento a tributi diversi dalle imposte sui redditi, quali, ad esempio, l'iva o l'imposta sulle successioni e donazioni, sempreché si tratti di accertamenti relativi ad 'imponibili' che siano riferibili alle attività oggetto di emersione". In tal senso si veda anche la circolare Assonime 18 dicembre 2001, n. 60, in cui viene ravvisata un'affinità tra l'istituto dello scudo fiscale e quello del ravvedimento operoso *ex art.* 13, D. Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472. Seppur questa riconosciuta affinità tra i due istituti non sia del tutto condivisibile, in ogni caso si ricorda che, commentando l'istituto del ravvedimento operoso, nella circolare ministeriale 13 luglio 1998, n. 180 l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che "qualora l'accesso, l'ispezione o la verifica riguardino specifici periodi di imposta, il ravvedimento rimane esperibile per le violazioni commesse in periodi di imposta diversi da quello (o quelli) oggetto di controllo. Ugualmente dicasi circa la possibilità di regolarizzare per le violazioni relative ad un tributo diverso da quello oggetto di verifica".

(26) Cfr. sempre Agenzia delle Entrate, circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E, par. 3.

di accertamento, sempreché gli imponibili accertati siano riconducibili alle somme o alle altre attività costituite all'estero e oggetto di emersione e fino a concorrenza del loro importo”.

In altri termini, l'emissione di un avviso di accertamento “parziale” (la cui attività istruttoria sia iniziata prima del perfezionamento della procedura di rimpatrio e/o regolarizzazione) non pregiudica l'efficacia dello scudo fiscale contro l'ulteriore avviso di accertamento, avente ad oggetto la contestazione di violazioni correlate alle attività oggetto di emersione e relativo al medesimo periodo di imposta:

i) sia nel caso in cui l'accertamento “parziale” abbia riguardato violazioni in alcun modo riconducibili alle attività estere rimpatriate o regolarizzate;

ii) sia nel caso in cui anche l'accertamento “parziale” abbia avuto ad oggetto la contestazione di violazione delle norme indicate nel I comma, art. 14, D.L. 25 settembre 2001, n. 350.

Chiaramente, in quest'ultima ipotesi gli effetti del rimpatrio e/o della regolarizzazione saranno opponibili solo contro l'ulteriore avviso di accertamento, nei limiti degli imponibili in questa occasione recuperati a tassazione e non anche contro l'avviso di accertamento “parziale” rispetto al quale si è, invece, verificata una causa ostatica.

Sebbene l'Agenzia delle Entrate abbia fatto riferimento soltanto all'ipotesi dell'accertamento “parziale”, appare comunque ragionevole ritenere che una simile ricostruzione possa essere estesa anche alla diversa ipotesi dell'accertamento “integrativo”, considerata la “novità” degli elementi su cui quest'ultimo deve necessariamente fondarsi. Conseguentemente, anche se l'avviso di accertamento (la cui attività istruttoria abbia avuto inizio prima del perfezionamento dello scudo fiscale) sia relativo a violazioni riconducibili alle attività estere rimpatriate o regolarizzate, tuttavia l'efficacia dello scudo fiscale dovrebbe comunque ritenersi opponibile nei confronti dell'eventuale successivo accertamento “integrativo” in quanto appunto fondato sulla “sopravvenuta conoscenza di nuovi elementi”.

Peraltro, quanto sopra detto sembrerebbe trovare un'implicita conferma anche nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso (par. 10), laddove si afferma che “le operazioni di emersione non producono effetti con riferimento all'anno o agli anni ai quali si riferisce l'attività di controllo e quindi non possono operare a copertura dei maggiori imponibili eventual-

mente accertati. Tuttavia, tali effetti possono essere opposti qualora per lo stesso anno l'Amministrazione finanziaria abbia successivamente avviato una ulteriore attività di controllo”.

■ (Segue). I profili soggettivi di operatività delle cause ostatiche

Un ultimo aspetto – peraltro già messo in luce in precedenza – che caratterizza l'operatività delle cause ostatiche è rappresentato dalla necessaria identità soggettiva che deve sussistere tra il contribuente destinatario (in senso formale e sostanziale) dell'atto istruttorio e quello che intende avvalersi della procedura del rimpatrio e/o della regolarizzazione.

Più precisamente, affinché la causa ostatica possa operare e, quindi, precludere l'efficacia dello scudo fiscale, deve essere il soggetto che ha effettuato il rimpatrio e/o la regolarizzazione ad avere avuto (prima del perfezionamento della relativa procedura) la “formale conoscenza” di un atto istruttorio, il quale (atto istruttorio) deve a sua volta essere relativo ad un'attività accertativa intrapresa nei suoi confronti.

Per tale ragione è da escludersi la sussistenza di una causa ostatica all'efficacia dello scudo fiscale, nell'ipotesi di cui all'art. 32, I comma, n. 8, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Si tratta, cioè, delle verifiche fiscali effettuate attraverso i c. d. “controlli incrociati”, in cui la richiesta istruttoria viene indirizzata nei confronti di un soggetto per acquisire notizie ed informazioni utili ai fini dell'attività accertativa effettuata nei confronti di un soggetto diverso dal destinatario della richiesta.

Ma è evidente – in forza delle considerazioni sopra svolte – come in queste ipotesi tale atto istruttorio:

i) da un lato, non possa ritenersi preclusivo dell'efficacia dello scudo fiscale di cui (eventualmente) si sia avvalso il soggetto destinatario dello stesso, essendo tale atto relativo ad un'attività accertativa svolta nei confronti di un diverso soggetto;

ii) dall'altro lato, non possa neppure ritenersi preclusivo dell'efficacia dello scudo fiscale di cui (eventualmente) si sia avvalso il contribuente nei cui confronti è svolta l'attività accertativa cui è funzionale tale atto, poiché quest'ultimo non ha avuto la “formale conoscenza” dell'atto, essendo stato indirizzato ad un soggetto terzo e non rilevando ai presenti fini un'eventuale conoscenza (di tale attività accertativa) acquisita in modo informale ed irrituale.

Allo stesso modo, qualora a seguito dell'esercizio dei poteri istruttori di accesso, ispezione e verifica, esercitati presso i locali di un determinato soggetto, venga acquisita della documentazione rilevante ai fini dell'attività accertativa svolta o da svolgersi nei confronti di un altro soggetto, questa non può ritenersi preclusiva dell'efficacia dello scudo fiscale di cui eventualmente si sia avvalso quest'ultimo soggetto.

Peraltro, sempre sulla base della predetta regola di operatività delle cause ostative è anche possibile risolvere la "questione" relativa all'(ir)rilevanza di un'attività accertativa avviata nei confronti di una società rispetto all'efficacia dello scudo fiscale di cui si sia (successivamente) avvalso l'amministratore o il socio della stessa.

Difatti, anche qui, mancando l'identità soggettiva tra il soggetto destinatario dell'attività istruttoria, la società, ed il soggetto che si è avvalso dello scudo fiscale, l'amministratore o il socio, non è possibile ravvisare la sussistenza di alcuna causa ostativa all'efficacia del rimpatrio e/o della regolarizzazione effettuati da questi ultimi soggetti.

Ciò comporta che, ad esempio, nell'ipotesi in cui le attività estere rimpatriate o regolarizzate dall'amministratore di una società di capitali siano costituite dai compensi "in nero" pagati dalla società a fronte di tale incarico, un'eventuale attività di verifica iniziata nei confronti della società prima del perfezionamento dello scudo fiscale da parte dell'amministratore non può comunque ritenersi preclusiva dell'efficacia dello stesso, per l'appunto in ragione dell'alterità soggettiva esistente tra il destinatario dell'attività di accertamento e colui che si è avvalso dello scudo fiscale. Allo stesso modo, un'attività di verifica iniziata nei confronti di una società di capitali non preclude l'efficacia dello scudo fiscale di cui eventualmente si sia avvalso il socio, nell'ipotesi in cui le attività estere rimpatriate o regolarizzate da quest'ultimo siano costituite da utili "in nero".

Né la predetta regola di operatività delle cause ostative dovrebbe ritenersi derogata nella particolare ipotesi di società a ristretta base azionaria, in quanto il legame di parentela esistente tra i soci, seppur ritenuto in giurisprudenza idoneo a giustificare una presunzione di distribuzione occulta di utili, non è ovviamente in grado di far venir meno l'alterità soggettiva esistente tra società e soci (alterità soggettiva), rilevante ai fini della non operatività delle cause ostative in esame.

La regola dell'"identità soggettiva" tra il destinatario dell'atto istruttorio e colui che si sia avvalso dello scudo fiscale (la quale – come detto – connota l'operatività delle cause ostative) sembrerebbe invece conoscere una "deroga" (o comunque non trovare applicazione) nell'ipotesi di attività di controllo intrapresa nei confronti di una società di persone o di un soggetto ad essa equiparato *ex art. 5, Tuir*. In tal caso, infatti, secondo l'Agenzia delle Entrate⁽²⁷⁾ l'inizio di quest'attività istruttoria precluderebbe la produzione degli effetti dello scudo fiscale, di cui si sia successivamente avvalso il socio/associato, relativamente ai redditi della società/associazione imputabili a quest'ultimo ai sensi del citato art. 5, Tuir e dallo stesso sottratti ad imposizione.

È molto probabile che questa presa di posizione da parte dell'Agenzia delle Entrate sia stata "condizionata" dal particolare sistema di tassazione per trasparenza che caratterizza i redditi generati dalla società di persone e dai soggetti ad essa equiparati *ex art. 5 Tuir*.

In altri termini, nell'ipotesi in cui le attività estere rimpatriate e/o regolarizzate dal socio/associato successivamente all'inizio dell'attività accertativa nei confronti della società/associazione siano costituite dai redditi prodotti da quest'ultima e sottratti ad imposizione dagli stessi soci/associati, l'Agenzia delle Entrate ritiene sussistente una causa ostativa all'efficacia dello scudo fiscale del socio/associato in ragione del fatto, con molta probabilità, che l'accertamento di un maggior reddito societario non dichiarato implichi necessariamente ed automaticamente anche il recupero a tassazione di un corrispondente maggior reddito da partecipazione imponibile in capo ai soci/associati in forza del principio di imputazione *ex art. 5 Tuir* (peraltro ricorrendo in queste fattispecie, secondo la giurisprudenza di legittimità⁽²⁸⁾, un'ipotesi di litisconsorzio necessario tra soci e società).

Tuttavia, in questa sede non può non osservarsi come una soluzione di tal genere si scontri con la disciplina normativa delle cause ostative ed in particolare con la regola di operatività prima descritta, co-

Note:

(27) Cfr. circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso, par. 10.

(28) Cfr. Cass., SS. UU., 4 giugno 2008, n. 14815, Società, 2008, 973; Cass., 8 settembre 2009, n. 5262, Banca dati Leggi d'Italia Professionale; Cass., 18 maggio 2009, n. 11458 (inedita).

stituita dalla necessità della “formale conoscenza” dell’inizio dell’attività istruttoria da parte del soggetto interessato allo scudo fiscale (nella specie socio/associato).

Per tale motivo, nonostante la diversa interpretazione ministeriale, potrebbe ragionevolmente sostenersi in senso contrario che non possa ravvisarsi nella specie la sussistenza di una causa ostantiva nei confronti del socio/associato, non avendo avuto quest’ultimo alcuna “formale conoscenza” dell’attività istruttoria iniziata nei confronti della società/associazione. Così ragionando il socio/associato potrebbe, quindi, opporre lo scudo fiscale (anche) nei confronti dell’avviso di accertamento con cui viene rettificato il suo reddito da partecipazione, sempre che, chiaramente, le attività estere oggetto di emersione siano riconducibili ai redditi societari sottratti ad imposizione.

Di contro, la stessa Agenzia delle Entrate, nella citata circolare, chiarisce – correttamente – come non sia “ravvisabile alcuna causa ostantiva qualora il socio/associato rimpatri o regolarizzi, successivamente all’inizio di un’attività istruttoria nei confronti della società/associazione, attività personali detenute o costituite all’estero non correlabili ai redditi che gli derivano per trasparenza dalla società/associazione”.

Proseguendo, si ricorda poi come la regola dell’identità soggettiva tra il destinatario dell’atto istruttorio e colui che si è avvalso dello scudo fiscale trovi applicazione anche nell’ipotesi in cui le attività estere oggetto di emersione siano riferibili a più soggetti in regime di comunione.

Si pensi, ad esempio, al caso di conti correnti esteri di cui due persone fisiche residenti siano contitolari, ovvero al caso in cui le stesse siano comproprietarie di un immobile sito all’estero o di una partecipazione in una società estera.

In tutte queste ipotesi – così come chiarito anche dalla stessa Agenzia delle Entrate⁽²⁹⁾ – l’attività accertativa intrapresa nei confronti di uno dei comproprietari non preclude l’efficacia dello scudo fiscale di cui si sia successivamente avvalso l’altro, poiché:

i) manca un’identità soggettiva tra il destinatario dell’atto istruttorio e colui che oppone l’efficacia dello scudo fiscale;

ii) ciascuno dei comproprietari può “far emergere” soltanto la quota parte di propria competenza.

Da ultimo, appaiono opportune alcune brevi considerazioni con riferimento a talune ipotesi di interposizione fittizia che l’Agenzia delle Entrate, anche

nella circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso, ha omesso di esaminare sotto lo specifico profilo dell’operatività delle cause ostantive.

In particolare, si intende far riferimento al caso in cui anche l’interposto, oltre all’interponente, siano soggetti destinatari degli obblighi sul monitoraggio fiscale e, quindi, potenzialmente “legittimati” a beneficiare entrambi dello scudo fiscale. Si pensi, ad esempio, all’ipotesi di attività estere intestate ad un prestanome (soggetto interposto) persona fisica residente e costituite da utili “in nero” generati da un imprenditore individuale (soggetto interponente).

In un’ipotesi di tal genere, assunta l’interposizione fittizia, tali attività potranno certamente essere rimpatriate o regolarizzate direttamente dal soggetto interponente, così come confermato anche dalla stessa Agenzia delle Entrate nella citata circolare n. 43/E.

Tuttavia, in questi casi si pone il problema di stabilire se un’eventuale attività accertativa iniziata nei confronti del soggetto interposto possa ritenersi preclusiva dell’efficacia dello scudo fiscale di cui si sia successivamente avvalso il soggetto interponente con specifico riferimento alle attività estere *de quibus*.

Il dubbio sorge, ovviamente, tutte le volte in cui quest’attività istruttoria conduca poi ad accertare, oltre l’esistenza di tali attività illecitamente detenute all’estero, anche la stessa interposizione fittizia nella loro detenzione.

Ebbene, se si condividono le considerazioni prima svolte in merito all’operatività delle cause ostantive, potrebbe ragionevolmente sostenersi che anche in tali ipotesi la procedura di emersione, perfezionata dall’interponente successivamente all’inizio dell’attività istruttoria nei confronti dell’interposto e comunque prima della “scoperta” dell’interposizione fittizia, conservi la propria efficacia anche con riferimento alle contestazioni in seguito mosse nei confronti dell’interponente e relative alle attività in oggetto detenute tramite interposta persona, in ragione del fatto che mancherebbe nella specie il requisito della “formale conoscenza”, da parte dell’interponente, dell’inizio dell’attività istruttoria.

Nota:

(29) Cfr. circolare n. 43/E del 10 ottobre scorso, par. 10, nonché, in precedenza, circolare 4 dicembre 2001, n. 99/E, par. 3.

Italia – Tribunale di Bologna

Autorizzazione all'istituzione di un trust di scopo a vantaggio di un fallimento

Fallimento – credito del fallimento – garanzia dell'incasso del credito – trust auto-dichiarato da parte del debitore – liquidazione del fondo in trust – soddisfazione del credito del fallimento – autorizzazione all'istituzione del trust – concessa

Su istanza del curatore fallimentare il Giudice Delegato può nominare un legale affinché rediga un atto istitutivo di trust auto-dichiarato del quale sia disponente e trustee un debitore del fallimento ed avente ad oggetto la liquidazione di un bene di proprietà di quest'ultimo allo scopo di soddisfare il credito vantato del fallimento.

■ **Tribunale di Bologna, Sez. Fallimentare, M. Atzori, 2 marzo 2010 [Fallimento della Aertecnica Commerciale S.a.s. di Ivano Bottura & C.]**

TESTO DELL'ISTANZA E DEL DECRETO

ISTANZA PER LA NOMINA DI UN LEGALE - NL
Il sottoscritto Curatore,

PREMESSO CHE

- la sottoscritta ha reperito un rogito del 22/07/2008 con il quale il fallito Sig. I. B. ha ceduto al fratello sig. S. B., la proprietà, pari al 50%, di un immobile sito in ..., Via ..., a loro pervenuto per successione ereditaria

- il prezzo di vendita fu stabilito in €100.000,00

- il pagamento fu stabilito da effettuarsi entro il 31/12/2010

- onde evitare che venissero versate somme al fallito successivamente alla dichiarazione di fallimento la sottoscritta ha inviato al sig. S. B. l'allegata raccomandata (all. 1) con la quale lo diffida dall'effettuare pagamenti se non alla sottoscritta

- il sig. S. B. al ricevimento della raccomandata ha contattato la sottoscritta e, a seguito dei colloqui intercorsi, ha deciso di mettere in vendita l'immobile così da poter onorare il pagamento alla scadenza pattuita e di tale intenzione mi ha poi dato conferma con raccomandata che allego (all. 2)

- nonostante il comportamento collaborativo del Sig. S. B., vi è il rischio concreto che egli, incassato il prezzo di vendita, non lo corrisponda poi al fallimento

- per ovviare a tale pericolo la prima strada, pretta-

mente civilistica, è rappresentata da un sequestro del bene per ottenere il quale, però, occorre dimostrare la ricorrenza del *periculum* e questo, di fatto, potrebbe ostacolare la libera commerciabilità del bene che è invece obiettivo primario per la procedura

- altra soluzione potrebbe essere imprimere un vincolo di destinazione sull'immobile, che sconta la sola tassa fissa (vds sentenza Comm. Trib. Provinciale del 07.10.2009 (all. 3)) ex art. 2645-ter c.c., attuabile per mezzo di un semplice trust autodichiarato, in forza del quale il proprietario del bene non può cederlo se il curatore non interviene al rogito

- l'avv. A. T., da me interpellata a riguardo, si è detta disponibile, stante la rilevanza scientifica della questione, a redigere l'atto senza gravare sul fallimento con ingenti onorari, ma ad un onorario predeterminato dall'Ill.mo G.D.

FA ISTANZA

alla S.V. Ill.ma affinché voglia autorizzare la sottoscritta ad apporre un vincolo di destinazione al bene del Sig. S. B. per mezzo di un trust autodichiarato e che voglia provvedere ai sensi e per gli effetti dell'art. 41, comma 4 L.F. in luogo del comitato dei creditori alla nomina del legale della procedura nella persona dell'Avv. A. T.

Con osservanza.

Riproduciamo il testo dell'istanza e del decreto dal loro originale.
L'atto istitutivo del trust può leggersi *infra*, 340.

**TRIBUNALE CIVILE DI BOLOGNA
IV SEZIONE FALLIMENTARE**

Letta l'istanza che precede del Curatore del fallimento depositata in Cancelleria il giorno ..., ritenute valide le motivazioni addotte dal Curatore

AUTORIZZA

Il Curatore a promuovere/resistere giudizio nei confronti di S. B.
visti gli artt. 25 e 32 L.F.

NOMINA

Quale legale della procedura per la redazione del trust autodichiarato quale vincolo di destinazione dell'immobile, l'Avv. A. T. dello Studio ... con sede in ...

Italia – Corte d'Appello di Milano

Rigetto del ricorso avverso il decreto presidenziale di nomina di conciliatore

Trust – Presidente del Tribunale – decreto di nomina di conciliatore – provvedimento amministrativo e ordinatorio – reclamo – inammissibile

È inammissibile il reclamo avverso il decreto del Presidente del Tribunale di nomina di un conciliatore, emesso su istanza di parte in conformità alla previsione dell'atto istitutivo del trust che subordina l'azione giudiziale per l'accertamento dei diritti discendenti dal trust alla preventiva nomina del conciliatore, in quanto trattasi di provvedimento avente natura amministrativa e ordinatoria, privo di contenuto decisorio e, quindi, insuscettibile di arrecare alcun reale pregiudizio.

■ **Corte d'Appello di Milano, Sez. Persone, Minori, Famiglia, A. Paganoni, Pres., F. Serra, P. Lo Cascio, Cons. Rel., 10 febbraio 2010 [R. A. c. R. L., F. S., Aletti Fiduciaria S.p.a.]**

TESTO DEL DECRETO

Sciogliendo la riserva che precede, assunta all'esito dell'odierna udienza, sul reclamo avverso il provvedimento emesso dal Presidente del Tribunale di Milano in data 17.7.09 proposto da R. A., in proprio e quale rappresentante dei figli minori M. R., C. R. e P. R. (rappresentato e difeso dagli avv.ti. Annapaola Tonelli del Foro di Bologna e Annamaria Bernardini de Pace e Valentina Eramo del Foro di Milano, con domicilio eletto presso lo studio Bernardini de Pace in Milano, via ...) nei confronti di R. L. (rappresentato e difeso dagli avv.ti Giorgio De Nova e Sofia Sciumè, con domicilio eletto presso lo studio De Nova in Milano, via ...) e nei confronti di F. S., sia personalmente che quale legale rappresentante dei figli minori R. M., R. C. e R. P. (non costituita) e di Aletti Fiduciaria s.p.a. (non costituita) ha pronunciato il seguente

DECRETO

letti gli atti e esaminata l'allegata documentazione, sentito il relatore, viste le conclusioni del P.G. che ha chiesto dichiararsi l'inammissibilità del reclamo, considerato che, con il reclamato provvedimento, il Presidente del Tribunale di Milano, adito da R. L. e P. G. in R. (quest'ultima nelle more deceduta), quali Guardiani del Trust "L.GAR.", istituito il 6.7.2006 (con nomina a Trustee

della Aletti Fiduciaria s.p.a.) al fine di ottenere la nomina di un conciliatore, ai sensi dell'art. 36 dell'atto istitutivo del predetto trust, ha provveduto alla nomina di conciliatore nella persona dell'avv. prof. P.C., in forza dell'art. 36 dell'atto istitutivo del trust che prevede testualmente "qualunque soggetto il quale vanti diritti in forza di questo strumento è tenuto, prima di agire in giudizio per il loro accertamento o altra pronuncia, a richiedere al Presidente del Tribunale di Milano la nomina di un conciliatore ...",

considerato che avverso detto provvedimento ha proposto reclamo A. R., figlio di L. R. e disponente del predetto Trust L.GAR., chiedendo dichiararsi.

1) l'inammissibilità/nullità del ricorso di primo grado e, conseguentemente, del provvedimento reclamato per violazione delle norme del codice di procedura civile circa i poteri di nomina da parte del Presidente del Tribunale,

2) in ogni caso, l'inammissibilità/nullità del reclamato decreto in quanto emesso dal Tribunale in composizione monocratica, anziché collegiale,

3) in via subordinata, di ordinare il rinnovo della notifica del ricorso introduttivo a esso R. A., con termine di deposito di memoria difensiva, il tutto con vittoria di spese,

Riproduciamo il testo del decreto dal suo originale. Il decreto del 17 luglio 2009 reclamato può leggersi in questa Rivista, 2009, 628.

considerato che si è costituito R. L., chiedendo dichiararsi inammissibili e, comunque, infondate le richieste *ex adverso* avanzate, con conferma della nomina del conciliatore prof. C. o, in subordine, provvedendo a nomina di conciliatore, ai sensi dell'art. 36 dell'atto istitutivo del Trust,

rilevato che nessuno si è costituito per F. S. e per Aletti Fiduciaria s.p.a.,

ritenuto che l'attività svolta dall'adito Presidente del Tribunale di Milano conclusasi con il provvedimento, oggi reclamato, di nomina di conciliatore secondo la previsione di articolo dell'atto istitutivo del Trust, non risulta indirizzata alla risoluzione di conflitti in materia di posizioni di diritti soggettivi o, comunque, di una controversia tra parti diverse, dovendo essere piuttosto inquadrata nell'ambito di una attività meramente amministrativa e ordinatoria, propedeutica a una fase conciliativa di natura negoziale, prevista dalle parti quale condizione onde pervenire, poi, eventualmente, in caso di esito negativo della conciliazione, alla proposizione di azione giudiziale,

ritenuto che la riferita natura ordinatoria del provvedimento del Presidente del Tribunale di Milano induce la mancanza, in detto provvedimento, di una portata realmente decisoria, ossia con accertamento di diritto controverso o attribuzione di bene conteso, il che rende il provvedimento non suscettibile di produrre soccombenza e, dunque, pregiudizio concreto tale da giustificare il proposto reclamo,

considerato, invero, che il diritto all'impugnazione non gode di una astratta tutela fine a sé stessa, ma deve essere correlato all'esistenza di una controversia in senso proprio, tale da generare pregiudizio, la cui rimozione fonda l'interesse di una delle parti al gravame, che la parte propone, all'evidenza, onde ottenere una decisione a sé favorevole,

considerato che nel caso in esame nessun reale pregiudizio deriva per il reclamante R. dalla nomina di conciliatore, pregiudizio certo non individuabile nelle spese legali della procedura di nomina, come sembra voler sostenere il reclamante, poiché oltre alla considerazione che il reclamante non è comparso nella fase di nomina del conciliatore e non ha spiegato attività "difensiva" e ha, poi, liberamente scelto di praticare la via del reclamo, che ben avrebbe potuto omettere, essendo ogni questione di legittimità della clausola 36 dell'atto istitutivo del trust da proporsi in via preliminare dinanzi al conciliatore, deve sottolinearsi che il pregiudizio legittimante l'impugnazione deve discendere precipuamente dalla portata e dal contenuto del provvedimento che si intende impugnare e non dai suoi eventuali costi, che, in ogni caso, nell'ipotesi di

mancata conciliazione, ai sensi del citato art. 36 graveranno solo sull'istante L. R.,

ritenuto, conseguentemente, che il provvedimento del Tribunale di Milano non è suscettibile di reclamo, conseguentemente, il ricorso del R. deve essere dichiarato inammissibile,

ritenuto che la natura e novità della questione induce giusti motivi per compensare le spese tra le parti.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano sul reclamo proposto da R. A. contro R. L. e F. S. e Aletti Fiduciaria s.p.a. avverso il provvedimento del Presidente del Tribunale di Milano 17.7.09:

dichiara inammissibile il reclamo,
dichiara compensate le spese.

Italia – Corte d'Appello di Milano

Nullità del trust liquidatorio istituito da società insolvente

Società – stato di insolvenza – trust liquidatorio – programma di liquidazione del patrimonio sociale – mancanza – sottrazione ai creditori del patrimonio sociale – forma atipica di liquidazione – nullità

Non vale ad escludere lo stato di insolvenza ex art. 5 L. 16 marzo 1942, n. 267, e deve pertanto essere confermata la sentenza dichiarativa di fallimento della società disponente che, prima dell'apertura del concorso, abbia istituito un trust avente ad oggetto l'intero patrimonio societario, quando tale operazione si sia rivelata solo formalmente finalizzata a tutelare i creditori, ed abbia piuttosto dato luogo ad una liquidazione atipica diretta in realtà alla sottrazione-distrazione dei beni sociali rispetto al loro impiego a finalità di regolazione dei debiti.

■ **Corte d'Appello di Milano, Sez. IV Civile, C. D'Agostino, Pres., P. Roggero, P. Carosella, Cons. Rel., 29 ottobre 2009 [F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione c. Fallimento F. S.n.c. di G. G. & C. in liquidazione, S. S.r.l., V. S. S.n.c.]**

TESTO DELLA SENTENZA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 11/2009 in data 12 gennaio 2009 il Tribunale di Milano dichiarava il fallimento di F. S.n.c. di G.G. e C. in liquidazione e dei suoi soci illimitatamente responsabili G.M.G. e I.M.B. ciò, in accoglimento delle istanze presentate da V. S.n.c. e S. S.r.l., creditrici, rispettivamente, di euro 20.775,00 e euro 13.211,90 in linea capitale in forza di decreti ingiuntivi esecutivi (il secondo divenuto definitivo in mancanza di opposizione), nella riscontrata sussistenza dei relativi presupposti soggettivi ed oggettivi (natura commerciale dell'impresa; requisiti dimensionali; entità dell'indebitamento; stato di insolvenza).

La sentenza è stata reclamata, avanti a questa Corte, da F. S.n.c. di G. G. e C. in liquidazione in persona del liquidatore G.M.G., nonché personalmente da quest'ultimo e da I.M.B., con ricorso depositato in data 18 marzo 2009, affidato a due motivi.

Il Fallimento non si è costituito, e così pure V. S.n.c..

Si è invece costituita S. S.r.l, la quale ha contestato la fondatezza del reclamo e ne ha chiesto il rigetto, con rifu-
sione di spese.

Dopo un rinvio dell'udienza camerale del 28 maggio 2009 disposto per consentire ai reclamanti di sanare la nullità della notificazione nei confronti del Fallimento della società e in particolare dei soci (siccome indirizzata alla Dott.ssa ... quale curatore fallimentare senza specificazione della procedura interessata) ed un successivo rinvio dell'udienza del 16 luglio 2009 disposto su richiesta di S. S.r.l. per esame di una memoria difensiva depositata dalla controparte ed eventuale replica, la causa, discussa oralmente all'udienza del 29 ottobre 2009, è stata trattenuta in decisione sulle conclusioni di cui in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le ragioni del reclamo risultano pressoché interamente incentrate sulla contestazione della sussistenza dello sta-

Riproduciamo il testo della sentenza dal suo originale. Sulla medesima vicenda si era già pronunciato il Tribunale di Milano, in data 16 giugno 2009 (in questa Rivista, 2010, 533) a seguito di ricorso d'urgenza ex art. 700 cod. proc. civ. avverso l'istituzione del trust. Tale ordinanza è stata successivamente oggetto di reclamo deciso con provvedimento del 30 luglio 2009 (in questa Rivista, 2009, 533). Con ordinanza in data 17 luglio 2009 (in questa Rivista, 2009, 628), il medesimo Tribunale aveva, 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 (in questa Rivista, 2010, 77).

to di insolvenza. Al qual fine i reclamanti, nel rammentare che per le imprese in liquidazione la relativa indagine deve essere condotta sulla base di una valutazione di capienza dei cespiti attivi del patrimonio, ovvero di sufficienza degli stessi ad assicurare l'integrale pagamento dei debiti e nel richiamare la documentazione (situazione patrimoniale al 7 novembre 2007 - doc. 6 delle produzioni di primo grado) comprovante che F. disponeva di un patrimonio netto positivo di euro 60.858,94 contestano la valenza dimostrativa dei fatti e circostanze posti a base della decisione, imputando al primo giudice di non avere considerato: che le tre azioni monitorie ulteriori rispetto a quelle dei due creditori istanti erano state tutte contrastate nelle sedi giudiziarie competenti con contestazioni inerenti all'*an* e al *quantum*; che i pignoramenti erano conseguiti esclusivamente dalla provvisoria esecutività concessa nel corso del giudizio di cognizione piena e che l'esito parzialmente infruttuoso ad essi relativo era dipeso dal fatto che la società era priva di patrimonio per averlo trasferito ad altro soggetto (*trustee* del *Trust F. S.n.c.*); che la cessazione dell'attività di impresa rappresentava la legittima e naturale conseguenza della regolare e formale apertura della procedura di liquidazione; e, in più: di avere tratto argomenti di convincimento da circostanze erronee e inveritiere, quali la chiusura della sede sociale e la situazione patrimoniale negativa relativa all'ultimo triennio, evidenziando questa, di contro, un patrimonio attivo superiore a quello passivo; di non avere tenuto in alcuna considerazione le diffuse argomentazioni difensive riguardanti la natura e la funzione del trust; di avere utilizzato per la motivazione un modulo prestampato, di quella, sostanzialmente, pretermisiva, in aperta violazione degli artt. 276 c.p.c. e 118 delle disposizioni di attuazione. Di conseguenza insistono affinché il fallimento venga revocato.

Il motivo si rivela infondato, sotto ogni profilo.

Iniziando dall'ultima questione, dalla quale i reclamanti pretendono inferire la nullità della sentenza, va detto che l'utilizzo di moduli prestampati è in sé legittimo e non configura un'ipotesi di carenza di motivazione quando ne risulti l'adattamento al caso concreto, con gli opportuni specifici riferimenti agli elementi di fatto che lo caratterizzano (Cass. 17 novembre 2006, n. 24508; Cass., 9 ottobre 2000, n. 13859; Cass., 7 settembre 1999, n. 9453; Cass., 11 gennaio 1995, n. 275). Del che, nella specie, non è dato dubitare, contenendo la sentenza gli elementi necessari e sufficienti a chiarire le ragioni della decisione con specifico riferimento al caso concreto, al di là del mancato approfondimento di talune problematiche sollevate dalla difesa dei reclamanti negli scritti di primo grado per contrastare l'avversa iniziativa, che tuttavia non

si presta ad essere interpretato nel senso prospettato, ben potendo sottendere una delibazione negativa delle stesse per gli effetti preclusivi che gli odierni reclamanti ancora oggi pretendono di trarne per l'aspetto in questione, e che, comunque, tutt'al più, configura una motivazione insufficiente, cui è possibile ovviare in questa sede.

Per quanto concerne, invece, le ulteriori doglianze, va detto che gli elementi reputati dal Tribunale sintomatici dello stato di insolvenza trovano tutti ampio riscontro nella documentazione acquisita agli atti e non si prestano ad essere altrimenti intesi, vero essendo, in linea di generale applicazione, che la contestazione in sede giudiziaria di crediti azionati in via monitoria non fa venir meno il dovere del debitore di adempiere al precetto contenuto nei relativi titoli dichiarati - ancorché provvisoriamente - esecutivi e vero essendo, altresì ed in concreto, che il tentativo di sminuirne la rilevanza è destinato ad infrangersi a fronte della pluralità delle iniziative intraprese da soggetti diversi per il recupero di crediti da tempo scaduti e della mancanza di riscontro della fondatezza dei motivi di opposizione, oltre che: dell'esistenza di un inadempimento ulteriore documentato dal protesto di un titolo che ancorché risalente all'anno 2006, la società debitrice non ha provato di avere onorato; della cessazione dell'attività d'impresa che, pur rappresentando una conseguenza naturale della messa in liquidazione volontaria, fa venir meno ogni prospettiva di recupero basata su proventi diversi dal patrimonio attivo, che in concreto risulta essere di importo (euro 60.858,94) appena sufficiente a coprire i debiti verso le due creditrici istanti, uno dei quali, come si è detto, portato da decreto ingiuntivo divenuto definitivo in mancanza di opposizione; dei pignoramenti negativi, che i reclamanti tentano vanamente di giustificare con riferimento all'istituzione di un trust e cioè del trasferimento dell'intero patrimonio societario ad altro soggetto, atteso che l'operazione, pur formalmente e dichiaratamente finalizzata a tutelare le ragioni di tutti i creditori, ovvero ad 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 e dei soci della disponente, come vi si legge testualmente, ha nella realtà trasformato la procedura di liquidazione in un'attuata sospensione a tempo indeterminato dei suoi ordinari effetti a beneficio dei soci, rivelandone l'artificialità in danno dei creditori, di fatto venuti a trovarsi di fronte alla segregazione del patrimonio societario senza che, a due anni esatti di distanza, sia stato comprovato alcun concreto soddisfacimento di debiti qualsivoglia.

Detto altrimenti, l'istituzione del trust, pur di per sé le-

gittima in linea teorica ed espressamente consentita dall'ordinamento positivo, ha dato luogo, in concreto, ad una forma di liquidazione atipica che, nonostante le conclamate intenzioni dei reclamanti circa le sue finalità e successivo utilizzo (preordinazione a tutelare le ragioni di tutti i creditori attraverso la salvaguardia del patrimonio aziendale e sua ripartizione nel rispetto della par condicio), null'altro ha prodotto che una sicura attuale sottrazione-distrazione dei beni rispetto al loro impiego e finalità di regolazione dei debiti, così da rivelarsi una mera immagine di copertura ed una segregazione per fini diversi dal patrimonio societario.

Se ne trae conferma, giova ribadirlo, dal fatto che, a due anni esatti di distanza, non è stato attuato alcun pagamento, né è stato presentato un programma di liquidazione idoneo ad attestarne la serietà e ad escludere le finalità elusive insite nella mancanza di controlli esterni che caratterizzano altre forme di gestione privatistica della crisi di impresa; in una situazione aggravata dalla mancanza di terzietà del *trustee* rispetto al disponente, essendo quegli, per statuto, lo stesso legale rappresentante della società F. S.n.c. di G. G. & C. ed essendone stato affidato il controllo all'altro socio, oltre che dalla mancanza di adeguate forme di comunicazione ai creditori, di certo non integrata dalla mera registrazione del trust presso l'Agenzia delle Entrate, nonché di un fattivo coinvolgimento degli stessi, che necessariamente presupponeva una comunicazione anche del programma di liquidazione, di contro mai intervenuta, neppure nel corso delle procedure esecutive individuali che hanno preceduto la presentazione dell'istanza di fallimento.

Il che rivela la strumentalità dell'eccezione formulata in questa sede, come di ogni altra connessa deduzione difensiva, non esclusa quella della carenza di interesse ad agire che forma oggetto del secondo motivo, che a ben vedere si basa su un presupposto erroneo, atteso che i beni oggetto di disposizione non entrano nel patrimonio del *trustee*, ma restano di proprietà dei disponenti, pur con la destinazione specifica ad essi assegnata.

Conclusivamente, si rileva che il ricorso all'istituto in questione non ha avuto uno sviluppo ed un'evoluzione conformi alla sua finalità, che è quella di salvaguardare l'aspettativa dei creditori al regolare soddisfacimento delle rispettive ragioni di credito, avendo di fatto prodotto una segregazione del patrimonio, cui non ha fatto seguito alcuna liquidazione, né la presentazione di un serio programma di liquidazione, cui i reclamanti si sono sottratti anche in questa sede, trincerandosi dietro le difficoltà - anche solo di carattere temporale - che caratterizzano la dismissione di cespiti immobiliari; e pertanto, richiamate le circostanze

che univocamente concorrono a dimostrare lo stato di decozione della debitrice, il reclamo non può che essere rigettato, con le conseguenze di legge in ordine al pagamento delle spese del grado a favore dell'unica parte costituita.

Tenuto conto della natura della controversia e delle questioni trattate, se ne effettua la liquidazione in euro 3.600,00 (comprensivi di euro 720,00 per diritti e euro 2.800,00 per onorari), oltre al rimborso delle spese generali di studio secondo tariffa e degli oneri previdenziali e fiscali, come per legge.

P.Q.M.

La Corte d'Appello di Milano, definitivamente pronunciando sul reclamo proposto con ricorso del 18 febbraio 2009 da F. S.n.c. di G.G. & C. in liquidazione e da G.M.G. e I.M.B. personalmente contro la sentenza dichiarativa di fallimento emessa dal Tribunale di Milano n. 11/2009 in data 12 gennaio 2009, ogni contraria istanza eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

rigetta il reclamo;

condanna i reclamanti alla rifusione delle spese processuali a favore di S. S.r.l., nella misura di euro 3.600,00 come sopra liquidata, oltre al rimborso delle spese generali di studio secondo tariffa e degli oneri previdenziali e fiscali, come per legge.

Italia – Tribunale di Reggio Emilia

Successione nell'ufficio di trustee: effetti processuali

Trustee – successione nell'ufficio – procedimento giudiziale – successione nel processo – titolo derivativo e particolare

Trust – procedimento giudiziale – trustee – principio “nemo testis in causa propria” – incapacità di testimoniare – interrogatorio formale – inammissibilità

La successione nell'ufficio di trustee si configura ai fini processuali quale successione a titolo derivativo e particolare e non a titolo universale. Conseguentemente, qualora nel corso di un procedimento giudiziale il trustee primo nominato si dimetta e trasferisca il fondo in trust al trustee secondo nominato non si verifica alcun evento interruttivo del processo.

Il trustee che, nella propria qualità, sia parte processuale di un procedimento giudiziale, non può essere ascoltato quale testimone in sede di assunzione dei mezzi di prova per il principio “nemo testis in causa propria” (essendo, infatti, incompatibile la posizione di parte del processo con quella di testimone); né può rendere l'interrogatorio formale, in quanto non gode della libera disponibilità dei diritti in trust, essendo questi vincolati al conseguimento della finalità o dello scopo del trust.

■ **Tribunale di Reggio Emilia, G. Fanticini, 6 marzo 2010 [Gruppo Ceramiche Gresmalt e C. c. Opera S.r.l.]**

TESTO DELL'ORDINANZA

Il Giudice

della causa n. 3761/2007 R.G. (alla quale sono riunite le cause nn. 3868/2007 e 6242/2007 R.G.), viste le memorie delle parti ed esaminata la documentazione in atti, a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 2/3/2010, osserva quanto segue.

Prima di provvedere sull'istanza avanzata dalla Gruppo Ceramiche Gresmalt per la revoca o modifica dell'ordinanza istruttoria del 6/10/2008, occorre esaminare – sia pur sommariamente, dato che le questioni dovranno essere affrontate nella decisione finale – le eccezioni preliminari sollevate riguardo all'ammissibilità dell'intervento volontario della Cuccoli 1953 S.r.l. (intervenuta quale nuovo trustee del Trust Genesis in luogo dell'attore C. G. che di detto Trust era anche disponente), sulla contestata validità della nomina del nuovo trustee (con conseguente dubbio sulla sua legittimazione a partecipare al processo) e sulle ricadute processuali della sostituzione in corso di causa del trustee.

In fatto, si osserva che:

– la Cuccoli 1953 S.r.l. è stata nominata trustee con at-

to del 3/4/2009 e la sua designazione è stata effettuata dalla Fiduciaria Toscana S.p.A.;

– infatti, secondo le previsioni dell'atto istitutivo del Trust Genesis (art. 2) il trustee era stato individuato nella persona del disponente C. sino al verificarsi di eventi quali dimissioni, morte, sopravvenuta incapacità o revoca giudiziale oppure sino alle ore 00.00 del giorno successivo al 31/12/2008 (indicata quale data finale per la liquidazione della società Genesis S.a.s.) qualora in tale momento fossero residuati dei creditori sociali rimasti insoddisfatti;

– essendosi verificato l'evento da ultimo descritto (permanenza di creditori sociali insoddisfatti all'1/1/2009), il medesimo art. 2 individuava il nuovo trustee nella società Fiduciaria Toscana S.p.A. (la medesima aveva partecipato e aveva sottoscritto l'atto dell'11/3/2005, istitutivo del Trust Genesis);

– nella scrittura del 3/4/2009 – alla quale hanno partecipato Fiduciaria Toscana, C. G. e C. M. S. (in proprio

Riproduciamo il testo dell'ordinanza dal suo originale.
L'ordinanza del 6 ottobre 2008 può leggersi in questa Rivista, 2009, 35, con commento di M. A. Lupoi, Art. 2731 cod. civ. e controversia in materia di trust: al trustee non far confessare..., ivi, 395.

quale guardiano del Trust Genesis e in qualità di legale rappresentante della Cuccoli 1953) – la Fiduciaria Toscana afferma di aver già precedentemente “dichiarato di *volersi dimettere*” dall’incarico di *trustee* del Trust Genesis, senza avere preso in consegna dal *trustee* originario alcuno dei beni in trust o alcuna documentazione inerente e senza esserne stata immessa nel possesso;

– risulta allegata all’atto sopra menzionato una raccomandata del 27/2/2009 di Fiduciaria Toscana in cui si legge “Con la presente comunichiamo formalmente che rinunciavamo ad assumere l’incarico di *Trustee* del Trust Genesis ...”;

– con ricorso del 2/3/2009 il disponente C. adiva il Presidente del Tribunale di Modena chiedendo la nomina, a termini dell’atto istitutivo del Trust Genesis, di un nuovo *trustee*; a fronte di perplessità manifestate informalmente dal Presidente, l’istanza veniva abbandonata il 9/3/2009 e si perveniva al succitato atto di nomina in data 3/4/2009.

Ad un primo esame (e con riserva di approfondire la questione nella decisione finale) la nomina del nuovo *trustee* (la Cuccoli 1953 S.r.l.) da parte di Fiduciaria Toscana appare conforme alla legge regolatrice del Trust Genesis (la *Trusts Jersey Law*), la cui disciplina è applicabile in quanto richiamata dall’art. 8 della Convenzione de L’Aja (la legge straniera prescelta dal disponente regola “la nomina, le dimissioni e la revoca dei *trustee*, la capacità di esercitare l’ufficio di *trustee* e la trasmissione delle funzioni di *trustee*”).

Infatti, alle ore 0.00 dell’1/1/2009 il C. era cessato dall’incarico di *trustee* e a questo era automaticamente subentrata la Fiduciaria Toscana, in virtù delle menzionate regole dell’atto istitutivo sottoscritto anche dalla stessa Fiduciaria (secondo la dottrina, nella prassi dei trust interni il *trustee* nominato accetta la nomina sottoscrivendo l’atto istitutivo o un separato atto di formale accettazione, sebbene la *Trust Jersey Law* ammetta – all’art. 18 – anche l’accettazione *per facta concludentia*).

Perciò, più che di rinuncia del *trustee* all’incarico (a cui si riferisce la missiva del 27/2/2009), sembra corretto parlare di dimissioni del *trustee* (e in questi termini si esprime l’atto del 3/4/2009): il fondamento di tale assunto si rinviene proprio nella legge regolatrice del Trust Genesis e, segnatamente, all’art. 18, laddove è prevista la possibilità di rifiutare (*disclaim*) la nomina entro un termine ragionevole solo nel caso in cui la stessa non sia già stata accettata, esplicitamente o implicitamente.

La *Trusts Jersey Law*, conformemente alla tradizione inglese, prevede (all’art. 19) la possibilità del *trustee* di rassegnare liberamente le proprie dimissioni (*resignation*), fermo restando che le stesse divengono efficaci solo nel momento in cui viene designato un nuovo *trustee* in sua so-

stituzione (la citata *regula iuris* è esplicitamente riportata anche nell’art. 17 dell’atto istitutivo del Trust Genesis).

Le dimissioni dell’unico *trustee* non determinano affatto l’estinzione del trust (art. 16 della *Trusts Jersey Law*; in dottrina: “È principio fondamentale del diritto dei trust che un trust non viene meno a causa della mancanza del *trustee*”) e, anzi, in tale fattispecie si avvia la procedura prescritta per la nomina di un nuovo *trustee*, da individuare secondo le disposizioni contenute nell’atto istitutivo e nella legge.

A norma dell’art. 17 lett. B dell’atto istitutivo del Trust Genesis, il Presidente del Tribunale di Modena, ad istanza di uno dei beneficiari o del disponente, avrebbe dovuto designare – in caso di dimissioni della Fiduciaria Toscana – il nuovo *trustee*.

La disposizione dell’atto istitutivo appare chiara e conforme a quanto accade nei paesi in cui l’istituto del trust ha avuto origine, ma non “fa i conti” con le più rigide maglie dell’ordinamento italiano in tema di volontaria giurisdizione e con la natura privatistica dell’ufficio di *trustee*.

Infatti, come risulta dalla documentazione prodotta, il ricorso inizialmente proposto al Presidente del Tribunale di Modena è stato abbandonato, a seguito delle perplessità manifestate dal Presidente in ordine al suo potere-dovere di provvedere sull’istanza di nomina (ad un incarico privato) in forza della sola volontà negoziale manifestata dalle parti.

Si osserva che analoghe perplessità erano state precedentemente espresse anche dal Presidente del Tribunale di Crotona in una fattispecie analoga (in cui era richiesta la designazione di un *protector*): infatti, col decreto (di rigetto) del 29/9/2008, il Presidente ha ritenuto che alla richiamata clausola dell’atto istitutivo (atto privato che prevedeva la facoltà di rivolgersi all’Autorità Giudiziaria per la nomina) non poteva in alcun modo assegnarsi “il valore di fonte normativa del potere giurisdizionale”; in altri termini, in difetto di specifica normativa (interna) e stante la tassatività delle fattispecie in cui è previsto il rito camerale per la designazione di terzi da parte dell’autorità giudiziaria (ad esempio, la nomina dell’amministratore di condominio ex art. 1129 c.c. o dell’arbitro ex art. 809 c.p.c.), l’autonomia negoziale non poteva considerarsi di per sé sufficiente a legittimare l’esercizio della funzione giurisdizionale (seppur in ambito di volontaria giurisdizione), da estrinsecarsi in un decreto di nomina(1).

Il precedente contrario e i dubbi espressi dal Presidente del Tribunale di Modena non lasciavano ben sperare il

Nota:

(1) Tribunale di Crotona, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37 [n.d.r.].

disponente e ciò lo ha indotto (giustamente) a rinunciare al ricorso.

Esaurite le possibilità previste dall'atto istitutivo per la nomina del nuovo *trustee*, non restava altra via che quella tracciata dalla legge regolatrice del Trust Genesis.

Infatti, l'art. 17 della *Trusts Jersey Law* prevede che – nel caso in cui le condizioni stabilite nell'atto per la designazione del nuovo *trustee* “*have lapsed or failed*” (e devono ritenersi “*failed*” anche i tentativi di adire l'autorità giudiziaria italiana, visti i precedenti in senso contrario e l'elevata probabilità di insuccesso di una simile iniziativa) – la nomina spetta a “*the trustees for the time being* [oppure a] *the last remaining trustee*” (art. 17, paragrafo 1°, lett. a e b).

Con l'atto del 3/4/2009 il *trustee* in carica (anche se dimissionario, per le ragioni anzidette), ossia la Fiduciaria Toscana, ha designato quale suo “successore” la Cuccoli 1953, che ha contestualmente accettato l'incarico.

Poiché ai sensi dell'art. 11 della Convenzione de L'Aja il *trustee* ha la capacità di agire ed essere convenuto in giudizio e di comparire nella sua qualità, non sembra *prima facie* che siano fondati i dubbi sulla legittimità dell'intervento della Cuccoli 1953 S.r.l. (anzi, se alla stessa è riconosciuta la qualità di nuovo *trustee*, l'intervento in una controversia che ha ad oggetto la difesa dei beni in trust costituisce un suo preciso dovere).

Indipendentemente da un formale trasferimento (il quale, comunque, risulta nell'atto del 3/4/2009, in cui – conformemente al disposto dell'art. 17 paragrafo 4 della *Trusts Jersey Law* – la Cuccoli 1953 assume il controllo e la proprietà dei beni in trust e ne viene immessa in possesso dal *trustee* originario C., dato che la Fiduciaria Toscana non aveva preso in consegna beni o documenti), per effetto della nomina il fondo in trust appartiene in *equity* al nuovo *trustee*.

Il trasferimento dei beni in trust al nuovo *trustee* non determina – come sostiene la Gruppo Ceramiche Gresmalt – una “*successione a titolo universale nei rapporti compresi nel trust*” (la difesa della convenuta afferma che, nel caso, non si verifica una successione in determinati rapporti ma in tutti i rapporti giuridici “*unificati dal vincolo segregativo*”).

La tesi sostenuta muove, evidentemente, da un equivoco (invero piuttosto diffuso, ma non per questo meno errato) e, cioè, dalla considerazione del trust quale un ente autonomo a sé stante; attenta dottrina osserva: “*Il concetto in sé di un “patrimonio” destinato a determinate finalità porta ad essere propensi – erroneamente – a parlare di Trust con la t maiuscola, come se questo fosse una qual sorta di entità giuridicamente rilevante, ma il fulcro dell'istituto è il trustee il quale è l'unico soggetto come tale rinvenibile. [...] I terzi che entrano in qualche modo in un qualche rapporto, reale od ob-*

bligatorio che sia, in relazione ad un trust contrattano con il trustee che non è il legale rappresentante del “Trust” – non esistendo il “Trust” quale soggetto non meglio entificato – ma colui che legittimamente dispone del diritto oggetto della contrattazione, personalmente in quanto il fondo in trust appartiene al trustee, seppur in trust. [...] il trust di per sé non è né può essere in alcun modo un autonomo centro di imputazione di diritti ed interessi legittimi.”.

Nel caso di specie, si è assistito ad un trasferimento – in corso di causa – delle posizioni giuridiche in trust (che sono oggetto di controversia) al nuovo *trustee* e in alcun modo il precedente *trustee* si è “estinto” (come richiede Cass. 13401/2005 per ravvisare una successione a titolo universale ex art. 110 c.p.c. anziché una successione a titolo particolare disciplinata dall'art. 111 c.p.c.): perciò, non c'è successione universale nella fattispecie solo perché il *trustee*, titolare di più “patrimoni” (in proposito, giova ricordare che nel fondo in trust possono essere compresi non solo beni ma anche diritti o posizioni giuridiche) distinti e separati tra loro (aventi o non aventi una propria destinazione), ne ha ceduto uno ad un altro *trustee* designato in sua sostituzione; anzi, avuto riguardo alla controversia *de qua* (che non concerne azioni di responsabilità nei confronti del *trustee* per sue azioni od omissioni), appare certamente condivisibile la dottrina secondo cui “*la successione del trustee integra una forma di successione nella proprietà dei beni costituenti il fondo in trust a titolo derivativo e particolare e non, come invece si sarebbe portati a pensare, a titolo universale*”.

Non si ritiene, pertanto, che si sia verificato alcun evento interruttivo del processo.

Venendo all'istanza ex art. 177 c.p.c. avanzata dalla Gruppo Ceramiche Gresmalt, si osserva che la stessa affonda le sue argomentazioni in un articolo dottrinale che ha mosso critiche all'ordinanza istruttoria.

L'autore (al quale si aggiunge la difesa della convenuta) propugna un'interpretazione oltremodo restrittiva dell'art. 12 Legge 218/1995 (a norma del quale “*Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana*”) sostenendo che la *lex fori* dovrebbe regolare le sole modalità di conduzione del procedimento mentre la *lex causae* dovrebbe trovare applicazione per tutti gli istituti sostanziali, ivi compresi quelli che, pur riguardando situazioni interne o limitrofe al processo, siano idonei a influire o a condizionare la decisione finale del Giudice: in base a tale ragionamento, la disciplina normativa sull'ammissibilità ed efficacia dei mezzi di prova utilizzabili nel processo dovrebbe essere non quella italiana bensì quella che regola il rapporto sostanziale dedotto in giudizio (“... vanno verificati in base non alla *lex fori*, bensì alla normativa sostanziale applicabile i limiti di ammissibilità dei mezzi istruttori: essi, infatti, non

solo derivano dalla natura e dalle caratteristiche del diritto o del rapporto controverso, ma, soprattutto, sono direttamente idonei a condizionare l'esito della decisione di merito, escludendo o facendo entrare nel processo elementi che poi il giudice sarà chiamato a valutare. Alle stesse conclusioni credo si debba giungere rispetto all'efficacia degli elementi probatori acquisiti al giudizio. In effetti, anche le norme che attengono agli effetti delle risultanze dei singoli mezzi di prova appaiono direttamente idonee a condizionare la decisione nel merito della causa: esse, dunque, riguardano il diritto sostanziale più che le modalità di svolgimento del procedimento.”).

La tesi non convince, per diverse ragioni.

In primis, si fornisce un'interpretazione dell'art. 12 delle norme di d.i.p. che di fatto abroga il dettato legislativo arrivando ad escludere dalla portata della disposizione la disciplina dei mezzi istruttori, la quale include la gamma dei mezzi istruttori a disposizione e lo schema per la loro assunzione, ma anche la loro ammissibilità nel processo, nonché l'utilizzabilità ed efficacia ai fini della decisione.

Inoltre – a voler individuare come norme sostanziali tutte quelle che sono idonee a condizionare la statuizione finale (e quindi non processuali perché “non neutre” rispetto alla decisione) – si dovrebbe paradossalmente assoggettare alla *lex causae* anche la cosiddetta “disciplina delle preclusioni”, sicuramente capace di influenzare l'esito di una controversia ma altrettanto certamente da annoverare tra le “norme processuali”.

Poi, seguendo la teoria dottrinale succitata e portandone l'applicazione alle estreme conseguenze, si dovrebbe (in ipotesi) ammettere nel processo italiano e utilizzare per la stesura della sentenza anche la testimonianza della parte in causa, da ammettere su istanza della medesima, previo suo impegno a dire la verità, presidiato da sanzione penale: è evidente che tutto ciò è assolutamente estraneo al processo italiano e contrario ai principi che lo informano (*nemo testis in causa propria*) e dà ulteriore conferma che l'intera disciplina dei mezzi istruttori soggiace all'art. 12 della Legge 218/1995.

Infine, contrariamente alla suddetta opinione dottrinale, l'inciso “salvo che la legge disponga altrimenti” contenuto nell'art. 116 comma 1° c.p.c. (“Valutazione delle prove”) deve ritenersi limitato alle fattispecie in cui la legge italiana introduce deroghe al principio del libero apprezzamento delle risultanze probatorie (atti aventi fede privilegiata, giuramento decisorio, ecc.) e non può invece riferirsi “alle norme della legge straniera che disciplinano la sostanza”.

Dato che le critiche mosse all'ordinanza si fondano sul presupposto (qui respinto) che l'ammissibilità e l'efficacia dei mezzi istruttori debbano essere valutate in base alle previsioni della legge sostanziale applicabile (*lex causae*) anziché in base alla disciplina della *lex fori*, non occorre ri-

petere le motivazioni che, nel provvedimento del 6/10/2008, hanno condotto al rigetto delle istanze probatorie di parte convenuta.

Merita un accenno soltanto il richiamo rivolto alla regola della cosiddetta “best evidence”.

Proprio questo Giudice (in altra sede) ha avuto modo di criticare la chiusura ermetica della disciplina processuale italiana in tema di istruttoria, richiamando la sentenza del 27/10/1993 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in base alla quale non può essere dichiarata inammissibile l'unica prova idonea, anche quando ciò possa condurre all'inosservanza della normativa interna sulle prove (in applicazione dell'art. 6 paragrafo 1 della C.E.D.U., da intendersi come “principio dell'uguaglianza delle armi nel processo” e anche come “giusto equilibrio delle parti”).

La predetta pronuncia non si attaglia certo al caso *de quo*, poiché non occorre scomodare i fondamentali diritti umani per escludere l'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova orale proposti dalla Gruppo Ceramiche Gresmalt, dedotti su capitoli formulati in maniera generica o esplorativa (in violazione dell'art. 244 c.p.c.), vertenti su fatti incontrovertibili o risultanti da documenti (e come tali superflui), tesi ad ottenere dal teste dei giudizi anziché la narrazione di fatti e, ancora, riguardanti aspetti irrilevanti per il *thema decidendum* (dato che la controversia non concerne pretesi inadempimenti del *trustee* originario).

A ciò si aggiunge che il principale teste indicato dalla Gruppo Ceramiche Gresmalt (gli altri sono chiamati a confermare documenti) è il legale rappresentante della Cuccoli 1953 S.r.l., oggi intervenuta in causa quale nuovo *trustee*: se è vero che l'incapacità a deporre non può essere rilevata d'ufficio, la ferma opposizione delle controparti all'ammissione dei mezzi istruttori lascia presumere che le stesse non mancherebbero di sollevare l'eccezione in caso di modifica o revoca del provvedimento del 6/10/2008.

Da ultimo, la mancata ammissione dell'interrogatorio libero delle parti richiesto dalla convenuta si giustifica in relazione alle caratteristiche di elevato tecnicismo della controversia, alla cui soluzione l'audizione personale delle parti “sui fatti della causa” non potrebbe fornire alcun utile apporto.

P.Q.M.

Respinge l'istanza di modifica/revoca dell'ordinanza istruttoria del 6/10/2008;

Conferma l'udienza del 6/5/2010 alle ore 9.30 per la precisazione delle conclusioni.

Manda la cancelleria per la comunicazione alle parti del presente provvedimento.

Italia – Tribunale di Voghera

Difetto di legittimazione passiva del trust nell'ambito di una procedura esecutiva

Esecuzione – opposizione all'esecuzione – titolo emesso nei confronti del trustee personalmente e nella sua qualità – esecuzione promossa nei confronti del solo trust – difetto di legittimazione passiva in capo al trust

Deve essere sospesa l'azione esecutiva presso terzi promossa esclusivamente e direttamente nei confronti di un trust sulla base di un titolo esecutivo ottenuto nei confronti del trustee in proprio e nella sua qualità atteso che il trust, in quanto semplice rapporto giuridico e non autonomo soggetto di diritto, è privo di legittimazione passiva.

■ **Tribunale di Voghera, M. C. Montanaro, 25 febbraio 2010 [E. L. c. F. M. quale trustee del trust "V."]**

TESTO DELL'ORDINANZA

Il G.O.T.

Sciolta la riserva che precede,

letto il ricorso in opposizione e le memorie autorizzate; occorre rilevare che in questa fase spetta una verifica del fumus delle ragioni addotte dall'opponente, mediante un esame sommario degli elementi acquisiti, al fine di adottare una decisione sull'istanza di sospensione.

La creditrice ha pignorato, mediante atto di pignoramento presso terzi, le partecipazioni sociali della società L. C. di B. S. & C. di proprietà del Trust "V.", in forza dei seguenti titoli: ordinanze 17-23/5/2007 n. ... e 13/08-7/09/2007 del Tribunale di Siena, che sulla base del corpo dei provvedimenti medesimi, sono stati emesse nei confronti del sig. F. M. in proprio e in qualità di trustee del Trust "V."

Il sig. F. M., nella sua qualità di Trustee del Trust "V." ha promosso opposizione, contestando l'inesistenza del precetto e del pignoramento, perché reputa che il trust non abbia personalità giuridica, in quanto il trust non sarebbe un soggetto giuridico, ma soltanto un rapporto giuridico ovvero un rapporto di appartenenza di beni segregato rispetto agli altri beni che fanno capo al medesimo soggetto. Secondo il ricorrente il trust non è un ente al quale faccia capo il fondo in trust. Di conseguenza, sia l'atto di precetto che il pignoramento, emessi nei confronti del Trust in persona del trustee, sarebbero giuridicamente inesistenti.

Non solo, ma il debitore sostiene anche l'impignorabilità dei beni conferiti nel Trust in quanto il soggetto, pur agendo in qualità di trustee di un certo trust, in realtà avrebbe impegnato solo se stesso pur nella qualifica rivestita e che pertanto sarebbe l'unico destinatario dei due provvedimenti costituenti titolo esecutivo, pronunciati nei suoi confronti in proprio e in qualità di trustee di un certo Trust. E pertanto, poiché il trust non sarebbe pignorabile per i debiti del trustee, il creditore avrebbe dovuto escutere il soggetto trustee direttamente e personalmente.

La creditrice opposta, sig.ra E. L., sostiene la piena legittimità della procedura esecutiva incardinata, perché reputa che il Trust sia dotato di soggettività fiscale, in quanto ha un proprio codice in tal senso, una propria sede distinta dalla residenza del trustee.

Inoltre in merito alla pignorabilità dei beni del Trust, la creditrice sostiene che il fatto che determinati beni siano assoggettati ad un trust non sarebbe di per sé sufficiente a comportarne la loro assoluta impignorabilità.

In altri termini, secondo la creditrice, l'effetto segregativo, il vincolo di indisponibilità che si verrebbe a creare sui beni sottoposti al trust, opererebbe solo ed esclusivamente nei confronti dei creditori personali del trustee e/o dei creditori personali del disponente.

Tale vincolo, secondo l'opposta, sarebbe destinato a venir meno in tutti i casi in cui il debito venga contratto

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

allo scopo – manifestato dal trust al creditore - di realizzare il fine di destinazione al quale il trust è volto, ad esempio tutelando i beni che ne fanno parte. Poiché il debito sarebbe un debito contratto allo scopo di realizzare le finalità per le quali il Trust è stato istituito, il creditore procedente non può essere considerato alla stregua dei creditori personali del trustee o del beneficiario e/o del disponente e, come tale vincolato alla impignorabilità dei beni, ma sarebbe perfettamente legittimato a soddisfare il proprio credito per mezzo del fondo in Trust.

Ed ancora la creditrice richiama l'art. 2645 c.c. ter, ritenendolo applicabile al Trust, norma in cui è stabilito che i beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'art. 2915 c.c., primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo.

Il Trust "V." è stato istituito con atto pubblico del 24-6-2005 con il quale sono stati trasferiti determinati cespiti dal disponente al trustee, che nel caso di specie sono la stessa persona, appunto il sig. F. M., con lo scopo di provvedere al sostentamento, cura, istruzione, esigenze lavorative dei figli legittimi e naturali e della convivente del disponente; il trustee dovrà amministrare e gestire i beni secondo le modalità e i tempi indicati nell'atto e trasferirli ai beneficiari. Secondo l'art. 9 dell'atto istitutivo la legge applicabile è quella inglese e al punto B del medesimo si prevede che le obbligazioni e le responsabilità del trustee siano disciplinate cumulativamente dalla legge regolatrice del Trust e dalle legge italiana.

Le finalità del Trust "V." appaiono meritevoli di tutela: provvedere al sostentamento, cura, istruzione, esigenze lavorative dei figli legittimi e naturali nonché quelle della convivente del disponente e dal programma dell'atto istitutivo, almeno prima facie, non sembra che il Trust sia stato costituito in frode alla legge.

Il Trust "V." è qualificabile come "trust interno", in quanto l'unico elemento di estraneità è la legge applicabile, quella inglese, mentre disponente e trustee che in questo caso sono la stessa persona, ovvero il sig. F. M., i beni, la residenza dei beneficiari appartengono all'ordinamento italiano.

La giurisprudenza italiana ha riconosciuto legittimo il trust interno (Trib. Bologna n. 4545 del 1/10/2003, Trib. Trento decreto 20/7/2004, Trib. Reggio Emilia 14/5/2007(1)); la stessa Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, ratificata con legge 16 ottobre 1989 n. 164, ha introdotto nel nostro ordinamento il trust "interno", tuttavia, all'art. 13 prevede che sia possibile negare validità a

tale tipologia di trust nel caso in cui il ricorso all'istituto e alla disciplina straniera appaia fraudolento, cioè volto a creare situazioni in contrasto con l'ordinamento: intento fraudolento che non pare ricorrere, almeno prima facie, nel Trust "V."

L'effetto del trust è quello della segregazione dei beni costituiti in trust nel patrimonio del trustee, il quale è l'esclusivo proprietario dei beni in trust posti sotto il suo controllo nell'interesse di un beneficiario, o per uno scopo determinato e quindi l'impossibilità per i creditori di quest'ultimo di attaccare i beni trasferiti, come pure vi è l'impossibilità di aggredire detti beni per i creditori del disponente.

La Convenzione dell'Aja all'art. 2 indica che il trustee è il diretto ed esclusivo proprietario dei beni in trust che sono stati posti sotto il suo controllo nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato.

Il trust sarebbe dunque un rapporto giuridico che si manifesta come rapporto di appartenenza segregato rispetto agli altri che fanno capo al medesimo soggetto.

Il fondo in trust appartiene al trustee, ma è segregato dal suo patrimonio personale e asservito alla finalità del trust, non esiste un ente al quale faccia capo il fondo in trust.

Nel caso in esame si fa rilevare un difetto di legittimazione passiva in capo al debitore: nella presente procedura esecutiva, infatti, i titoli esecutivi azionati sono stati emessi nei confronti del sig. F. M. in proprio e in qualità di trustee del Trust "V.", mentre l'azione esecutiva de quo, incardinata attraverso l'atto di pignoramento presso terzi, contiene l'intimazione al solo Trust "V." in persona del trustee, come pure l'atto di precetto, è stata proposta dalla creditrice esclusivamente contro il "Trust V." che non è, peraltro, nemmeno un soggetto giuridico; a questo proposito si ritiene doveroso rilevare che la normativa fiscale, contrariamente a quanto sostenuto dalla creditrice opposta, non incide sulla fattispecie civilistica del trust.

Né tanto meno l'art. 2645 ter, dettato in tema di trascrizione degli atti, può in qualche modo attribuire al trust che è un rapporto giuridico, la qualità di soggetto di diritto.

Anche la legge inglese, che è la legge regolatrice del Trust in questione, non qualifica il trust come un ente al quale faccia capo il fondo in trust; addirittura nel diritto inglese il trustee che contragga con i terzi, anche qualora

Nota:

(1) In questa Rivista, rispettivamente, 2004, 67, 573 e 2007, 425 [n.d.r.]

palesi la propria qualità e identifichi il trust di cui è trustee, risponde comunque personalmente e illimitatamente con il proprio patrimonio, per cui la sua responsabilità è personale e assoluta, salvo ovviamente il diritto del trustee di essere indennizzato dal fondo in trust.

Quindi rilevato nella presente procedura il difetto di legittimazione passiva in capo al soggetto debitore, si reputano sussistere i gravi motivi per accogliere la richiesta di sospensiva formulata dal debitore opponente e pertanto, visto il combinato disposto degli artt. 624 e 616 c.p.c.

sospende

l'esecuzione n. 446/2009 R.G.E. e

concede

alle parti termine di sessanta giorni, per iscrivere a ruolo la causa di opposizione presso la competente Cancelleria civile del tribunale di Voghera, mediante atto di citazione, osservati i termini a comparire di cui all'art. 163 bis C.p.c., ridotti alla metà.

Francia – Cour de Cassation

Imposta di successione relativa al trust revocabile in Francia

Trust revocabile – legge dello Stato di New York – disponente – trasferimento del fondo in trust ai beneficiari – imposta di “solidarité sur la fortune”

Defunta la disponente di un trust revocabile sottoposto alla legge dello Stato di New York, che consentiva alla disponente stessa di percepire durante la propria vita sia il reddito che il capitale del trust a propria semplice richiesta, il trasferimento del fondo in trust ai beneficiari è soggetto all'imposta di “solidarité sur la fortune”.

- **Cour de Cassation, Chambre Commerciale, Financière et Economique, 31 marzo 2009, arrêt n° 325 [D'Elbée c. Directeur général des finances publiques, ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique]**

TESTO DELLA SENTENZA

Les demandeurs invoquent, à l'appui de leur pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt;

Moyen produit par la SCP Delaporte, Briard et Trichet, avocat aux Conseils pour les consorts D'Elbée;

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir rejeté la demande en décharge des rappels d'impôt de solidarité sur la fortune et des pénalités y afférentes se rapportant aux années 1992 à 1999, auxquels a été assujetti M. Elie D'Elbée, décédé le 17 avril 2002,

Aux motifs propres que, selon l'article 1723 ter 00 A du code général des impôts, l'impôt de solidarité sur la fortune est recouvré et acquitté selon les mêmes règles et sous les mêmes garanties et sanctions que les droits de mutation par décès; que certes l'article 1709 du même code dispose que les droits des déclarations des mutations par décès sont payés par les héritiers, donataires ou légataires, et que les cohéritiers sont solidaires, mais les cohéritiers sont effectivement les redevables de l'impôt sur les mutations par décès, alors que les redevables de l'impôt sur la fortune sont les titulaires du patrimoine imposable au 1er janvier de l'année de référence, en l'espèce Madame D'Elbée et son mari, les rappels d'impôt constituant autant de dettes de leur succession; que l'article 1723 ter 00 B du code général des impôts dispose à cet égard: “Les époux et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité défini par l'article 515 du code civil sont solidaires pour le paiement de l'impôt de solidarité sur la fortune; que les héritiers n'étant

tenus de l'impôt de solidarité sur la fortune de leur auteur que parce qu'il s'agit d'une dette de la succession, par application des articles 873 et 1220 du code civil, l'obligation solidaire de leur auteur décédé se divise de plein droit entre eux; que les consorts D'Elbée tirent argument de ce que leur père était non seulement débiteur solidaire de l'impôt mais aussi héritier; que sa qualité de débiteur solidaire autorisait l'administration à recouvrer contre lui la totalité des rappels de droits pourvu que lui ait été adressé, ce qui est le cas, un avis de mise en recouvrement par application de l'article L. 256 du livre des procédures fiscales; que les consorts D'Elbée agissant tant en qualité d'héritiers de leur père que de leur mère apparaissent susceptibles d'être tenus de l'imposition litigieuse en leur qualité d'héritiers de leur père; que l'administration est donc recevable à poursuivre le recouvrement contre eux, du chef de leur père et dans la proportion, pour chacun, de leur part dans la succession de celui-ci nonobstant le fait qu'elle ne leur a pas personnellement notifié d'avis de mise en recouvrement; qu'il ressort de la convention de trust, dans sa rédaction issue de l'avenant du 23 septembre 1994 que Madame D'Elbée, en confiant un portefeuille de titres à des trustées, ne s'est pas dépouillée, ces biens n'étant pas sortis de son patrimoine puisqu'elle pouvait révoquer la convention à tout moment, et ainsi rentrer en possession

.....
Pubblichiamo il testo della sentenza da LexisNexis France.
La sentenza è commentata da François Tripet, *supra*, 237.

de ses biens, ou exiger que tout ou partie du portefeuille soit liquidé pour en percevoir le prix, ou même que les titres lui soient remis; qu'elle en restait donc propriétaire, et que c'est à bon droit que l'administration les a réintégrés dans la base de calcul de l'impôt de solidarité sur la fortune dû par les époux Elie D'Elbée; que le jugement attaqué doit être confirmé; que, par ailleurs, l'article 750 ter 1°) du code général des impôts selon lequel sont soumises aux droits de mutation à titre gratuit les valeurs mobilières françaises ou étrangères, de quelque nature qu'elles soient, situées hors de France lorsque le défunt a son domicile en France s'applique aux biens reçus du trust faisant partie de son patrimoine jusqu'à son décès, lequel a entraîné leur dévolution aux dits héritiers, et la demande des consorts D'Elbée tendant à faire juger que ce texte n'est pas applicable, seul étant applicable selon eux l'article 750 ter 3°, doit être rejetée;

Et aux motifs adoptés qu'aux termes de l'article 885 E du CGI, l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune est constituée par la valeur nette au 1er janvier de l'année, de l'ensemble des biens, droits et valeurs imposables appartenant aux personnes visées; que l'article 885 D du CGI dispose que l'impôt en question est assis et les bases d'imposition déclarées suivant les règles applicables aux droits de mutation par décès; que l'actif à prendre en considération comprend, selon l'article 750 ter du CGI les meubles et immeubles situés en France ou hors de France et notamment les valeurs mobilières possédées par une personne physique ayant son domicile fiscal en France; que l'article 753 du CGI précise que l'ensemble des titres, sommes ou valeurs existant chez les dépositaires sont considérés pour la perception des droits de mutation par décès comme appartenant aux déposants; que la jurisprudence admet que sont compris dans l'assiette de l'ISF les dépôts et créances de toute nature quelle que soit leur date d'échéance ou de perception effective; qu'il importe en l'espèce de déterminer si le trust institué en 1981 par Madame D'Elbée doit ou non, en fonction des textes précités, entrer pour sa valeur dans l'assiette de l'ISF; qu'en substance, les consorts D'Elbée soutiennent que comme le droit fiscal est d'interprétation stricte et que, comme pour être imposable à l'ISF, il faut être propriétaire ou usufruitier, la seule question qui se pose est de savoir si, au regard de la loi américaine - seule applicable, le trust étant une institution n'ayant aucun équivalent en droit français - le service fiscal français a fait la preuve que la fondatrice était propriétaire ou usufruitière des biens mis en trust au 31/12 des années concernées; qu'ils estiment qu'il n'en est rien dans la mesure où, au regard de la loi de l'Etat de New-York sur les trusts, la propriété des avoirs du consti-

tuant (Madame D'Elbée) est transférée par l'acte de trust aux trustées; que les consorts D'Elbée fondent en particulier leur position sur une décision rendue par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 04/05/2004(1) aux termes de laquelle il a été décidé que les biens objet d'un trust n'entraient pas dans l'assiette de l'ISF; qu'il est exact que l'administration fiscale n'a pas relevé appel de cette décision qu'elle a, de fait, acceptée; mais que l'administration soutient à bon droit que cette décision n'est pas transposable en l'espèce; que dans l'espèce soumise au Tribunal de Nanterre, il s'agissait en effet d'imposer à l'ISF la bénéficiaire de deux trusts testamentaires établis par ses oncle et tante américains alors qu'il s'agit dans la présente espèce d'imposer à l'ISF la constituante d'un trust ayant son domicile fiscal en France, de son vivant; que contrairement à ce qu'affirment les consorts D'Elbée, les questions de la révocabilité et du caractère discrétionnaire du trust sont fondamentales et la décision sur laquelle ils se fondent tiennent clairement et lisiblement les conséquences du caractère irrévocable et surtout discrétionnaire du trust; que c'est en considération de ces éléments que le Tribunal de grande instance de Nanterre a statué en estimant que les stipulations des trusts déniaient au bénéficiaire un quelconque droit de propriété ou de créance sur le trust ou les biens qui en étaient l'objet et laissaient même au trustée un pouvoir d'appréciation sur les revenus à distribuer; que tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce où le trust était révocable et non discrétionnaire ainsi qu'il appert des mentions du troisième avenant en date du 23/09/1994 versé aux débats contenant réitération de l'acte de trust initial en date du 21/10/1981; qu'il est admis que lorsque le constituant institue un trust révocable, il ne se dessaisit pas de la propriété de ses biens; qu'un tel trust aux termes duquel le trustée est amené à remettre au constituant qui n'a pas abandonné la maîtrise de ses biens, ou au bénéficiaire désigné par lui, tant, des revenus qu'éventuellement du capital selon des accords préétablis, ne peut s'analyser comme une mutation mais revêt le caractère d'un simple instrument de gestion, que Madame D'Elbée est bien restée propriétaire des biens remis au trust avec pour mission de les détenir et de les administrer; que résidente en France, elle était dès lors taxable à l'ISF au titre des ses avoirs détenus aux Etats-Unis sous forme de trust, que les consorts D'Elbée doivent être déboutés de leurs prétentions visant à faire échapper la valeur du trust à l'assiette de l'ISF;

.....
Nota:

(1) In questa Rivista, 2008, 400 [n.d.r.].

Alors, d'une part, qu'en application des dispositions combinées des articles 1723 ter 00 A et 1709 du code général des impôts et par dérogation aux prescriptions des articles 873 et 1220 du code civil, les héritiers du redevable décédé, sont solidairement tenus au paiement de l'impôt de solidarité sur la fortune mis à la charge de ce dernier et de son conjoint survivant, de sorte qu'en cas de rappels d'impôt de solidarité sur la fortune se rapportant à la période antérieure au décès, les services du recouvrement doivent émettre soit un avis de mise en recouvrement collectif en faisant expressément référence à la solidarité entre les héritiers et le conjoint survivant, soit un avis de mise en recouvrement individuel au nom de chacun d'eux; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que les rappels d'impôt de solidarité sur la fortune litigieux se rapportent à la période 1992-1999, antérieure au décès de Madame Anne D'Elbée, constituant ainsi une dette de sa succession et qu'ils ont été mis en recouvrement uniquement au nom de M. Elie D'Elbée, époux de la défunte; qu'en considérant que les héritiers de Mme Anna D'Elbée n'étaient tenus de la dette d'impôt de solidarité sur la fortune qu'à concurrence de leurs parts dans la succession de cette dernière bien qu'ils fussent eux-mêmes solidaires du paiement des rappels d'impositions correspondants, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 1723 ter 00 A, 1723 ter 00 B et 1709 du code général des impôts et celles des articles L. 256 et R. 256-2 du livre des procédures fiscales;

Alors, d'autre part et, en tout état de cause, qu'en application des dispositions de l'article R. 256-2 du livre des procédures fiscales, en cas d'obligation solidaire ou conjointe au paiement d'une dette fiscale, l'administration a l'obligation d'émettre soit un avis de mise en recouvrement collectif portant sur l'intégralité de la dette et mentionnant la liste des personnes constituées redevables ainsi que la nature solidaire ou conjointe de leur obligation, soit un avis de mise en recouvrement individuel au nom de chaque débiteur conjoint ou solidaire à raison de sa part ou portion de la dette en cause; que la régularité d'un avis de mise en recouvrement s'apprécie à la date de son émission et non à la date du décès du débiteur au nom duquel ledit avis a été émis et que l'administration fiscale ne peut mettre en recouvrement l'intégralité des rappels d'impôt de solidarité sur la fortune au nom d'un des débiteurs solidaires qu'à la condition de faire référence à cette solidarité dans cet avis ou en mentionnant le texte qui la prévoit; qu'en l'espèce, il résulte de l'arrêt attaqué que les rappels d'impôt de solidarité sur la fortune litigieux se rapportent à la période 1992-1999, antérieure au décès de Madame Anne D'Elbée, débiteur solidaire de cet impôt, et consti-

tuent donc une dette de sa succession, enfin, qu'ils ont été mis en recouvrement au nom du seul Monsieur Elie D'Elbée, époux de la défunte; qu'en se bornant à affirmer, pour justifier la régularité de l'avis de mise en recouvrement litigieux, que la qualité de débiteur solidaire de M. Elie D'Elbée autorisait l'administration à recouvrer contre lui la totalité des rappels d'impôt de solidarité sur la fortune litigieux et qu'un avis de mise en recouvrement avait été émis à son encontre, sans rechercher si cet avis faisait référence à cette qualité de débiteur solidaire ou au texte prévoyant cette solidarité, les juges d'appel ont privé leur décision de base légale au regard des exigences des articles L. 256 et R. 256-2 du livre des procédures fiscales;

Alors, encore, que le trust, qu'il soit révocable ou irrévocable, discrétionnaire ou non discrétionnaire, ne constitue pas un simple instrument de gestion mais emporte, dès sa constitution, un transfert de propriété des biens mobiliers ou immobiliers qu'il vise, au profit du trustée qui en détient la "propriété légale" ou "légal ownership"; que les valeurs mobilières détenus dans un trust appartiennent au seul trustée qui n'est pas un simple dépositaire et peut seul, en particulier, procéder effectivement à leur vente; qu'en estimant que les biens objet d'un trust révocable doivent être regardés comme étant demeurés la propriété du constituant jusqu'à son décès et par suite être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune de ce dernier, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 750 ter, 753, 885 E et 885 G du code général des impôts et 544 du code civil;

Alors, enfin, que la constitution d'un trust, notamment sous le régime de la loi d'un Etat des Etats-Unis, conduit à un démembrement de la propriété entre le trustée et le(s) bénéficiaire(s), inconnu du droit français qui opère uniquement un démembrement entre nue-propriété et usufruit; qu'à défaut de disposition expresse du code général des impôts ou de stipulation expresse de la convention conclue entre la France et les Etats-Unis le 31 août 1994 en matière sur le revenu et d'impôt sur la fortune prévoyant la prise en compte dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des biens apportés à un trust, en particulier révocable et non discrétionnaire, de tels biens dont le constituant, personne physique, et bénéficiaire n'est ni propriétaire ni usufruitier au sens du code civil français, sont exclus de cette assiette; qu'en estimant fondés les rappels d'impôt de solidarité sur la fortune litigieux bien qu'aucune disposition du code général des impôts ne prévoit d'inclure dans l'assiette de cet impôt les biens apportés à un trust et ne précise la personne qui en est alors le redevable, les juges d'appel ont donc violé les dispositions des articles 750 ter et 885 E du code général des im-

pôts et les stipulations de la convention fiscale franco-américaine susvisée.

Vu la communication faite au procureur général;

La Cour, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 3 mars 2009, où étaient présents: Mme Favre, président, Mme Farthouat-Danon, conseiller référendaire rapporteur, Mme Trie, Mme Betch, M. Petit, Mmes Pezard, Laporte, Bregeon, MM. Espel, Le Dauphin, conseillers, Mme Beaudonnet, M. Sémériva, Mmes Farthouat-Danon, Michel-Amsellem, MM. Pietton, Salomon, Mme Maitrepierre, MM. Lecaroz, Arbellot, conseillers référendaires, M. Bonnet, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre;

Sur le moyen unique, pris en ses deux dernières branches:

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'Anna D'Elbée, de nationalité américaine, est décédée en France le 25 avril 1999, laissant pour lui succéder son époux, Elie D'Elbée, et leurs cinq enfants, Mmes Marie-Hélène et Elisabeth D'Elbée et MM. Jean-Charles, Philippe et Pierre D'Elbée (les consorts D'Elbée); que, le 6 mars 2001, l'administration fiscale a notifié à Elie D'Elbée un redressement, au motif que n'avait pas été incluse dans les déclarations d'impôt de solidarité sur la fortune pour les années 1992 à 1999 la valeur d'un portefeuille de titres détenu par un trust américain régi par la législation de l'Etat de New York, et créé par la défunte le 21 octobre 1981; qu'un avis de mise en recouvrement a été notifié à Elie D'Elbée le 31 juillet 2001; que celui-ci est décédé le 17 avril 2002; que les consorts D'Elbée ont saisi le tribunal de grande instance afin d'obtenir notamment la décharge des rappels d'impôt de solidarité sur la fortune et des pénalités réclamées;

Attendu que les consorts D'Elbée font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande, alors, selon le moyen:

1° que le trust, qu'il soit révocable ou irrévocable, discrétionnaire ou non discrétionnaire, ne constitue pas un simple instrument de gestion mais emporte, dès sa constitution, un transfert de propriété des biens mobiliers ou immobiliers qu'il vise, au profit du trustee qui en détient la "propriété légale" ou "légal ownership"; que les valeurs mobilières détenues dans un trust appartiennent au seul trustee qui n'est pas un simple dépositaire et peut seul, en particulier, procéder effectivement à leur vente; qu'en estimant que les biens objet d'un trust révocable doivent être regardés comme étant demeurés la propriété du constituant jusqu'à son décès et par suite être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune de ce dernier, les juges d'appel ont violé les dispositions des articles 750

ter, 753, 885 E et 885 G du code général des impôts et 544 du code civil;

2° que la constitution d'un trust, notamment sous le régime de la loi d'un Etat des Etats-Unis, conduit à un démembrement de la propriété entre le trustee et le(s) bénéficiaire(s), inconnu du droit français qui opère uniquement un démembrement entre nue-propriété et usufruit; qu'à défaut de disposition expresse du code général des impôts ou de stipulation expresse de la convention conclue entre la France et les Etats-Unis le 31 août 1994 en matière sur le revenu et d'impôt sur la fortune prévoyant la prise en compte dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune des biens apportés à un trust, en particulier révocable et non discrétionnaire, de tels biens dont le constituant, personne physique, et bénéficiaire n'est ni propriétaire ni usufruitier au sens du code civil français, sont exclus de cette assiette; qu'en estimant fondés les rappels d'impôt de solidarité sur la fortune litigieux bien qu'aucune disposition du code général des impôts ne prévoit d'inclure dans l'assiette de cet impôt les biens apportés à un trust et ne précise la personne qui en est alors le redevable, les juges d'appel ont donc violé les dispositions des articles 750 ter et 885 E du code général des impôts et les stipulations de la convention fiscale franco-américaine susvisée;

Mais attendu que l'arrêt retient que l'acte de trust prévoit que du vivant du constituant les "trustees devront détenir les biens dans le trust à son bénéfice et lui payer les revenus en provenant ainsi que tout montant du principal, le cas échéant, sans limitation de montant, qu'il pourra demander à tout moment par écrit"; qu'il retient encore que Mme D'Elbée pouvait révoquer la convention à tout moment et rentrer en possession des biens confiés, ou exiger que tout ou partie du portefeuille soit liquidé, pour en percevoir le prix, ou même que les titres lui soient remis; que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et appréciations souveraines que Mme D'Elbée avait le droit de jouir et de disposer des titres confiés, et qu'ils devaient être inclus dans l'assiette de l'impôt de solidarité sur la fortune; que le moyen n'est pas fondé;

Et attendu que le moyen, pris en ses deux premières branches, ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi;

Par ces motifs:

Rejette le pourvoi;

Condamne les consorts D'Elbée aux dépens.

Proseguiamo la raccolta delle sentenze “storiche” sul trust.
Illinois – Court of Appeals of Illinois

Interpretazione delle clausole di un trust testamentario

Trust testamentario – diritti successorî dei discendenti – violazione – nullità della disposizione testamentaria – corretta interpretazione della clausola testamentaria

Trust testamentario – erede titolare di un “life use” – validità e legittimità della clausola testamentaria – diritto assoluto sul fondo in trust – insussistenza

Qualora debba essere considerata nulla la clausola del trust testamentario che limiti e condizioni il diritto dei discendenti di uno degli eredi del disponente di vedersi attribuito il fondo in trust, detta clausola dovrebbe essere interpretata nel senso che in relazione al complesso dei beni in questione si apre un'ordinaria successione ereditaria intestata.

La clausola del trust testamentario che attribuisca in favore di una erede del *de cuius* un *life use* avente ad oggetto una porzione del fondo in trust costituito dal patrimonio del *de cuius* è valida e legittima e non comporta il sorgere in capo alla beneficiaria di alcun diritto assoluto sul fondo in trust.

■ Court of Appeals of Illinois, Second District, Whitney, 12 marzo 1913 [Mary W. Anderson v James A. Williams]

NOTE

Il signor William P. William, con il proprio testamento (modificato da un successivo codicillo) istituì un trust avente ad oggetto l'intero proprio patrimonio. Più precisamente, il trust testamentario nominava trustee il figlio e uno dei generi del disponente, mentre beneficiari erano la moglie del disponente stesso e tutte le loro figlie.

In virtù del trust testamentario, i trustee, finché la moglie del disponente fosse stata in vita, avevano il compito di curare, amministrare e gestire il fondo in trust, affittandone i beni e incassando le rendite e i profitti. Dedotte le tasse, ripagati i costi, pagati i premi assicurativi e sostenute tutte le spese relative alla gestione e amministrazione del fondo in trust, i trustee dovevano suddividere e attribuire i redditi netti in quote eguali tra la moglie del disponente e le figlie.

Successivamente al decesso della moglie del disponente, compito dei trustee era quello di liquidare il fondo in trust, in una o più *tranches* e al prezzo che gli stessi avrebbero ritenuto opportuno e, comunque, nell'interesse del trust, suddividendo il ricavato netto in tante quote di eguale valore quante fossero sta-

te in allora le figlie e attribuendone loro una ciascuna. Da tale attribuzione era esclusa la figlia Mary, la cui quota, in forza della disposizione testamentaria, doveva restare segregata in trust a beneficio suo e dei suoi discendenti.

In forza del codicillo, successivamente anche la figlia Sarah era stata esclusa, al pari della sorella Mary, dalla immediata attribuzione della quota del fondo in trust di sua spettanza.

Mary e Sarah agiscono, quindi, in giudizio sostenendo la nullità del testamento e del successivo codicillo in quanto non prevedevano la definitiva attribuzione del fondo in trust ai rispettivi discendenti successivamente il rispettivo decesso.

Tuttavia, oggetto del provvedimento che segue non è la validità o meno dei suddetti atti di ultima volontà (rimessi ad altro procedimento), quanto, più precisamente, l'interpretazione e l'efficacia giuridici-

Riproduciamo il testo della sentenza da 179 Ill. App. 398; 1913 Ill. App. LEXIS 921.

In tema di validità delle clausole di esclusione dei benefici del trust v. A. N. v Barclays Private Bank & Trust (Cayman) Ltd & Others, in questa Rivista, 2007, 596.

che da attribuirsi alle clausole del trust testamentario istituito dal *de cuius*.

I giudici, nel riformare il giudizio di primo grado, affermano che, qualora il procedimento di accertamento della validità della disposizione testamentaria, che limita fortemente e condiziona il diritto degli eredi del *de cuius* a vedersi attribuita la parte di patrimonio che sarebbe loro spettata in caso di successione intestata, si concluda con una dichiarazione di nullità della clausola stessa, la conseguenza dovrebbe essere nel senso che la porzione di patrimonio in questione non sarebbe ricompresa nel trust, bensì dovrebbe costituire un patrimonio relitto sottoposto ai principî della successione intestata. Pertanto, tale patrimonio dovrebbe essere attribuito direttamente agli eredi legittimi del *de cuius*, ovvero dovrebbe essere suddiviso tra i legatarî nominati nel testamento.

Tuttavia, nel caso di specie, i giudici evidenziano, altresì, che un testamento ed un codicillo quali quelli oggetto della vertenza sottoposta alla loro attenzione non determinano comunque il sorgere in capo alle appellanti di un diritto assoluto a vedersi attribuita la porzione di patrimonio in questione.

Il tutto in quanto, in forza del trust testamentario, esse in realtà beneficiano per tutta la durata delle rispettive vite di un *life use* su una porzione del patrimonio paterno, sotto il controllo e la gestione di due trustee: ciò che è per esse stesse ampiamente vantaggioso e certamente valido e legittimo.

(E. B.)

TESTO DELLA SENTENZA

Mr. Justice Whitney delivered the opinion of the court.

William P. Williams, father of appellees and appellant Williams, made his will on December 31, 1900, and on December 2, 1901, made a codicil thereto. On February 26, 1907, he died, leaving no widow but leaving appellant James A. Williams, his son; appellee Mary W. Anderson, his daughter; appellee Sarah E. Blood, his daughter, and his daughters Catherine Esmond, Annette Wylie and Carrie Patty as his heirs and only heirs at law, all of full age of legal majority. In May, 1907, said will and codicil were duly probated in the County Court of Marshall county, state of Illinois, wherein the same are of record as the valid and subsisting last will and testament of said William P. Williams, deceased. On the tenth day of January, 1910, more than one year after the probate of said will and codicil, appellee Mary W. Anderson filed her bill in this

cause, not to contest said will and codicil, but to have the same construed, the trust therein mentioned terminated, and the trust funds therein provided for her benefit, turned over to her as her absolute property. On said tenth day of January, 1910, appellee Sarah E. Blood filed her bill in this cause for the same purpose. For brevity hereinafter Mary W. Anderson and Sarah E. Blood will be named as they are the only appellees. Answers to both bills were filed and issues joined, and proofs taken before a master. The master reported his findings of law and fact, and thereafter, by order duly entered in the trial court, the two bills were consolidated, the bill of appellee Sarah E. Blood to be treated as a cross-bill to the bill filed by appellee Mary W. Anderson. Exceptions to the masters report were filed by both appellant and appellees which were all overruled or withdrawn, and decree was entered by the trial court substantially according to the master's recommendation, by which the said trusts were terminated and the funds in the hands of the trustees decreed to be paid to appellees respectively, and requiring the trustees to pay six per cent. on the trust funds in their hands, although they had obtained only three per cent., appellees having claimed this money from the first.

The will and codicil, after making provisions for certain legacies, not herein involved, is as follows: Item VI. I give and devise to my son, the said James A. Williams, and to my son-in-law, Wesley D. Patty, all of my real estate, wheresoever situated, in trust, that they have the care and control thereof, that they rent the same and receive the rents, issues and profits thereof; and having first paid for all needed repairs, taxes, insurance and other lawful charges against the same, that they divide the net rents, issues and profits thereof semi-annually, among my wife and my children hereinafter named, so long as my said wife shall live, in the proportions following, to-wit: That they pay to my wife, the said Matilda, semi-annually, one third part thereof, and that they pay one sixth part thereof semi-annually to my daughters namely: Catherine, wife of Darwin W. Esmond, Sarah Elizabeth Williams, hereinafter called (Bessie), Annette, wife of John Wylie, Mary W., wife of Nels F. Anderson, and Carrie, wife of Wesley D. Patty, and to my son, the said James A. Williams, for the term aforesaid. That after the death of my wife, the said Matilda, the said James A. and Wesley D. shall sell the real estate aforesaid, in such lots and parcels, (or all en masse,) at such time and times and at such price and prices as to my said Trustees shall seem meet and to the interest of my estate, the proceeds of such sale and sales, and the net rents, issues and profits thereof accruing after the death of said wife, I hereby give, devise and bequeath to

my beloved children, namely the said Catherine Esmond, James A. Williams, Sarah Elizabeth Williams, Annette Wylie, and Carry Patty, each an equal one sixth thereof, and the remaining one sixth thereof to the said James A. and Wesley D., in trust that they invest the same in well secured and safe bonds, notes and mortgages, yielding the largest possible interest, with entire safety to the principal, and that the net income thereof, they pay to the said Mary W. Anderson, semi-annually during the remainder of her life, and after her death, that they pay the said net income of said fund semi-annually to such child or children as the said Mary W. Anderson may leave her surviving, and to the surviving child or children of any deceased child or children of the said Mary W. as shall be living at the time of such distribution, and who shall not have arrived at his or her majority, per stirpes, and per capita. That each of the child or children of the said Mary W., and the surviving child or children of a deceased child or children of the said Mary W. being of the age of eighteen if female or twenty one if male, shall take his or her share of both income and principal of said fund in the same proportion as of the income, which shall be in full of his or her share in said fund, and of the income thereof.

It is further my will that no child or children born after the death of the said Mary W. shall be entitled to said fund, nor any part thereof, nor of the income thereof. That in case any of said fund shall be left at any time and there be no one living who on arrival at his or her majority will be entitled to so much of said fund as then remains, that then, in that case, such remainder shall be immediately distributed between those who shall be then living and who have before then received a share of said fund, in portions proportioned as in prior distributions of said trust fund.

Item VII. It is further my will, that in case it shall seem to be the best interest of my estate, that the said James A. and Wesley D., may sell the land owned by me in sections seventeen (17) and eight (8) being fifty acres and twenty acres respectively or such part or portion thereof, as may deem best, and apply the net proceeds thereof first, to the payment of my just debts, and distribute the remainder, if any, according to the directions for the distribution of the sale of my real estate hereinbefore set forth the whole fund and without investment; and that the said James A. and Wesley D., have power to procure the release of my said wife, for a lump sum to be agreed upon by them and my said wife, to be paid out of the proceeds of such sale or sales. And that in case my son, the said James A., shall desire to become the purchaser of any part or portion and for the purpose of making such sale or sales and con-

veyances, I hereby substitute the said John Wylie, as the trustee, in the place of the said James A. with the same powers herein given to the said James A., but for no sale or sales to any other or different person than the said James A. Williams whomsoever; the net proceeds thereof to be paid to the said James A. and Wesley D., to be held by them upon the same trusts as in case of sales of real estate made by them.

Item VIII. It is my will that in case my daughter Mary W. Anderson shall take the sum of five hundred dollars, or any part thereof, hereinbefore given and bequeathed to her, that she be charged with the same as so much of the principal of her interest, (and that of her descendants,) in the proceeds of my real estate, and that the same and the income thereof be diminished accordingly; but that if she shall not take said sum, nor any part thereof, in that case no diminution of her interest in the proceeds of my real estate shall be made.

Item IX. I hereby give, devise and bequeath all the rest residue and remainder of my estate, of what kind or nature soever and wheresoever situated, to my beloved children above named, to be divided between them equally, share and share alike.

And lastly I hereby nominate and appoint the said James A. Williams and Wesley D. Patty, to be the executors of this, my last will and testament; hereby giving to them, and to the said John Wylie, full power and authority upon making any sale or sales of real estate hereinbefore authorized, good and sufficient deed and deeds or conveyance to make, acknowledge and deliver, conveying the premises sold to the purchaser or purchasers thereof; hereby revoking all former wills by me made.

In testimony whereof, I have hereunto set my hand and seal this 31st day of December A. D. 1900.

(Signed)

William P. Williams.

(Seal.)

Codicil.

Whereas, I, William P. Williams of the Township of Henry, in the county of Marshall and State of Illinois, have made my last will and testament in writing bearing date of the 31st day of December A. D. 1900, in and by which I have willed and directed that one sixth part of the net rents and profits of my estate after my death and until the death of my wife, Matilda Williams, shall be paid to my daughter Sarah Elizabeth, (called "Bessie" in the family,) and that after the death of the said Matilda, my wife, that my entire estate be converted into money, and when so converted that one sixth part thereof be paid to the said Sarah Elizabeth, who since making of said will has inter-

married with Joseph R. Blood. Now therefore, I do by this writing which I hereby declare to be a codicil to my last will and testament, and to be taken as part thereof, order and declare that my will is, that the said bequest of one sixth of the said proceeds of the sale of my entire estate be, and the same is hereby revoked; and in lieu thereof, I hereby give and bequeath the said sixth of the proceeds of my entire estate in and by said will to the said Sarah Elizabeth Williams (Now Blood) given and bequeathed to my son in law, James A. Williams and Wesley D. Patty, in trust, that they invest the same in well secured and safe bonds, notes and mortgages, yielding the largest possible interest consistent with the entire safety of the principal, and that the net income thereof they pay to the said Sarah Elizabeth Blood semi-annually, during the remainder of her life; and that after her death that they pay the net income of said fund semi-annually to such child or children of the said Sarah Elizabeth as she shall leave her surviving until the youngest shall arrive at his or her majority, and as shall be living at the time of the several payments. Provided, that each child upon arriving at its majority shall be paid its proportionate share of said trust fund as it shall then be, principal and interest; and thereupon its interest in the income and profits as well as the principal of said trust fund shall then cease: That in case there shall be adult and minor children of the said Sarah Elizabeth, and all of the minor children shall die before arriving at majority, then, in that case I give and bequeath to such adult child or children of the said Sarah Elizabeth, as shall be living at the time of the death of the last minor sister or brother, the balance of said trust fund then remaining, and to their heirs and assigns forever: And in case the said Sarah Elizabeth shall die, leaving no child or children her surviving, or in case all of her surviving children shall die before reaching his or her majority, then, immediately after her death, or immediately after the death of the last of her surviving child, under the age of majority, I give and bequeath all of said trust fund then remaining in the hands of said trustees to such child or children of mine, (named above *i. e.*, in my will,) as shall then be living, to be divided between them share and share alike.

It is further my will that the said moneys and the several payments thereof to be paid to the said Sarah Elizabeth as aforesaid, shall be paid into her hands by said trustees in all cases, in her own proper person, and not upon written or verbal order, nor upon any assignment or transfer of the same by the said Sarah Elizabeth.

And lastly, it is my desire that this codicil be annexed to, and made a part of my last will and testament as aforesaid to all intents and purposes.

In witness whereof, I have hereunto set my hand and seal this second day of December, A. D. 1901.

William P. Williams,
(Seal)"

In this proceeding as it seems to this court, all that is before the court for determination is the legal effect of the language used in the will and in the codicil. Therefore such parts of the evidence as might have been germane if this were a bill filed within the statutory period of limitation to contest the will and codicil will not be very much considered on this hearing. All questions that go to the validity of the will and codicil are at rest. It cannot be questioned on this hearing that William P. Williams at his death left said will and codicil, the language of which speaks for itself, and which must be given effect according to the principles of law controlling such undisputed documents. The persons named as trustees in said will must be held to have sold the real estate therein mentioned as trustees and not as executors, because by reference to the will it will be seen that as executors they were given no power of sale. They as executors were simply given full power and authority upon making sale or sales of real estate "hereinbefore authorized" to make conveyance of the real estate so sold, and the only right to sell provided for is the direction to them as trustees to sell, etc. So that said trustees held the proceeds of said real estate they sold as trustees and not as executors. The legal effect of the language of the trust clause of the will is, that if the trust provision as to appellees is entirely void, said proceeds of said real estate became and are intestate estate, the title to which is still in the heirs at law of the testator or passes to the residuary legatees named in the will. The will and codicil construed even as one instrument as appellees contend they must be, did not vest any title absolutely in fee in either of appellees. The will must stand as the will, the codicil being construed to be a part thereof. The record is barren as to anything that warrants the conclusion that the testator's intention was that if Mrs. Blood's husband died before she did, that then the trust provision for her should end, and that she could then take under the terms of the will as it was originally before the codicil was drawn. The codicil cannot now be set aside. It is the testamentary disposition of testator's property so far as it relates to Mrs. Blood.

Under the will as modified by the codicil each of appellees have the life use of one-sixth of the proceeds of testator's real estate for and during her natural life, the same to be held by appellants as trustees during that time.

We are of the opinion that regardless of where these funds go after the death of appellees respectively, the

trustees as such, took the title to the proceeds of the real estate and must follow the terms of the will as to the investment of the funds, and the payment of the income therefrom during the lives of appellees respectively, and that raising the question now by appellees as to what is to become of those funds after their death is premature, and a question this court is not bound to determine in order to pass upon the case before it. It is sufficient to reverse the decree if this court finds said trustees are such for the active purpose of loaning the funds, and paying the proceeds to appellee's during their lives. They have active duties to perform. Under the authority of *Quinlan v Wickman*, 233 Ill. 39, we hold that even though there may be a question as to the validity of the limitation over to the children, etc., of appellees respectively, still the devise in trust for the use of each of appellees for life, is good and valid, and under the trust clause of the will and codicil, appellants properly hold the funds in active trust, for the use of appellees respectively, during life. Counsel for appellees say on page 35 of their argument, and it is the law: "We fully agree with counsel that neither the trustee nor the beneficiary, either acting together or separately, have power to disestablish a trust, if one exists." The most that can be said of the Princeton meeting at which it is claimed all of the heirs, including appellant Williams, agreed that appellees should have their shares absolutely, is to the effect that appellant Williams said he would not release his interest as trustee, but that he would release his interest as heir in the funds which were held in trust for the benefit of appellees. We cannot hold that the Princeton meeting amounted to anything enforceable in law as to the contingent personal interest of appellant Williams in the trust funds. So far as the assignments mentioned in the evidence are concerned they may or may not amount to binding assignments of the interests thereby professedly assigned of the contingent personal interests in the trust funds, but they have no legal force or effect in this case, because no assignment is shown of the contingent personal interest of appellant Williams.

On at least three grounds we are of the opinion the decree in this case must be reversed, (1) The contingent personal interest of appellant Williams, if any he has in the trust funds, has neither been assigned or contracted to be assigned by any agreement that is enforceable in law, but it still remains in him. (2) The trust is an active trust, in full force and effect as to the two-sixths of the proceeds of the land under the trust for the benefit of appellees respectively, requiring the trustees to loan the funds and pay the proceeds to appellees during their lives. (3) The trusts have not been determined by an agreement made by

and binding in law upon all of the possible beneficiaries under them. Appellees could have filed bills to compel the trustees to account for the income and enforce the provisions of the will as to the trusts, but that is not this case. They here seek to deny the existence of the trust and compel payment to each of them as an absolute property right in the funds in appellants hands.

As we view the case, there is nothing to be done but reverse the decree and remand the case with instructions to dismiss both the bill of appellee Anderson, and the bill of appellee Blood, which has been treated as a cross-bill.

San Marino

La riformata legge sul trust di San Marino

■ Legge 1° marzo 2010, n. 42, L'istituto del trust

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino
Visto l'articolo 4 della Legge Costituzionale n. 185/2005 e
l'articolo 6 della Legge Qualificata n. 186/2005;
Promulghiamo e mandiamo a pubblicare la seguente legge
ordinaria approvata dal Consiglio Grande e Generale nella se-
duta del 26 febbraio 2010:

LEGGE 1° MARZO 2010 N.42

L'ISTITUTO DEL TRUST

TITOLO I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (Definizioni)

1. Nella presente legge, si intendono per:
- a) «agente residente»: un professionista iscritto nell'Albo degli Avvocati e Notai o dei Dottori commercialisti o dei Ragionieri commercialisti della Repubblica di San Marino;
 - b) «Autorità Giudiziaria»: l'Autorità Giudiziaria della Repubblica di San Marino;
 - c) «Autorità di Vigilanza»: la Banca Centrale della Repubblica di San Marino;
 - d) «bene»: qualunque diritto, potere, facoltà o aspettativa suscettibile di valutazione economica;
 - e) «beneficiario con diritti determinati»: il soggetto al quale siano attribuiti diritti, condizionati o meno, sul fondo in trust o sul suo reddito;
 - f) «beni in trust»: i beni inclusi nel fondo in trust;
 - g) «capitale»: i beni in trust originariamente o successivamente inclusi nel fondo in trust, le loro permutazioni e sostituzioni, i loro incrementi, i redditi imputati a capitale;
 - h) «disponente»: colui che istituisce il trust;
 - i) «domicilio»: il luogo in cui la persona ha stabilito il centro della propria vita civile;

j) «fondo in trust»: il complesso dei beni in trust e dei rapporti giuridici ad essi inerenti;

k) «guardiano»: il soggetto che esercita il controllo sull'operato del trustee o le altre attribuzioni demandategli dall'atto istitutivo;

l) «Legge»: la presente legge e le successive modifiche e integrazioni;

m) «residenza»: il luogo in cui una persona fisica ha la propria residenza anagrafica o una società ha la propria sede legale;

n) «trust per beneficiari»: il trust istituito a vantaggio di uno o più beneficiari;

o) «trust di scopo»: il trust istituito per perseguire uno o più scopi;

p) «trust esteri»: un trust la cui legge applicabile è una legge sul trust di uno Stato estero;

q) «trustee residente»: il trustee la cui residenza è nella Repubblica di San Marino;

r) «trustee non residente»: il trustee la cui residenza non è nella Repubblica di San Marino.

Art. 2 (Nozione di trust)

1. Si ha trust quando un soggetto è titolare di beni nell'interesse di uno o più beneficiari, o per uno scopo specifico ai sensi della Legge.

2. Non è incompatibile con l'esistenza di un trust la circostanza che il disponente ricopra l'ufficio di trustee, oppure si riservi alcuni diritti o poteri.

3. Il disponente e il trustee possono essere beneficiari del trust, ma il trustee non può essere l'unico beneficiario del trust.

4. Il medesimo atto istitutivo può istituire trust per beneficiari e trust di scopo.

Art. 3 (Ambito di applicazione della Legge)

1. La Legge si applica solo ai trust istituiti per manifestazione di volontà del disponente.

Art. 4

(Legge regolatrice e riconoscimento dei trust esteri)

1. L'individuazione della legge regolatrice e il riconoscimento dei trust esteri creati per volontà del disponente e provati per iscritto sono retti dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento.

Art. 5

(Giurisdizione della Repubblica di San Marino in materia di trust)

1. La giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria in materia di trust sussiste quando il convenuto abbia il domicilio, la residenza, o la sede legale in San Marino o il trust sia amministrato in San Marino o la legge applicabile al trust sia il diritto della Repubblica di San Marino o le parti abbiano convenuto di sottoporre la controversia all'Autorità Giudiziaria sammarinese.

2. La giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria può essere derogata a favore di un giudice straniero se la deroga è prevista dall'atto istitutivo del trust o se è pattuita per iscritto.

TITOLO II
I TRUST

Capo I

Dell'istituzione, della durata e dell'invalidità del trust

Art. 6

(Istituzione del trust)

1. Il trust è istituito per atto scritto fra vivi o per testamento.

a) Qualora l'atto sia stipulato tra vivi nella Repubblica, è prescritta la forma dell'atto pubblico, senza che sia necessaria la presenza di testimoni, o della scrittura con sottoscrizione autenticata da un notaio, il quale con l'autentica ne assevera la legalità.

b) Qualora l'atto sia stipulato tra vivi altrove, ad esso deve essere allegata la dichiarazione di un Avvocato e Notaio della Repubblica di San Marino, il quale ne attesta la validità ai sensi della Legge.

2. Gli elementi del trust che devono risultare dall'atto istitutivo sono:

- a) la volontà del disponente di istituire il trust;
- b) l'individuazione del trustee;
- c) l'individuazione dell'agente residente qualora il trustee sia un trustee non residente;
- d) l'individuazione dei beni in trust o i criteri che conducono alla medesima;
- e) l'obbligazione del trustee di comunicare all'agente

residente ogni fatto o atto che debba risultare dal Libro degli eventi, di cui all'articolo 28;

f) nei trust di scopo:

i) l'individuazione di uno scopo determinato, possibile e non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume

ii) l'individuazione del guardiano che abbia l'obbligo di far rispettare le disposizioni contenute nell'atto istitutivo o i criteri che conducono alla medesima;

g) nei trust per beneficiari:

i) l'individuazione dei beneficiari, o i criteri che conducono alla medesima, o l'individuazione del soggetto che ha il potere di individuare i beneficiari;

ii) le regole che assicurino la presenza di un guardiano, legittimato ad agire contro il trustee in caso di inadempimento quando per qualsiasi ragione non esistano beneficiari e negli altri casi previsti dalla legge;

h) il criterio di distribuzione del fondo al termine del trust per cause diverse dalla revoca del trust.

3. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trust è irrevocabile.

4. L'atto istitutivo di trust e gli atti dispositivi, con cui si trasferiscono beni in trust, possono essere stipulati mediante procura, speciale o generale, avente la stessa forma prevista dall'atto istitutivo.

Art. 7

(Attestato del trust)

1. Entro quindici giorni dalla data della istituzione del trust, il trustee residente o l'agente residente sulla base delle informazioni fornitigli dal trustee non residente redigono un attestato contenente:

a) la denominazione del trust scelta dal disponente o, in sua mancanza, dal trustee;

b) l'indicazione della sua revocabilità o irrevocabilità;

c) l'indicazione del trustee e le eventuali limitazioni dei suoi poteri;

d) l'indicazione del guardiano, ove previsto, e la natura dei suoi poteri;

e) l'indicazione del disponente;

f) nei trust per beneficiari o anche per beneficiari l'indicazione dei beneficiari con diritti attuali sul fondo in trust, ove esistenti;

g) la data dell'atto istitutivo e la durata del trust, se prevista nell'atto istitutivo;

h) la legge regolatrice del trust;

i) una delle seguenti indicazioni:

i) "è un atto istitutivo di trust per beneficiari";

ii) "è un atto istitutivo di trust di scopo";

iii) "è un atto istitutivo di trust per beneficiari e di trust di scopo";

j) la descrizione dello scopo del trust qualora si tratti di un trust di scopo;

k) l'indicazione dell'agente residente, ove previsto.

2. L'attestato è sottoscritto dal trustee residente o dall'agente residente con sottoscrizione autenticata da notaio, che ne accerta la veridicità.

Art. 8

(Registro dei trust della Repubblica di San Marino)

1. È istituito il Registro dei trust della Repubblica di San Marino. Il Registro è tenuto dall'Ufficio del Registro dei trust individuato con decreto delegato da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della Legge.

2. L'Ufficio del Registro dei trust può rilasciare certificazione delle sue risultanze. Con decreto delegato, di cui al comma precedente, sono stabilite le modalità del rilascio delle certificazioni.

3. Il notaio che ha autenticato la sottoscrizione dell'attestato dell'atto istitutivo ne cura il deposito entro dieci giorni dalla data dell'autentica presso l'Ufficio del Registro dei trust.

4. L'Ufficio cura l'iscrizione del trust nel Registro trascrivendo l'attestato e rimette al notaio la certificazione attestante l'iscrizione del trust.

5. Se il notaio omette il deposito dell'attestato nel termine indicato nel comma 3, il trustee residente o l'agente residente vi provvedono autonomamente entro i successivi dieci giorni.

6. Il trustee residente o l'agente residente devono richiedere la cancellazione del trust dal Registro entro venti giorni:

a) dall'attribuzione del fondo in trust ai soggetti aventi titolo, a seguito dell'estinzione del trust;

b) dalla modifica della legge regolatrice del trust, ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 56;

c) dalla scoperta di una causa di invalidità dell'atto istitutivo, o dal suo accertamento in sede giudiziaria.

7. La mancata cancellazione del trust non è opponibile ai terzi, salvo che essi conoscessero l'esistenza della causa che imponeva la cancellazione del trust.

8. È comminata, dal soggetto tenentario del Registro dei Trust, la sanzione amministrativa di Euro 2.000,00 al notaio, al trustee residente e all'agente residente che non abbiano provveduto all'iscrizione del trust entro i termini rispettivamente previsti nei commi 3 e 5. Il trustee residente o l'agente residente che omettono di richiedere cancellazione del trust dal Registro al ricorrere delle condizioni di cui al comma 6 sono puniti con la medesima sanzione amministrativa.

Art. 9

(Durata del trust)

1. Il trust ha effetto dal momento in cui il trustee diviene titolare di alcun bene in trust e non può durare oltre cento anni decorrenti dalla data dell'atto istitutivo, a meno che sia un trust di scopo.

2. Se l'atto istitutivo del trust per beneficiari non ne determina la durata, o stabilisce una durata superiore a cento anni, il trust dura cento anni.

Art. 10

(Invalidità trust)

1. Il trust è invalido qualora:

a) l'atto istitutivo sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume;

b) l'atto istitutivo non abbia i requisiti previsti dall'articolo 6, comma 1, della Legge;

c) nell'atto istitutivo manchino o siano indeterminati i requisiti di cui all'articolo 6, comma 2 della Legge;

d) nell'atto istitutivo manchino i requisiti di cui all'articolo 7 della Legge, salvo quelli per i quale la Legge disponga diversamente;

e) l'atto istitutivo del trust sia simulato o sia simulato il trasferimento di beni al trustee.

2. La invalidità è sanata quando la causa di essa è stata rimossa.

3. Il trust è inoltre invalido quando i beni in trust o una parte di essi servirono o furono destinati a commettere un fatto che costituisce reato secondo la legge della Repubblica, o ne rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto.

4. L'invalidità è fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dall'Autorità Giudiziaria. La relativa azione è imprescrittibile.

5. L'invalidità del trust non pregiudica i terzi che in buona fede abbiano acquistato diritti a titolo oneroso dal trustee dopo l'iscrizione del trust nel Registro di cui all'articolo 8.

6. L'invalidità di singole disposizioni comporta l'invalidità dell'intero atto istitutivo se risulta che il disponente non avrebbe istituito il trust senza la previsione dell'atto istitutivo colpita da invalidità.

7. La invalidità di singole disposizioni non comporta l'invalidità dell'atto istitutivo, quando le disposizioni invalide sono sostituite di diritto da norme imperative.

8. Il trust è invalido nei casi previsti dal diritto sammarinese come cause di invalidità per vizi della volontà degli atti a contenuto patrimoniale.

Art. 11 (Fondo in trust)

1. Qualsiasi bene ai sensi della Legge può essere incluso nel fondo in trust senza necessità di insinuazione.
2. Appartengono al fondo in trust i beni di cui il trustee diviene titolare nell'esercizio del proprio ufficio, ivi inclusi quelli derivanti:
 - a) dalle operazioni poste in essere dal trustee, comprese quelle di investimento e disinvestimento;
 - b) dai proventi e dai frutti comunque prodotti dai suddetti beni.
3. È inoltre incluso nel fondo in trust il lucro conseguito dal trustee per effetto di atti o omissioni compiuti in violazione dei propri obblighi.
4. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un trustee può accettare da chiunque abbia interesse beni da aggiungere al fondo in trust.

Art. 12 (Separazione patrimoniale e vincolo di destinazione)

1. Il fondo in trust è separato dai beni personali del trustee e da quelli di pertinenza di altri soggetti o di altri trust. In particolare:
 - a) i beni in trust non possono essere oggetto di azioni da parte dei creditori personali del trustee;
 - b) in caso di concorso dei creditori, o procedura concorsuale del trustee, i beni in trust sono separati dagli altri beni del trustee e sono esclusi dal concorso dei suoi creditori personali;
 - c) i beni in trust non rientrano tra quelli cui si applica il regime patrimoniale della famiglia e non sono inclusi nella successione del trustee.
2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee può, a sua discrezione, suddividere il fondo in trust in più sottofondi.
3. Il trustee dispone del fondo in trust e lo amministra in trust a vantaggio di uno o più beneficiari o per uno o più scopi.
4. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee è tenuto ad eseguire ogni formalità utile per tutelare l'effettività del vincolo di destinazione.

Capo II Della modifica, della revoca e dell'estinzione del trust

Art. 13 (Modifica dell'atto istitutivo del trust)

1. L'atto istitutivo può prevedere che le disposizioni in

esso contenute e la scelta della legge regolatrice siano modificabili nell'interesse dei beneficiari o per promuovere lo scopo del trust.

2. La modifica dell'atto istitutivo è soggetta ai requisiti previsti dall'articolo 6, comma 1, della Legge.

3. Il trustee residente o l'agente residente comunicano mediante attestato all'ufficio del Registro dei trust le modifiche riguardanti gli elementi indicati nell'attestato di cui all'articolo 8, entro quindici giorni dal momento in cui le opera o le riceve. L'Ufficio provvede alle relative annotazioni a margine dell'attestato originale.

4. L'attestato è sottoscritto dal trustee residente o dall'agente residente con sottoscrizione autenticata da notaio, che ne accerta la veridicità.

5. È comminata la sanzione amministrativa di Euro 2.000,00 al trustee residente o all'agente residente che non effettuino nei termini le comunicazioni previste nel comma 3.

6. La modifica dell'atto istitutivo non pregiudica gli effetti degli atti che il trustee abbia validamente compiuto prima di tale modifica.

Art. 14 (Revoca del trust)

1. L'atto istitutivo può prevedere che il trust sia revocabile.
2. La revoca avviene con la forma richiesta per la modifica dell'atto istitutivo, comunicata dal trustee residente o dall'agente residente al Registro ai sensi dell'articolo 8 della Legge.
3. In caso di revoca il trustee provvede a trasferire i beni in trust secondo le disposizioni dell'atto istitutivo e, in mancanza, al disponente o ai suoi successori.
4. La revoca non pregiudica l'efficacia degli atti compiuti dal trustee in conformità alla legge e all'atto istitutivo prima della comunicazione della revoca.

Art. 15 (Estinzione del trust)

1. Oltre che per le cause previste nell'atto istitutivo, il trust si estingue:
 - a) per il decorso del termine;
 - b) per effetto della dichiarazione di revoca;
 - c) se è un trust di scopo: per il raggiungimento dello scopo, ovvero per la sopravvenuta impossibilità di conseguirlo;
 - d) se è un trust per beneficiari:
 - i) per la mancanza di beneficiari e di soggetti che possano esserlo e di soggetti che possano individuarli;
 - ii) per il mancato venire in esistenza di un beneficiario nel termine previsto dall'articolo 48, comma 1;

iii) per estinzione del trust da parte dei beneficiari ai sensi dell'articolo 50, comma 3;

e) per il venire meno del fondo in trust.

2. L'estinzione non pregiudica l'efficacia degli atti precedentemente compiuti dal trustee in conformità all'atto istitutivo e alle norme di legge applicabili.

3. Quando il trust si estingue ai sensi del comma 1, lett. d) i) o lett. d) ii) e manchino successori del disponente, i beni in trust sono trasferiti all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino.

Art. 16

(Distribuzione di beni in trust)

1. Verificatasi una causa di estinzione del trust, il trustee esaurisce le eventuali operazioni in corso e non intraprende nuove operazioni.

2. Redatto il proprio rendiconto finale e l'inventario del fondo in trust, il trustee trasferisce il fondo agli aventi diritto, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo del trust. Qualora le disposizioni dell'atto istitutivo del trust non siano applicabili all'intero fondo, il trustee trasferisce i beni in trust residui al disponente o ai suoi successori e, in loro mancanza, all'Ecc.ma Camera della Repubblica di San Marino.

3. Ogni obbligazione gravante sul trustee passa di diritto a coloro ai quali il fondo in trust è trasferito, nel limite del valore dei beni da ciascuno ricevuti.

TITOLO III DEI SOGGETTI DEL TRUST

Capo I Del trustee

Sezione I Della nomina e dell'autorizzazione all'esercizio dell'ufficio

Art. 17

(Dell'accettazione e del rifiuto della nomina nell'ufficio di trustee)

1. Il trustee nominato nell'atto istitutivo può accettare l'ufficio in modo espresso o tacito. L'accettazione è espressa quando è contenuta in un atto scritto, oppure quando il nominato assume il titolo di trustee nei rapporti con i terzi. L'accettazione è tacita quando il nominato compie un atto che presuppone necessariamente la volontà di accettare l'ufficio.

2. Colui che non intenda ricoprire l'ufficio può rifiutarlo espressamente, con dichiarazione scritta comunicata al disponente, o ai suoi successori, o ai trustee che già ricoprono l'ufficio.

Art. 18

(Requisiti del trustee)

1. L'ufficio di trustee può essere ricoperto da una o più persone, fisiche o giuridiche, nessuna delle quali sia trustee di più di un trust sottoposto alla Legge ovvero da una o più persone, fisiche o giuridiche, indicati quali soggetti designati nell'ambito delle normative antiriciclaggio emanate dalla Repubblica di San Marino o da altri Stati in attuazione delle direttive dell'Unione Europea o a queste ultime sostanzialmente equivalenti.

2. L'esercizio professionale dell'attività di trustee nella Repubblica è disciplinato con decreto delegato.

Art. 19

(Nomina di nuovo trustee)

1. La nomina di un nuovo trustee avviene secondo le disposizioni dell'atto istitutivo, ovvero, in mancanza, da parte dell'Autorità Giudiziaria.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, qualora il trust abbia una pluralità di trustee, il nuovo trustee è nominato all'unanimità dai trustee che ricoprono l'ufficio. In caso di disaccordo, provvede alla nomina l'Autorità Giudiziaria.

3. La nomina del nuovo trustee deve essere comunicata per estratto, con atto in forma autentica depositato entro quindici giorni dalla nomina medesima, nel Registro dei trust.

4. Il nuovo trustee si sostituisce o, qualora esistano altri trustee, si aggiunge quale comproprietario del fondo in trust e il trustee uscente o gli altri trustee compiono senza indugio gli atti necessari per consentirgli di esercitare i propri diritti e poteri e gli comunicano senza indugio gli atti e i documenti di pertinenza del trust.

Sezione II Degli obblighi del trustee

Art. 20

(Buona fede e diligenza nell'adempimento)

1. Il trustee adempie gli obblighi ed esercita i poteri inerenti all'ufficio secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia che deve provvedere alla cura di interessi non propri.

2. In relazione ai trustee che svolgono professional-

mente questa attività o ad altri soggetti in possesso di competenze professionali, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata.

Art. 21

(Tutela dell'integrità dei beni in trust)

1. Il trustee deve accertarsi che i beni in trust siano nella sua titolarità. Egli tutela l'integrità e il possesso dei beni in trust compiendo tutti gli atti necessari o utili a tal fine.

2. Il trustee deve conservare i beni in trust separati da ogni altro bene nella propria disponibilità, inclusi quelli di pertinenza di altri trust.

3. Il trustee deve depositare:

a) le azioni anonime al portatore o i certificati rappresentanti azioni anonime al portatore di società di diritto sammarinese, presso notaio della Repubblica di San Marino, nel rispetto della normativa vigente;

b) ogni altro titolo al portatore presso banche o altri depositari autorizzati alla custodia di valori e tenuti al rispetto delle norme antiriciclaggio.

Art. 22

(Gestione dei beni in trust)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente e la natura dei beni in trust lo consente, il trustee gestisce i beni in trust con l'obiettivo di preservarne ed accrescerne il valore, diversificando gli investimenti e valutandone periodicamente la composizione con l'assistenza di soggetti dotati di specifiche competenze professionali in materia di gestioni patrimoniali.

2. L'atto istitutivo può limitare o escludere il potere del trustee di investire, gestire o disporre dei beni in trust.

Art. 23

(Conflitto di interessi e vantaggio patrimoniale)

1. Prima di accettare l'incarico, il soggetto nominato trustee con atto tra vivi deve informare per iscritto il disponente circa le eventuali cause di conflitto di cui sia a conoscenza tra gli interessi di cui è portatore a qualunque titolo e quelli dei beneficiari oppure con lo scopo del trust.

2. Il trustee nominato nel testamento che si trovi in conflitto di interessi ne dà tempestivamente notizia all'Autorità Giudiziaria, la quale prende i provvedimenti opportuni per tutelare gli interessi del beneficiario, o lo scopo del trust.

3. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee non può agire in conflitto di interessi con uno o più beneficiari o con lo scopo del trust.

4. Il trustee non può, neppure per interposta persona:

a) acquistare la posizione giuridica di beneficiario o accettarla in garanzia;

b) stipulare atti relativi ai beni in trust con sé stesso, salvo il caso in cui operi in qualità di trustee di altro trust e ciò sia consentito dall'atto istitutivo;

c) fare concorrenza per conto proprio o di terzi all'attività esercitata come trustee.

5. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee può contrarre con se stesso qualora sia una società autorizzata a svolgere l'attività bancaria o finanziaria e stipuli contratti attinenti la propria attività.

Art. 24

(Obbligo di imparzialità-Deroga)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, quando il trust ha più di un beneficiario, oppure più di uno scopo, il trustee titolare di poteri discrezionali può avvantaggiarne soltanto uno o più.

Art. 25

(Obbligo di riservatezza nei confronti dei terzi)

1. Salvo quanto disposto dalla Legge o dall'atto istitutivo, il trustee non deve rivelare a terzi, in nessun tempo, le informazioni di cui è in possesso per ragione del proprio ufficio né impiegarle a proprio o altrui vantaggio.

Art. 26

(Contabilità e inventario)

1. Il trustee tiene una contabilità ordinata e completa dei fatti che interessano il fondo in trust.

2. Il trustee valuta periodicamente il valore di mercato del fondo in trust secondo le modalità e in applicazione dei criteri stabiliti da apposito decreto delegato da emanarsi entro 120 giorni dalla data di entrata in vigore della Legge.

3. Il trustee redige annualmente e trascrive nel Libro degli eventi entro il 31 marzo dell'anno successivo:

a) il bilancio del trust;

b) l'inventario del fondo in trust;

c) una relazione contenente il riepilogo e la descrizione dei principali eventi modificativi della consistenza e della composizione del fondo in trust.

4. Sono salve le diverse disposizioni dell'atto istitutivo.

Art. 27

(Comunicazioni)

1. Il bilancio, l'inventario e la relazione di cui all'articolo 26 sono inviati dal trustee al guardiano del trust di scopo e al guardiano del trust per beneficiari, ove esistente.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, nel trust per beneficiari il trustee è tenuto a comunicare a ciascun beneficiario titolare di diritti determinati:

a) notizia dell'esistenza del trust, del nominativo e del domicilio del trustee, e delle disposizioni dell'atto istitutivo che prevedono tale diritto;

b) notizia di tutti gli atti o i fatti che modificano o estinguono tale diritto;

c) su richiesta di un tale beneficiario, entro congruo termine, un inventario limitato ai beni in trust rispetto a cui il beneficiario vanta il diritto e la stima del loro valore di mercato commisurata al diritto vantato dal beneficiario.

3. Le comunicazioni di cui ai precedenti commi non hanno luogo nei confronti di soggetti che rappresentano minori di età, nascituri o concepiti, a meno che siano prescritte dall'atto istitutivo.

4. L'atto istitutivo, qualora escluda o radicalmente limiti gli obblighi di cui al comma 2, deve assicurare che vi sia sempre un guardiano, legittimato ad agire contro il trustee in caso di inadempimento.

Art. 28

(Libro degli eventi)

1. Il trustee residente o l'agente residente istituiscono, aggiornano e custodiscono il Libro degli eventi del trust, nel quale registrano in ordine cronologico gli atti e gli eventi relativi al trust dei quali abbiano conoscenza. Devono in ogni caso risultare dal Libro degli eventi:

a) ogni informazione che il trustee non residente abbia comunicato all'agente residente;

b) la descrizione degli eventi riguardanti i beneficiari e lo scopo;

c) la descrizione dei beni in trust;

d) le attribuzioni effettuate in conformità all'atto istitutivo del trust;

e) gli atti di delega;

f) i procedimenti di cui il trustee sia parte in tale qualità;

g) il dissenso manifestato ai sensi dell'articolo 30 o dell'articolo 52;

h) i documenti di cui all'articolo 26 comma 3, salvo quanto disposto dall'articolo 26, comma 4;

i) le variazioni dei trustee e dei guardiani;

j) l'esercizio dei poteri relativi alla individuazione di beneficiari e alla attribuzione di diritti determinati.

2. L'agente residente richiede annualmente al trustee non residente di comunicargli ogni fatto o atto che debba risultare dal Libro degli eventi.

3. Il Libro degli eventi è numerato progressivamente in ogni pagina e vidimato in ogni foglio.

4. Con decreto delegato da emanarsi entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della Legge sono stabilite le modalità relative alla vidimazione.

5. Il Libro degli eventi è esibito, su richiesta, al guardiano e all'Autorità Giudiziaria, nonché alla Autorità di Vigilanza secondo le disposizioni da essa emanate.

6. L'atto istitutivo può attribuire ad altri soggetti il diritto di consultare il Libro degli eventi e di estrarne o meno copia.

Art. 29

(Adempimenti a fini di pubblicità)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee compie i necessari adempimenti a fini di pubblicità per rendere noto che egli è titolare dei beni in trust nella qualità di trustee o comunque per fare risultare l'esistenza del trust secondo la legge del luogo nel quale i beni si trovano.

Art. 30

(Pluralità di trustee)

1. Ogni trustee ha diritto di partecipare alle decisioni da adottarsi all'unanimità o a maggioranza.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, quando il trust ha più trustee essi agiscono con decisione unanime e congiuntamente, ma ciascuno ha il potere di compiere gli atti urgenti per la conservazione dei beni in trust.

3. Se l'atto istitutivo consente che i trustee decidano a maggioranza, il trustee dissenziente annota il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

4. Nel caso in cui il trust possa essere amministrato disgiuntamente, ogni operazione relativa a beni in trust deve essere comunicata preventivamente da colui che intende compierla agli altri trustee. Costoro, se dissenzienti rispetto all'atto che il singolo trustee intende compiere, annotano il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

Sezione III

Dei poteri del trustee

Art. 31

(Poteri del trustee)

1. Il trustee esercita sui beni in trust tutti i poteri spettanti al titolare del diritto, salve le limitazioni risultanti nel Registro dei trust.

2. Il trustee è legittimato ad agire e ad essere convenuto in giudizio in tale qualità.

Art. 32

(Potere di consultazione)

1. Il trustee può chiedere consulenza a professionisti relativamente ad atti da compiere in relazione al trust e conferire loro incarico per il compimento di una prestazione professionale.

2. L'atto istitutivo può prevedere che il trustee consulti od ottenga il consenso di un altro soggetto prima di esercitare un determinato potere.

3. Un soggetto non diviene trustee per il solo fatto di essere stato consultato o di aver prestato o rifiutato il proprio consenso ai sensi del comma precedente.

Art. 33

(Potere di delega)

1. Salvo diversa disposizione della legge o dell'atto istitutivo, il trustee può delegare i propri poteri relativi al compimento di atti o operazioni relative all'amministrazione del fondo in trust e al compimento di atti dispositivi di beni in trust.

2. I seguenti poteri non sono delegabili:

- a) il potere di decidere secondo quali modalità e tempi attribuire i beni in trust ai beneficiari;
- b) il potere di nominare un nuovo trustee;
- c) il potere di delega.

3. Nell'amministrare il trust, il trustee può delegare la scelta degli investimenti esclusivamente a banche e a imprese di investimento soggette a vigilanza prudenziale, non costituite o amministrate in Paesi individuati con apposito provvedimento dell'Autorità di Vigilanza, che procedono alla selezione degli investimenti secondo i criteri specificati dal trustee in apposito documento.

4. La delega a favore di più soggetti si intende congiunta.

5. Colui che è delegato ad esercitare un potere ai sensi del presente articolo è tenuto a rispettare i medesimi obblighi del trustee ai sensi delle Sezioni II e III del presente capo.

6. Il trustee può delegare poteri a beneficiari, ma solo qualora il trust abbia un guardiano legittimato ad agire contro il trustee e il guardiano consenta.

7. Il trustee vigila sull'operato del delegato e risponde delle istruzioni e delle direttive impartite a quest'ultimo.

8. Qualsiasi beneficiario o il guardiano possono agire direttamente contro il delegato.

9. Se sono nominati più trustee, ciascun trustee può delegare l'esercizio del proprio ufficio ad altri trustee, purché i trustee siano almeno tre. La delega non può avere durata superiore a un anno e non ha effetto se è compiuta per consentire o facilitare la violazione da parte di altri trustee degli obblighi derivanti dal trust.

10. L'atto istitutivo può prevedere che, qualora vi siano più trustee, la amministrazione del fondo e il compimento di atti dispositivi di beni in trust sia delegata a uno solo di essi, con esonero da responsabilità in favore degli altri trustee per gli atti compiuti dal trustee delegato. Il trustee delegato è comunque tenuto a comunicare agli altri trustee una volta all'anno tutti gli atti da lui compiuti allo scopo di formare collegialmente il bilancio annuale.

Art. 34

(Forma e contenuto dell'atto di delega)

1. La delega sotto pena di invalidità deve:

- a) essere per iscritto ed avere data certa;
- b) individuare il delegato;
- c) individuare il trust;
- d) specificare i poteri delegati;
- e) specificare la data da cui ha effetto e il periodo, o l'occasione, per cui è concessa.

l'occasione, per cui è concessa.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee non può concedere deleghe che prevedano:

- a) la facoltà del delegato di nominare un proprio sostituto;
- b) l'esonero o la limitazione di responsabilità del delegato nei confronti del trustee o dei beneficiari se non nei limiti entro i quali ciò può avvenire in favore del trustee;
- c) l'irrevocabilità della delega;
- d) la facoltà del delegato di agire in conflitto di interessi con il beneficiario, o con lo scopo del trust.

3. Se il trust ha un solo trustee, costui comunica per iscritto, senza indugio, la delega al soggetto che ha il potere di nominare nuovi trustee.

Art. 35

(Potere di assicurare i beni in trust)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee è tenuto ad assicurare i beni in trust che siano soggetti a perire o a essere danneggiati. I premi assicurativi e l'indennizzo possono essere imputati al capitale o al reddito, secondo le determinazioni del trustee.

Art. 36

(Potere di effettuare anticipazioni a favore di beneficiari)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee può effettuare anticipazioni a favore di un beneficiario con diritti determinati sul fondo in trust affinché egli possa affrontare eventi rilevanti della propria vita, qualora i beni in trust siano prevalentemente composti da denaro o da cespiti liquidabili agevolmente.

2. In ogni caso, il trustee tiene conto delle anticipazioni effettuate nel procedere alle ulteriori attribuzioni in fa-

vore del medesimo beneficiario e alla finale distribuzione del fondo.

Art. 37

(Potere di accumulare frutti e proventi)

1. L'atto istitutivo può obbligare il trustee, o attribuire al trustee il potere, di incrementare il capitale, accumulando nel fondo, in tutto o in parte, per un determinato periodo, i frutti e i proventi derivanti dal fondo in trust.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il trustee può sempre impiegare i frutti e i proventi del fondo in trust per il mantenimento, l'istruzione o comunque a vantaggio di beneficiari titolari di diritti determinati, che siano minori di età o incapaci.

Art. 38

(Compenso, costi e spese del trustee)

1. Il compenso del trustee è determinato nell'atto istitutivo e viene prelevato dal fondo in trust. Il trustee assume l'incarico gratuitamente qualora l'atto istitutivo non preveda l'attribuzione del compenso a favore del trustee e le modalità della sua determinazione.

2. Le somme necessarie per il pagamento delle spese sostenute dal trustee nell'esercizio del proprio ufficio sono prelevate dal fondo in trust.

3. Il trustee soddisfa i crediti maturati per il proprio compenso, le spese con preferenza rispetto ai beneficiari.

Sezione IV

Della cessazione del trustee e del trasferimento dei beni in trust

Art. 39

(Cessazione del trustee dall'ufficio)

1. Oltre che per le cause previste dall'atto istitutivo, il trustee cessa dal proprio ufficio per:

- a) revoca, secondo le disposizioni dell'atto istitutivo;
- b) rinuncia, nelle forme previste dall'atto istitutivo o, in mancanza di previsione, per mezzo di comunicazione scritta avente data certa spedita agli altri trustee, se ve ne sono, al guardiano, ove esistente, e, nei trust per beneficiari, ai beneficiari titolari di diritti determinati;
- c) sostituzione per provvedimento dell'Autorità Giudiziaria;
- d) concorso dei creditori o assoggettamento ad altra procedura concorsuale;
- e) morte o inidoneità della persona ad esercitare l'ufficio per ragioni di salute;

f) liquidazione, se persona giuridica o altro ente.

2. L'inidoneità della persona ad esercitare l'ufficio per ragioni di salute è accertata da un collegio medico specialistico nominato secondo l'atto istitutivo del trust, o in mancanza, dall'Autorità Giudiziaria. Il collegio accerta l'inidoneità in presenza di un impedimento non meramente temporaneo, tale da compromettere la capacità del trustee di operare in modo lucido ed efficiente.

3. La rinuncia di un trustee all'ufficio, effettuata per consentire o facilitare la violazione da parte degli altri trustee degli obblighi derivanti dal trust, non ha effetto.

Art. 40

(Trasferimento dei beni in trust)

1. In deroga alle disposizioni del diritto comune sulla consegna:

- a) in qualunque caso di sostituzione del trustee il fondo in trust passa di diritto al nuovo trustee;
- b) in caso di cessazione dell'ufficio di un trustee il fondo in trust rimane in capo ai rimanenti trustee.
- c) in caso di aggiunta di un trustee, il fondo in trust diviene comune a tutti i componenti l'ufficio.

2. Al verificarsi di una causa di cessazione dall'ufficio, un trustee deve senza indugio compiere gli atti che siano necessari per dare attuazione alle disposizioni che precedono.

3. In caso di morte o di cessazione del trustee dall'ufficio per inidoneità, gli eredi, il rappresentante legale, o le persone che lo assistono curano senza indugio tali adempimenti.

4. Il nuovo trustee è sostituito al trustee cessato in ogni procedimento giudiziario pendente.

Art. 41

(Consegna di atti e documenti)

1. Cessato dall'ufficio, il trustee consegna senza indugio tutti gli atti e i documenti di pertinenza del trust ai rimanenti trustee o al nuovo trustee.

2. Qualora un trustee venga a mancare per morte o inidoneità, gli eredi, il rappresentante legale, o le persone che lo assistono curano tali adempimenti.

Sezione V

Della responsabilità del trustee

Art. 42

(Inadempimento degli obblighi previsti dalla Legge e dall'atto istitutivo)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un

trustee inadempiente ai propri obblighi è tenuto, a richiesta di un beneficiario o del guardiano, al risarcimento del danno cagionato al fondo in trust o al beneficiario che agisce, se non prova che il danno è stato cagionato da causa a lui non imputabile.

2. Il risarcimento comprende il danno emergente e il lucro cessante.

3. Il trustee non è esonerato da responsabilità benché il danno sia compensato in tutto o in parte dal lucro derivante dall'inadempimento, salvo che il lucro sia prodotto dallo stesso atto da cui deriva il danno.

4. Il trustee non è responsabile delle violazioni commesse da altri prima della sua nomina. Egli deve, in ogni caso, adottare tutte le misure idonee per porre rimedio alle violazioni di cui venga a conoscenza.

5. Salvo quanto previsto dall'articolo 33 comma 7, il trustee non è responsabile dell'inadempimento dei soggetti delegati, laddove la delega sia stata conferita in buona fede e con la diligenza richiesta.

Art. 43

(Responsabilità dei trustee)

1. I trustee sono solidalmente responsabili dei danni derivanti dalle violazioni di legge e dell'atto istitutivo commesse nell'esercizio dell'ufficio.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un trustee non risponde dei danni causati da un altro trustee, laddove abbia annotato il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust e lo abbia immediatamente comunicato al soggetto eventualmente individuato nell'atto istitutivo, oppure, in mancanza, ai beneficiari titolari di diritti determinati e al guardiano, ove esistente.

3. In ogni caso, i trustee sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza della violazione, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne o attenuarne le conseguenze dannose.

Art. 44

(Responsabilità solidale dei beneficiari)

1. È solidalmente responsabile con il trustee il beneficiario che abbia istigato, richiesto o autorizzato l'inadempimento del trustee.

Art. 45

(Esonero da responsabilità)

1. Sono nulle le disposizioni dell'atto istitutivo e i patti che escludono o limitano preventivamente la responsabilità del trustee per dolo o colpa grave.

2. Un beneficiario può esonerare il trustee dalla responsabilità per i danni cagionati nei suoi confronti, qualora abbia piena conoscenza dei fatti.

3. Alle medesime condizioni, il beneficiario può accollarsi il debito del trustee che sia responsabile di violazioni commesse senza dolo o colpa grave.

Art. 46

(Prescrizione)

1. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni dal momento in cui un beneficiario, ovvero il guardiano in mancanza di beneficiari esistenti, ha avuto conoscenza dei fatti produttivi di responsabilità del trustee.

Art. 47

(Responsabilità del trustee per le obbligazioni verso i terzi)

1. Qualunque soggetto, diverso dagli altri trustee, dai beneficiari e dal guardiano, che sia titolare di diritti nei confronti del trustee, derivanti da obbligazioni assunte o da atti compiuti manifestando la qualità di trustee o da atti o fatti comunque inerenti tale qualità, può soddisfarsi unicamente sul fondo in trust.

2. Il trustee ha diritto di rivalsa sul fondo in trust, con preferenza rispetto a qualunque altro soggetto, in relazione a qualsiasi obbligazione egli abbia adempiuto personalmente a meno che egli debba adempiere obbligazioni risarcitorie verso il fondo o verso alcun beneficiario ovvero sia pendente richiesta risarcitoria nei suoi confronti.

Capo II

Dei beneficiari

Art. 48

(Posizione giuridica)

1. Il trust cessa se, non essendovi stati beneficiari in vita al momento dell'istituzione del trust, almeno uno di essi non viene in essere nei successivi trenta anni.

2. L'atto istitutivo può prevedere che uno o più soggetti siano aggiunti o esclusi dalla posizione giuridica di beneficiario, determinando per decisione di chi e in quale forma.

3. L'atto istitutivo può sottoporre la posizione giuridica dei beneficiari a condizione o a termine.

4. L'atto istitutivo può disporre che i diritti spettanti a un beneficiario sul fondo in trust o sul suo reddito:

a) non siano né sequestrabili né pignorabili né inclusi nella massa qualora si verifichi un concorso dei suoi creditori ovvero

b) durino fino a quando un suo creditore compia un atto di sequestro o pignoramento o il beneficiario divenga

soggetto al concorso dei suoi creditori, con la conseguenza che tali diritti vengono allora meno e sorgono diverse posizioni beneficiarie.

5. Coloro i quali ricevono o possono ricevere beni o vantaggi da un trust di scopo non rientrano nella nozione giuridica di beneficiari.

Art. 49
(Diritti dei beneficiari)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, ciascun beneficiario con diritti determinati ha diritto di prendere visione degli atti e documenti riguardanti i propri diritti e farne copia.

2. Il trustee non è tenuto a rivelare ai beneficiari le ragioni per cui ha esercitato in un determinato modo un potere discrezionale che è a lui rimesso, né a comunicare atti o documenti da cui risultino tali ragioni, salvo che la rivelazione o la comunicazione sia imposta da un provvedimento giudiziario.

Art. 50
(Rinuncia, differimento dell'attribuzione ed estinzione del trust per volontà dei beneficiari)

1. Un beneficiario può rinunciare in tutto o in parte alla propria posizione giuridica con atto compiuto nelle forme previste per l'atto istitutivo del trust. La rinuncia ha effetto ed è irrevocabile dal momento in cui perviene al trustee.

2. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un beneficiario può richiedere per iscritto al trustee di differire il trasferimento in proprio favore dei beni in trust oppure di eseguirlo a favore del soggetto che egli indica.

3. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, tutti i beneficiari con diritti determinati sul fondo in trust o, in loro mancanza, tutti i beneficiari possono pretendere dal trustee la cessazione del trust e il trasferimento dei beni in trust in proprio favore o secondo le loro indicazioni.

Art. 51
(Atti di disposizione della posizione giuridica di beneficiario)

1. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, un beneficiario può alienare, dare in garanzia, o comunque disporre, in tutto o in parte, della propria posizione giuridica per mezzo di atti che hanno effetto nei confronti del trustee dal momento in cui gli sono notificati ovvero, trattandosi di beneficiario con diritti determinati non limitati alla sua vita, anche per testamento.

2. Se il beneficiario compie più atti dispositivi fra vivi a favore di diversi soggetti, ha effetto l'atto notificato per primo al trustee.

Capo III
Del guardiano

Art. 52
(Ufficio del guardiano)

1. L'atto istitutivo di trust di scopo prevede l'ufficio del guardiano e lo legittima a agire contro il trustee in caso di inadempimento.

2. L'atto istitutivo del trust per beneficiari può prevedere l'ufficio del guardiano, ma deve prevederlo per il periodo durante il quale non vi siano beneficiari in esistenza.

3. Il guardiano adempie gli obblighi ed esercita i poteri inerenti all'ufficio secondo buona fede e con la diligenza del buon padre di famiglia. Qualora abbia competenze professionali, la diligenza si valuta con riguardo alla natura professionale dell'attività esercitata. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, i poteri dei quali il guardiano è titolare sono poteri fiduciari.

4. L'atto istitutivo del trust può prevedere la remunerazione del guardiano. Il guardiano ha diritto al rimborso delle spese e dei costi sostenuti per ragioni inerenti all'ufficio, se l'atto istitutivo non dispone diversamente.

5. L'atto istitutivo può conferire al guardiano taluni poteri, tra cui il potere di:

- a) nominare un nuovo trustee, o di aggiungerne a quelli esistenti;
- b) nominare un nuovo guardiano, eventualmente in aggiunta rispetto a sé;
- c) revocare il trustee dall'ufficio;
- d) disporre il veto sull'esercizio di alcuni poteri del trustee;
- e) aggiungere o escludere beneficiari;
- f) modificare la legge regolatrice del trust;
- g) verificare il rendiconto del trust.

6. L'esercizio dei poteri elencati nel comma 5 non conferisce al guardiano l'ufficio di trustee.

7. Il guardiano può essere uno fra i beneficiari con diritti determinati.

8. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, quando vi sono più guardiani di un trust, essi decidono a maggioranza. Ogni guardiano ha diritto di partecipare alle decisioni da adottarsi a maggioranza o all'unanimità e deve essere adeguatamente informato dell'oggetto della decisione. Il guardiano dissenziente fa annotare senza ritardo il proprio dissenso nel Libro degli eventi del trust.

9. Salvo quanto disposto dalla Legge o dall'atto istitutivo, il guardiano non deve rivelare a terzi, in nessun tempo, le informazioni di cui è in possesso per ragione

del proprio ufficio, né impiegarle a proprio o altrui vantaggio.

10. Se l'atto istitutivo non dispone diversamente, il guardiano uscente nomina il guardiano successivo; qualora non vi provveda, il nuovo guardiano è nominato dall'Autorità Giudiziaria.

11. Si applicano al guardiano, in quanto compatibili, l'articolo 39 e l'articolo 41 della Legge.

TITOLO IV DEI POTERI DELL'AUTORITÀ GIUDIZIARIA

Art. 53 (Poteri dell'Autorità Giudiziaria)

1. L'Autorità Giudiziaria è titolare di un generale potere giurisdizionale di controllo e supervisione di qualsiasi trust regolato dalla Legge, che esercita emettendo i provvedimenti del caso.

2. Oltre agli altri poteri attribuiti all'Autorità Giudiziaria dalla legge, il trustee, un beneficiario, il guardiano e qualsiasi interessato possono rivolgere istanza al giudice per ottenere un provvedimento in ordine:

a) all'adempimento di un obbligo o all'esercizio di un potere dell'ufficio di trustee o di guardiano;

b) alla sostituzione del trustee o del guardiano che ha commesso una violazione della legge o dell'atto istitutivo o per ragioni di opportunità o per l'assenza, per quanto riguarda il trustee, dei requisiti di cui all'articolo 18 della Legge;

c) alla nomina di un nuovo o ulteriore trustee o di un nuovo o ulteriore guardiano;

d) agli atti di amministrazione e disposizione dei beni in trust.

3. Il trustee è tenuto a chiedere senza indugio all'Autorità Giudiziaria la nomina di un guardiano qualora, per una qualunque ragione, esso manchi o sia venuto a mancare e la Legge richieda che esso vi sia.

4. Il trustee, qualora lo ritenga opportuno, rivolge al giudice istanza per essere autorizzato a compiere un atto utile che non rientri tra i suoi poteri o per ottenere ratifica in relazione a un atto già compiuto o per fare apportare dal giudice le modificazioni dell'atto istitutivo che si siano rese necessarie o opportune.

5. Mediante presentazione di motivata istanza, il trustee che si trovi in uno stato di incertezza in merito al compimento di un atto inerente all'ufficio può domandare al giudice di pronunciarsi al riguardo, anche impartendogli precise direttive.

6. Il soggetto nominato trustee dall'Autorità Giudiziar-

ria che si trovi in conflitto di interessi rivolge al giudice istanza per ottenere i provvedimenti previsti dall'articolo 23 comma 2.

7. Nel nominare o sostituire un trustee, il giudice dispone in relazione alla custodia e al trasferimento dei beni in trust, nonché agli atti e ai documenti pertinenti.

8. Salvo diverso ordine del giudice, il trustee e il guardiano nominati ai sensi del presente articolo hanno gli stessi diritti, obblighi e poteri spettanti, rispettivamente, al trustee e al guardiano in forza dell'atto istitutivo.

9. Il giudice decide sulle spese del procedimento giudiziario.

Art. 54 (Azione cautelare)

1. Il beneficiario titolare di diritti determinati o il guardiano che abbiano fondato motivo di ritenere che il trustee stia per omettere un atto dovuto o per compiere un atto che viola la Legge o l'atto istitutivo del trust, possono adire l'Autorità Giudiziaria in via cautelare per ottenere i provvedimenti del caso.

2. L'introduzione della causa nel merito non sospende gli effetti del provvedimento cautelare adottato dall'Autorità Giudiziaria.

Art. 55 (Azioni di separazione e di recupero)

1. Qualora il trustee abbia confuso i beni in trust con altri beni, il trustee cui non si debba la confusione, qualunque beneficiario e il guardiano hanno diritto di ottenere la separazione. La pretesa si estende ai beni di qualunque genere con cui i beni originari siano eventualmente stati sostituiti e ai loro frutti.

2. Qualora il trustee abbia disposto di beni in trust in violazione delle regole dell'atto istitutivo ovvero senza corrispettivo o per un corrispettivo manifestamente inadeguato, il trustee cui non si debba l'atto di disposizione, qualunque beneficiario e il guardiano hanno diritto di pretendere che l'avente causa dal trustee restituisca i beni al fondo in trust tranne quando, trattandosi di disposizione in violazione delle regole dell'atto istitutivo, egli non potesse avere avuto conoscenza di tale violazione. La pretesa si estende ai beni di qualunque genere con cui i beni originari siano eventualmente stati sostituiti e ai loro frutti.

3. Sono salve, in ogni caso, le azioni di risarcimento del danno e ogni altra azione esperibile a tutela del trust.

4. L'azione di separazione non si prescrive. L'azione di restituzione si prescrive in dieci anni.

TITOLO V DISPOSIZIONI APPLICABILI SOLO AI TRUST ESTERI

Art. 56

(Forma degli atti istitutivi ed iscrizione dei trust esteri nel Registro dei trust della Repubblica di San Marino)

1. Gli atti istitutivi di trust esteri in cui sia disponente una persona fisica o una persona giuridica residente in San Marino sono sottoposti ai medesimi requisiti di forma previsti dall'articolo 6, comma 1, della Legge.

2. I trust esteri con sede di amministrazione nella Repubblica di San Marino devono essere iscritti in apposita sezione del Registro dei trust. Si applicano l'articolo 7 nonché i commi 3, 4, 5 e 6 dell'articolo 8 della Legge.

3. I trustee residenti di trust esteri debbono avere i requisiti previsti dall'articolo 18 della Legge.

TITOLO VI DISPOSIZIONI PENALI

Art. 57

(Esercizio abusivo dell'ufficio di trustee)

1. Chiunque esercita l'ufficio di trustee non avendo i requisiti previsti dalla Legge è punito con la prigionia di secondo grado e con la multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00.

Art. 58

(Sottrazione e distrazione di beni in trust)

1. Se il trustee sottrae o comunque distrae i beni in trust, a proprio o ad altrui profitto, si applica la disposizione dell'articolo 197, comma 3, del Codice Penale, sostituita l'interdizione di quarto grado dalla professione o dall'arte con l'interdizione di quarto grado dall'ufficio di trustee.

Art. 59

(Conflitto d'interessi)

1. Il trustee che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, agisce in conflitto di interessi, cagionando un danno patrimoniale ai beneficiari del trust o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del trust, è punito con la prigionia di secondo grado e con la multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00 e l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

Art. 60

(Violazione dell'obbligo di rendicontazione)

1. Il trustee che omette di tenere, in tutto o in parte, la contabilità relativa ai beni in trust è punito, qualora dal fatto derivi un danno patrimoniale ai beneficiari del trust o ai soggetti destinati a trarre vantaggio dalla realizzazione dello scopo del trust, con l'arresto di secondo grado e l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

Art. 61

(Falsità nelle scritture contabili relative al trust)

1. Il trustee che nella contabilità o nell'inventario relativi ai beni in trust, ovvero nelle scritture contabili relative al trust previste dalla Legge e dalla legge sul regime fiscale dei trust regolati dalla legge della Repubblica di San Marino, espone dati o fatti in tutto o in parte non rispondenti al vero, ovvero nasconde in tutto o in parte dati o fatti veri, è punito con la prigionia di secondo grado e con la multa a giorni di terzo grado, nonché con l'interdizione dall'ufficio di trustee di secondo grado.

TITOLO VII DISPOSIZIONI FINALI

Art. 62

(Sanzioni amministrative)

1. Le sanzioni amministrative previste dalla Legge sono irrogate dal soggetto incaricato della tenuta del registro dei trust e sono disciplinate dalla Legge 28 giugno 1989 n. 68.

Art. 63

(Adempimenti relativi alla registrazione e al deposito di atti)

1. Fermo quanto previsto all'articolo 52 del Decreto del 26 aprile 1995 n. 56, gli atti rogati o autenticati all'estero devono, prima dell'uso nella Repubblica, essere depositati e conservati presso un Notaio esercente nella Repubblica. Con il verbale di deposito, il Notaio ne assevera la legalità.

Art. 64

(Abrogazioni, norme transitorie ed entrata in vigore)

1. Sono abrogate la Legge 17 marzo 2005 n. 37 ed ogni disposizione in contrasto con la Legge.

2. I trust già istituiti ai sensi della Legge 17 marzo 2005 n. 37 devono, a cura del trustee, che apporta le necessarie

modificazioni all'atto istitutivo del trust, essere resi conformi ed assoggettati al regime della Legge entro il 31 dicembre 2010.

3. Il trustee, con il consenso del disponente se vivo e capace, può apportare ulteriori modificazioni all'atto istitutivo del trust, rese possibili da disposizioni della Legge.

4. Al trustee che non adempie al disposto di cui al secondo comma è comminata la sanzione amministrativa di euro 12.000,00.

5. La Legge entra in vigore il quinto giorno successivo a quello della sua legale pubblicazione.

Data dalla Nostra Residenza, addì 1° marzo 2010/1709 d.FR

I CAPITANI REGGENTI

Francesco Mussoni – Stefano Palmieri

IL SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI

Valeria Ciavatta

La collana “Quaderni” di Trusts

- **1 - Leggi tradotte**
traduzioni di R. Dabormida, P. Dibari, A. Fusi, E. Incisa di Camerana, G. La Torre, D. Mazzone, F. Steidl
- **2 - Introduzione ai trust e profili applicativi tra dottrina, prassi e giurisprudenza**
a cura di Stefano Buttà
- **3 - Il trust di protezione patrimoniale**
di Andrea Vicari
- **4 - La giurisprudenza italiana sui trust - III Edizione**
Dal 1899 al 2009
- **5 - Leggi tradotte - II**
traduzioni di E. Berti-Riboli, G. Lepore, G. La Torre, G. Miccichè, L. Minicucci, M. Molinari, M. Monegat, M. Montefameglio, M. Moscardi, A. Pietromarchi, L.F. Risso, R. Sarro, M. Scaffa, M. Tita, I. Valas
- **6 - Trust: opinioni a confronto**
Atti dei Congressi dell'Associazione “Il Trust in Italia”
 - Terzo Congresso Nazionale – Roma 2005
 - I trust per la famiglia – Firenze 2005*a cura di E. Barla De Guglielmi*
- **7 - La Legge di Malta sui trust**
L'introduzione del trust nel diritto civile maltese
di E. Berti-Riboli e M. Ganado
- **8 - La legge di Jersey sul trust**
di E. Barla De Guglielmi, P. Panico, F. Pighi
- **9 - Teoria e pratica della fiscalità dei Trust**
 - Relazioni del Convegno dell'Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 16 gennaio 2008
 - Contributi professionali sulla fiscalità dei trust*a cura di G. Fransoni e N. de Renzis Sonnino*
- **10 - I professionisti e il Trust**
Atti del IV Congresso Nazionale dell'Associazione “Il Trust in Italia” - Milano 2008

San Marino

La legge sull'affidamento fiduciario di San Marino

■ Legge 1° marzo 2010, n. 43, L'istituto dell'affidamento fiduciario

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino
Visto l'articolo 4 della Legge Costituzionale n. 185/2005 e
l'articolo 6 della Legge Qualificata n. 186/2005;
Promulghiamo e mandiamo a pubblicare la seguente legge
ordinaria approvata dal Consiglio Grande e Generale nella
seduta del 26 febbraio 2010:

LEGGE 1° MARZO 2010 N.43

L'ISTITUTO DELL'AFFIDAMENTO FIDUCIARIO

SEZIONE I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (Nozione e forma)

1. L'affidamento fiduciario è il contratto col quale l'affidante e l'affidatario convengono il programma che destina taluni beni e i loro frutti a favore di uno o più beneficiari, parti o meno del contratto, entro un termine non eccedente novanta anni.

2. I beni possono essere presenti o futuri, determinati o determinabili, trasferiti dall'affidante o da terzi all'affidatario ovvero da quest'ultimo vincolati.

3. L'affidamento fiduciario si presume gratuito.

4. Il contratto, sotto pena di invalidità:

a) è fatto per iscritto;

b) è accompagnato dal parere di un Notaio sammarinese che ne attesta la validità.

5. Il contratto non è soggetto a risoluzione, salvo il caso di impossibilità sopravvenuta.

Art. 2 (L'affidante)

1. È valida la disposizione in forza della quale l'affidante assume temporaneamente la sola qualità di affida-

tario qualora uno o più beneficiari siano parte del contratto.

2. A meno che il contratto disponga diversamente, i diritti e i poteri dell'affidante non possono essere esercitati dai suoi eredi, né essi subentrano nelle sue obbligazioni.

Art. 3 (Il patrimonio affidato)

1. I beni trasferiti all'affidatario o dall'affidatario vincolati per l'attuazione del programma destinatorio costituiscono il patrimonio affidato. Né il trasferimento né il vincolo richiedono la forma degli atti a titolo gratuito e l'insinuazione.

2. Il patrimonio affidato:

a) appartiene temporaneamente all'affidatario, che esercita su di esso ogni facoltà dominicale entro i limiti posti dal contratto;

b) è distinto dal patrimonio personale dell'affidatario, è estraneo al suo regime matrimoniale, è escluso dalla sua successione ereditaria e dal concorso dei suoi creditori;

c) non può costituire oggetto di esecuzione se non per obbligazioni attinenti l'attuazione del programma destinatorio.

3. Quando gli affidatari sono più di uno sorge fra essi una comunione a mani unite col regime dell'accrescimento.

4. Il contratto può attribuire una denominazione al patrimonio affidato.

5. I beni del patrimonio affidato sono tenuti dall'affidatario separati dai propri e separatamente identificabili; le intestazioni e i procedimenti pubblicitari menzionano l'inclusione dei beni nel patrimonio affidato.

Art. 4 (I beneficiari)

1. Il contratto:

a) indica i beneficiari o il modo della loro individuazione;

b) determina i diritti dei beneficiari sul patrimonio affidato e sui suoi frutti;

c) determina in quali circostanze i diritti di un beneficiario vengono o possono venire meno.

2. È valida la disposizione che rimette all'affidante la successiva indicazione dei beneficiari purché almeno un beneficiario sia indicato nel contratto.

3. È valida la disposizione che rimette all'affidatario o a un terzo:

a) l'indicazione dei beneficiari tra più persone determinate o appartenenti a determinate famiglie o categorie di persone;

b) la determinazione dei diritti dei beneficiari, purché questi ultimi siano diversi dalla persona alla quale la determinazione è rimessa.

4. I discendenti di una determinata persona vivente al tempo della conclusione del contratto, benché non ancora concepiti, possono essere beneficiari.

5. L'affidante può essere beneficiario; l'affidatario può essere uno fra i beneficiari.

Art. 5

(Attuazione del programma destinatorio)

1. Il contratto determina in quali circostanze:

a) il preventivo consenso dell'affidante o dei soggetti da lui designati è richiesto per il valido compimento di un atto dell'affidatario;

b) l'affidatario può sostituire o aggiungere altri a sé nei rapporti derivanti dal contratto;

c) l'affidante o i soggetti da lui designati sono autorizzati a trasferire a una diversa persona i rapporti derivanti dal contratto, con liberatoria dell'affidatario, e a compiere atti reali e atti con effetti reali sul patrimonio affidato in deroga dalle disposizioni del diritto comune;

d) l'affidatario può agire in conflitto di interessi.

2. Nonostante il contratto nulla o diversamente disponga:

a) in caso di inadempimento dell'affidatario, all'affidante e ai soggetti da lui designati competono, ferme le obbligazioni risarcitorie dell'affidatario, i poteri di cui al comma 1 lettera c;

b) i poteri di cui al comma 1 lettera c debbono essere esercitati dai soggetti ai quali competono:

i) se l'affidatario muore o diviene incapace e manca altro affidatario;

ii) se l'affidatario chiede di essere liberato dalle proprie obbligazioni.

3. Se il programma destinatorio non può essere attuato perché mancano i beneficiari ed è impossibile che essi vengano in esistenza entro il termine dell'affidamento, il patrimonio affidato e i suoi frutti spettano all'affidante dal momento nel quale l'impossibilità si è verificata.

4. Se i diritti dei beneficiari non si estendono all'intero patrimonio affidato, i beni o i frutti eccedenti spettano

all'affidante dal momento nel quale tale eccesso si è verificato e fino a tanto che esso perduri.

Art. 6

(Obbligazioni dell'affidatario)

1. L'affidatario deve comportarsi secondo correttezza e buona fede.

2. Nell'adempire le proprie obbligazioni l'affidatario:

a) agisce quale fiduciario, tenuto a soddisfare esclusivamente interessi altrui;

b) usa la diligenza che un soggetto avveduto userebbe nelle medesime circostanze rispetto a beni propri;

c) se svolge professionalmente l'attività di affidatario, impiega la competenza che è ragionevole attendersi da un professionista.

3. L'affidatario è tenuto a rendere il conto del suo operato ai soggetti indicati nel contratto, e comunque ai beneficiari secondo l'interesse di ciascuno, con la periodicità opportuna secondo le circostanze. La dispensa preventiva non ha effetto.

4. È valida la disposizione che consente all'affidatario di sostituire altri a sé nei rapporti derivanti dal contratto, liberamente o previo consenso dell'affidante o dei soggetti da lui designati.

Art. 7

(Clausole di esonero da responsabilità)

1. L'affidatario risponde del comportamento dei procuratori, consulenti, gestori e mandatari da lui nominati, nonostante qualsiasi patto di esclusione o limitazione della responsabilità egli abbia con essi convenuto, a meno che li abbia scelti e mantenuti nell'incarico con la diligenza che un soggetto avveduto avrebbe usato nelle medesime circostanze rispetto a beni propri e ad essi non sia ascrivibile dolo o colpa grave o mala fede.

2. È invalido qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità dell'affidatario per dolo o colpa grave o mala fede o, in via generale, per atti compiuti in conflitto di interessi e non autorizzati dal contratto.

Art. 8

(Risarcimento all'affidante e ai beneficiari)

1. Fermo il diritto al risarcimento spettante all'affidante e ai beneficiari che siano stati direttamente danneggiati, l'affidatario è tenuto a ripristinare il patrimonio affidato nella consistenza che esso avrebbe avuto qualora egli avesse adempiuto le proprie obbligazioni.

2. L'affidatario è tenuto a trasferire nel patrimonio affidato ogni vantaggio indebitamente ottenuto dalla propria posizione di affidatario, anche se nessun danno ne sia seguito ai beneficiari.

Art. 9

(Rapporti dell'affidatario con i terzi;
responsabilità dell'affidatario)

1. Il terzo che contratta con l'affidatario può sempre esigere che questi giustifichi i propri poteri e gli dia copia, da lui sottoscritta, delle rilevanti disposizioni del contratto di affidamento fiduciario.

2. I limiti dei poteri dell'affidatario sono opponibili ai terzi che ne hanno avuto conoscenza o li hanno ignorati per propria colpa.

3. L'affidatario risponde dell'adempimento delle proprie obbligazioni, legali, contrattuali e extracontrattuali, con il solo patrimonio affidato. Tuttavia, risponde anche con il proprio patrimonio personale, con diritto di rivalsa sul patrimonio affidato, se non ha fatto menzione della propria qualità prima di assumere contrattualmente una obbligazione.

Art. 10

(Invalidità degli atti dell'affidatario; effetti verso i terzi)

1. Sono invalidi gli atti dell'affidatario che riducono il patrimonio affidato e gli atti di amministrazione da lui compiuti quando ricorre una fra le seguenti condizioni:

a) l'atto è a titolo gratuito e non costituisce adempimento di una obbligazione né esercizio di un potere dell'affidatario;

b) l'atto eccede i limiti, opponibili al terzo, dei poteri dell'affidatario;

c) l'atto prevede un corrispettivo notevolmente diverso dal valore corrente del bene o del servizio, con pregiudizio del patrimonio affidato;

d) l'atto è compiuto in conflitto di interessi non autorizzato dal contratto.

2. L'invalidità di un atto di disposizione di beni del patrimonio affidato comporta l'invalidità dei successivi atti di disposizione dei medesimi beni e di quelli che ad essi sono stati sostituiti senza limite, ma non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede che ignoravano senza colpa la causa di invalidità, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

3. La convalida di un atto invalido richiede il consenso di tutti i beneficiari, purché altri beneficiari non possano sopravvivere.

SEZIONE II DISPOSIZIONI PARTICOLARI

Art. 11

(Affidamento fiduciario in favore di soggetti deboli)

1. Non costituisce liberalità la disposizione in favo-

re di beneficiari disabili o di età superiore ai settantacinque anni o interdetti o inabilitati o tossicodipendenti o alcol dipendenti o affetti da gravi patologie croniche se:

a) i beni del patrimonio affidato, oggetto della disposizione, sono stati trasferiti o vincolati dal coniuge del beneficiario o da un parente entro il terzo grado o da un affine entro il secondo grado; e

b) i beni non sono manifestamente eccessivi rispetto ai bisogni del beneficiario, reputandosi l'eccesso quale liberalità.

Art. 12

(Tutela dei legittimari)

1. Se il contratto comporta una liberalità e esso è in corso:

a) ai legittimari spetta solamente l'azione per la determinazione e reintegrazione della quota di legittima, e

b) l'azione a tutela dei legittimari si propone contro l'affidatario oltre che contro i beneficiari della liberalità, se esistenti e noti.

2. Chi è beneficiario delle disposizioni di cui all'articolo 11 può agire per la reintegrazione della sua quota quale legittimario solo se i beni del patrimonio affidato, da chiunque trasferiti o vincolati, non sono manifestamente sufficienti per i suoi bisogni.

Art. 13

(Tutela dei creditori)

1. L'azione revocatoria contro gli atti che trasferiscono beni all'affidatario o costituiscono vincoli su di essi si propone, se il contratto è in corso, contro l'affidatario e contro i beneficiari titolari di diritti sui beni trasferiti, se esistenti e noti, come se l'atto fosse stato fatto direttamente in loro favore.

2. È sufficiente che le condizioni dell'azione ricorrano nei confronti dell'affidatario o di uno fra i suddetti beneficiari.

3. Il termine di prescrizione è di cinque anni.

Art. 14

(Affidamento testamentario)

1. Se l'affidamento fiduciario è disposto per testamento, gravando un erede o un legatario ovvero commettendone l'attuazione all'esecutore testamentario, si osservano, in quanto applicabili, le norme di questa legge.

Art. 15

(Prescrizione)

1. I diritti di un beneficiario contro l'affidatario si pres-

crivono con il decorso di dieci anni dalla data nella quale egli ebbe notizia del fatto sul quale si fonda la sua pretesa.

Art. 16
(Competenza dell'Autorità Giudiziaria)

1. L'Autorità Giudiziaria, provvedendo con decreto motivato su ricorso di qualsiasi interessato, assunte, se del caso, sommarie informazioni, può:

a) in mancanza dell'affidante e di soggetti da lui designati o in caso di loro inerzia, adottare provvedimenti corrispondenti all'esercizio dei poteri di cui al comma 1 lettera c dell'articolo 5;

b) impartire direttive all'affidatario;

c) integrare il contratto per mezzo di nuove disposizioni o modificare o eliminare disposizioni del contratto se ciò appare utile per la migliore attuazione del programma destinatorio.

Art. 17
(Prova testimoniale)

1. La prova per testimoni di dichiarazioni o accordi verbali successivi alla conclusione del contratto o, nel caso di affidamento testamentario, alla morte del testatore è sempre consentita.

Art. 18
(Disposizioni penali)

1. L'affidatario che, violando le obbligazioni poste a suo carico dalla legge o dal contratto, impiega beni del patrimonio affidato a proprio o altrui profitto ovvero ritarda a trasferirli agli aventi diritto è punito, se il fatto non costituisce più grave reato, con la prigionia di secondo grado e con l'interdizione di secondo grado a svolgere la funzione di affidatario.

Art. 19
(Entrata in vigore)

1. La Legge entra in vigore il quinto giorno successivo a quello della sua legale pubblicazione.

Data dalla Nostra Residenza, addì 1° marzo 2010/1709 d.FR

I CAPITANI REGGENTI

Francesco Mussoni – Stefano Palmieri

IL SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI

Valeria Ciavatta

San Marino

Le nuove norme sull'ufficio di trustee professionale di San Marino

■ Decreto Delegato 16 marzo 2010, n. 49, Ufficio di trustee professionale

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino
Visto l'articolo 18, secondo comma, della Legge 1° marzo 2010 n. 42;
Vista la deliberazione del Congresso di Stato n. 11 adottata nella seduta dell'8 marzo 2010;
Visti l'articolo 5, comma 3, della Legge Costituzionale n. 185/2005 e gli articoli 8 e 10, comma 2, della Legge Qualificata n. 186/2005;
Promulghiamo e mandiamo a pubblicare il seguente decreto delegato:

UFFICIO DI TRUSTEE PROFESSIONALE

Art. 1 (Definizioni)

1. Tutti i termini impiegati nel presente decreto delegato già definiti dalla Legge 1° marzo 2010 n. 42 (L'Istituto del Trust) assumono il significato in questa indicato.

Art. 2 (L'esercizio professionale dell'ufficio di trustee nella Repubblica di San Marino)

1. L'esercizio professionale dell'ufficio di trustee, nella Repubblica di San Marino, richiede l'autorizzazione da parte dell'Autorità di Vigilanza. Tale ufficio è altresì assoggettato alla vigilanza sul mantenimento dei requisiti da parte dell'Autorità di Vigilanza.

2. Per esercizio professionale dell'ufficio di trustee si intende l'assunzione dell'ufficio di trustee in più di un trust.

3. L'autorizzazione, di cui al primo comma del presente articolo, è rilasciata:

a) alle società esercenti le attività elencate nell'allegato 1 della Legge 17 novembre 2005 n. 165, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino, che ne facciano richiesta e la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza;

b) alle società di capitale, aventi la sede legale e la sede dell'amministrazione nella Repubblica di San Marino,

che ne facciano richiesta, la cui compagine sociale sia identificata dall'Autorità di Vigilanza e che abbiano stipulato apposita polizza assicurativa a garanzia dei terzi con massimale minimo di Euro 1.000.000,00;

c) agli iscritti nell'Albo degli Avvocati e Notai o dei Dottori Commercialisti o dei Ragionieri Commercialisti della Repubblica di San Marino, che ne facciano richiesta e che abbiano stipulato apposita polizza assicurativa a garanzia dei terzi con massimale minimo di Euro 1.000.000,00.

4. Ai fini di evitare conflitti di interesse, i soggetti autorizzati non possono fornire consulenza in merito all'atto istitutivo di un trust di cui assumano poi l'ufficio di trustee.

5. È revocata l'autorizzazione dall'Autorità di Vigilanza:

a) qualora venga accertata con sentenza passata in giudicato la simulazione di un trust di cui il soggetto autorizzato è trustee, e quest'ultimo sia compartecipe della simulazione;

b) qualora non vengano conseguite le ore annuali di formazione professionale;

c) qualora venga violato il divieto di cui al comma 4 del presente articolo.

6. Non può essere concessa l'autorizzazione a società i cui uno o più soci o amministratori sono o sono stati soci o amministratori di società alle quali è stata revocata l'autorizzazione.

7. L'Autorità di Vigilanza stabilisce con proprio provvedimento:

a) le condizioni e le modalità per ottenere l'autorizzazione;

b) i requisiti di onorabilità e professionalità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo nelle società di capitale che esercitano o intendono esercitare l'ufficio di trustee professionale, di cui all'articolo 2 comma 3 punto b);

c) i requisiti di onorabilità dei soggetti che partecipano al capitale sociale delle società che esercitano o intendono esercitare l'ufficio di trustee professionale, di cui all'articolo 2 comma 3 punto b);

- d) le modalità di rinuncia all'autorizzazione;
- e) le ulteriori cause di revoca e quelle di sospensione dell'autorizzazione;
- f) le disposizioni sulla formazione annuale obbligatoria;
- g) le modalità di tenuta e di consultazione dell'albo dei trustee autorizzati.

Art. 3

(Esercizio abusivo dell'ufficio di trustee professionale)

1. Chiunque esercita l'ufficio di trustee in assenza dei requisiti è punito con l'arresto di secondo grado e con la multa da Euro 8.000,00 a Euro 12.000,00.

Art. 4

(Disposizioni Antiriciclaggio)

1. Chi esercita, in qualunque forma, l'ufficio di trustee professionale nella Repubblica di San Marino è soggetto designato ai sensi dell'articolo 19 della Legge 17 giugno 2008 n. 92, salvo che non sia già soggetto designato ai sensi dell'articolo 18 o dell'art. 20 della Legge 17 giugno 2008 n. 92.

2. Chi esercita, in qualunque forma, l'ufficio di trustee non professionale nella Repubblica di San Marino è tenuto alla conservazione della documentazione, afferente il trust di cui ricopre l'ufficio, per cinque anni dalla cessazione dell'ufficio. Su richiesta dell'Agenzia di Informazione

Finanziaria, tale documentazione, deve essere messa immediatamente a disposizione della stessa.

3. Chi esercita, in qualunque forma, l'ufficio di trustee non professionale nella Repubblica di San Marino è altresì tenuto agli obblighi di segnalazione ai sensi dell'articolo 36 della Legge 17 giugno 2008 n. 92.

4. Al trustee che non ottempera ai disposti dei precedenti commi 2 e 3 sono comminate le sanzioni ai sensi della Legge 17 giugno 2008 n. 92.

Art. 5

(Disposizioni di coordinamento)

1. I soggetti già autorizzati, ai sensi della Legge 17 novembre 2005 n. 165 e successive modifiche, iscritti all'albo, istituito ai sensi dell'articolo 19 della Legge 17 marzo 2005 n. 37, sono d'ufficio autorizzati ai sensi dell'articolo 2 del presente decreto delegato.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 16 marzo 2010/1709 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI

Francesco Mussoni – Stefano Palmieri

IL SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI

Valeria Ciavatta

San Marino

Le nuove norme sulla tenuta della contabilità dei trust di San Marino

■ Decreto Delegato 16 marzo 2010, n. 51, Individuazione delle modalità necessarie per la tenuta della contabilità dei fatti amministrativi relativi ai beni in trust

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino
Visto l'articolo 26, secondo comma, della Legge 1° marzo 2010 n. 42;
Vista la deliberazione del Congresso di Stato n. 13 adottata nella seduta dell'8 marzo 2010;
Visti l'articolo 5, comma 3, della Legge Costituzionale n. 185/2005 e gli articoli 8 e 10, comma 2, della Legge Qualificata n. 186/2005;
Promulghiamo e mandiamo a pubblicare il seguente decreto delegato:

INDIVIDUAZIONE DELLE MODALITÀ NECESSARIE PER LA TENUTA DELLA CONTABILITÀ DEI FATTI AMMINISTRATIVI RELATIVI AI BENI IN TRUST

Art. 1 (Rendicontazione e inventario)

1. Il trustee deve tenere la contabilità dei fatti amministrativi che interessa il fondo trust. Le scritture contabili devono essere tenute, separatamente per ogni trust, in forma sistematica e secondo norme di ordinata contabilità, essendo dirette a seguire analiticamente le variazioni intervenute nella consistenza patrimoniale del fondo in trust.

2. Il trustee redige, alla data in cui il trust inizia ad avere effetto, l'inventario del fondo in trust unitamente a una relazione scritta contenente il riepilogo e la descrizione della consistenza e della composizione del fondo in trust.

3. Il trustee redige, al 31 dicembre di ogni anno solare, il bilancio del trust e l'inventario del fondo in trust nonché di relazione scritta contenente il riepilogo e la descrizione dei principali eventi modificativi della consistenza e della composizione del fondo in trust.

4. A tal fine, dovendo comunque essere applicato il principio di cassa, il trustee deve altresì tenere, per ciascuno dei beni in trust, ovvero per ciascuna categoria omoge-

nea per natura e per valore in cui gli stessi fossero classificabili, una scheda riepilogativa riportante:

a) il valore attribuibile ai beni in trust alla data in cui il trustee ne diviene titolare per effetto di atti di acquisto non a titolo oneroso;

b) il valore dei beni in trust alla data in cui il trustee ne diviene titolare per effetto di atti di acquisto a titolo oneroso;

c) i differenziali netti di valore successivamente maturati ma non realizzati sui beni in trust;

d) i differenziali netti di valore successivamente realizzati sui beni in trust;

e) i proventi e i frutti derivanti dai beni in trust, anche a titolo risarcitorio del mancato guadagno.

Art. 2 (Valutazione dei beni in trust)

1. I beni in trust sono valutati in base al loro equo valore corrente. Detto valore è determinato:

(i) per le azioni, le obbligazioni e le altre attività finanziarie negoziate in mercati regolamentati, in base alla media aritmetica dei prezzi rilevati nell'ultimo mese solare antecedente la data di riferimento;

(ii) per le altre azioni, quote di società non azionarie, titoli o quote di partecipazione al capitale di enti diversi dalle società, in proporzione al valore del capitale economico della società o dell'ente, ovvero, per le società o enti di nuova costituzione, al valore economico complessivo dei conferimenti; tali valori economici sono determinati sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un Dottore commercialista o da un Ragioniere commercialista iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio;

(iii) per le obbligazioni e le altre attività finanziarie diverse da quelle indicate nei precedenti punti (i) e (ii), in via comparativa rispetto al valore normale delle attività fi-

nanziarie aventi analoghe caratteristiche negoziate in mercati regolamentati e, in mancanza, in base ad altri elementi determinabili in modo oggettivo;

(iv) per i beni diversi da quelli indicati nei precedenti punti (i), (ii) e (iii) e per i servizi, sulla base del prezzo o corrispettivo mediamente praticato per i beni e i servizi della stessa specie o similari, in condizioni di libera concorrenza e al medesimo stadio di commercializzazione, nel tempo e nel luogo in cui i beni o servizi sono stati acquisiti o prestati, e, in mancanza, nel tempo e nel luogo più prossimi, ovvero, qualora non fossero rinvenibili tali elementi oggettivi, sulla base del prudente apprezzamento del trustee, ovvero sulla base di una relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un Dottore commercialista o da un Ragioniere commercialista iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

2. Le passività riferibili ai singoli beni in trust, ovvero all'insieme degli stessi, sono valutate:

(i) quanto alle passività certe nell'esistenza e nell'ammontare, sulla base del relativo valore nominale;

(ii) quanto alle passività incerte nell'esistenza o nell'ammontare, sulla base del valore di probabile manifestazione derivante dal prudente apprezzamento del trustee, ovvero risultante da relazione di stima asseverata, redatta su istanza del trustee, da un Dottore commercialista o da un Ragioniere commercialista iscritti negli appositi Albi, ovvero da altro soggetto iscritto nel Registro dei Revisori contabili, ivi comprese le società di revisione e certificazione di bilancio.

Art. 3
(Abrogazioni)

1. È abrogato il Decreto 8 giugno 2005 n. 83.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 16 marzo 2010/1709 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI

Francesco Mussoni – Stefano Palmieri

IL SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI

Valeria Ciavatta

San Marino

Le nuove norme sul registro dei trust e il libro degli eventi di San Marino

■ Decreto Delegato 16 marzo 2010, n. 50, Iscrizione e tenuta del registro dei trust e modalità di vidimazione del libro degli eventi

Noi Capitani Reggenti
la Serenissima Repubblica di San Marino
Visti l'articolo 8, primo comma, e l'articolo 28, quarto comma, della Legge 1° marzo 2010 n. 42;
Vista la deliberazione del Congresso di Stato n. 12 adottata nella seduta dell'8 marzo 2010;
Visti l'articolo 5, comma 3, della Legge Costituzionale n. 185/2005 e gli articoli 8 e 10, comma 2, della Legge Qualificata n. 186/2005;
Promulghiamo e mandiamo a pubblicare il seguente decreto delegato:

ISCRIZIONE E TENUTA DEL REGISTRO DEI TRUST E MODALITÀ DI VIDIMAZIONE DEL LIBRO DEGLI EVENTI

CAPO I DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 1 (Definizioni)

1. Tutti i termini impiegati nel presente decreto delegato già definiti dalla Legge 1° marzo 2010 n. 42 (L'Istituto del Trust) assumono il significato in questa indicato.

CAPO II REGISTRO DEI TRUST

Art. 2 (Registro dei trust)

1. È istituito l'Ufficio del Registro dei trust della Repubblica di San Marino per le iscrizioni previste dalla legge.
2. Il Registro dei trust è presso l'Autorità di Vigilanza.
3. La registrazione nel Registro dei trust attesta l'esistenza degli atti che, ai sensi della Legge 1° marzo 2010 n. 42, devono esservi iscritti assicurandone la conservazione.
4. Al Registro dei trust non si applica alcuna limitazione per ricerche effettuate o disposte dall'Autorità Giudiziale,

dall'Agenzia di Informazione Finanziaria e dalle Forze dell'Ordine che svolgono funzioni di polizia giudiziaria.

Art. 3 (Iscrizione nel Registro dei trust)

1. Sono iscrivibili i trust costituiti ai sensi della Legge 1° marzo 2010 n. 42, secondo le modalità, nei termini e alle condizioni ivi previsti. A norma della citata legge, e fermo quanto disposto al successivo articolo 11, sono soggetti all'obbligo di iscrizione nel Registro dei trust:

i) ai sensi dell'articolo 8 comma 4 della citata legge, l'estratto dell'atto istitutivo del trust. L'iscrizione nel Registro dell'estratto esonera i soggetti designati dall'obbligo di registrazione del relativo atto istitutivo, purché quest'ultimo sia stato redatto in forma di scrittura con sottoscrizione autenticata, trovando altrimenti applicazione il successivo articolo 11 comma 2 punto sub (i).

ii) ai sensi dell'articolo 13 comma 3 della citata legge, le modifiche dell'atto istitutivo riguardanti gli elementi indicati nell'estratto; nonché,

iii) ai sensi dell'articolo 8 comma 6 della citata legge, la richiesta di cancellazione del trust; infine
iv) ogni altro atto che ai sensi della citata legge deve essere iscritto nel Registro del trust.

2. L'atto istitutivo del trust ed il relativo estratto, di cui si richiede l'iscrizione, devono essere redatti in lingua italiana e, se in lingua straniera, devono essere accompagnati dalla relativa traduzione giurata in lingua italiana.

3. L'iscrizione nel Registro dei trust è richiesta dai soggetti tenuti per legge ed è effettuata a cura dell'Ufficio del Registro dei trust nei cinque giorni lavorativi successivi la richiesta. Prima di procedere all'iscrizione, l'Ufficio deve accertare il concorso delle condizioni richieste dalla legge, ivi compreso, qualora l'iscrizione sia tardiva, che sia stata pagata la sanzione di cui all'articolo 8 comma 8 della citata legge.

4. L'Ufficio provvede all'iscrizione mediante trascrizione dell'estratto autenticato dell'atto istitutivo.

5. L'Ufficio rimette, al soggetto richiedente l'iscrizione, la certificazione attestante l'avvenuta iscrizione del trust.

6. Il rifiuto dell'iscrizione deve essere tempestivamente comunicato con raccomandata inviata al richiedente l'iscrizione. Questi può ricorrere entro trenta giorni all'Autorità Giudiziaria, la quale provvede con decreto.

7. Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 56 della citata legge, l'Ufficio del Registro dei trust riserverà apposita sezione, del Registro dei trust, ai trust esteri con sede di amministrazione nella Repubblica di San Marino. Le disposizioni del presente decreto delegato si applicano integralmente a tale apposita sezione, fermo restando che i soggetti tenuti a richiedere l'iscrizione del trust devono, al momento della richiesta, specificare se il trust sia qualificabile come trust estero ai sensi del predetto articolo 56 della citata legge.

Art. 4

(Tenuta del Registro dei trust)

1. Il Registro dei trust è tenuto in modo da garantire la integrità e la completezza delle iscrizioni.

2. Il Registro dei trust è tenuto su supporto cartaceo. Fermo il rispetto delle disposizioni normative speciali, il Registro dei trust potrà essere tenuto anche in modo informatizzato.

3. Il Registro dei trust, tenuto su supporto cartaceo, non dovrà contenere interlinee, trasporti a margine ed abrasioni. Le parole eventualmente cancellate dovranno essere leggibili.

4. Il Registro dei trust, tenuto su supporto cartaceo, dovrà essere vidimato mediante bollatura in ogni foglio, con numerazione progressiva in ogni pagina e firmato dal Responsabile incaricato dell'Ufficio del trust.

5. Nel caso in cui le risultanze del registro informatizzato siano in contrasto e/o difformi da quelle del supporto cartaceo prevarranno sempre queste ultime.

Art. 5

(Certificazioni)

1. L'Ufficio dei trust rilascia certificazioni delle risultanze del Registro al solo trustee che ne fa richiesta.

2. In deroga al comma precedente le certificazioni saranno rilasciate a soggetti diversi dal trustee qualora autorizzate dall'Autorità Giudiziaria.

3. Le certificazioni vengono rilasciate, in osservanza delle disposizioni sull'imposta di bollo, entro il termine di cinque giorni lavorativi dalla richiesta. La conformità all'originale di quanto trasmesso è attestata dal Responsabile dell'Ufficio del Registro dei trust.

3. Quando è previsto il pagamento di diritti, imposte o tasse, il rilascio di certificazioni è subordinato al previo pagamento degli stessi, della cui avvenuta riscossione è dato atto nella certificazione rilasciata.

Art. 6

(Modifiche e cancellazione dal Registro dei trust)

1. Ogni modificazione di cui all'articolo 13 comma 3 della citata legge, successiva alla registrazione, deve essere registrata nel Registro, con le stesse forme e secondo le medesime modalità previste per la registrazione dell'estratto dell'atto istitutivo del trust.

2. Il trustee residente o l'agente residente è tenuto a dare all'Ufficio del Registro dei trust comunicazione scritta di tali modifiche versando contestualmente, ove previsto, i corrispondenti diritti, imposte o tasse. L'Ufficio provvederà ad aggiornare, nei cinque giorni lavorativi successivi la comunicazione, il Registro dei trust, apportando le modifiche indicate e rimettendo al soggetto che ha effettuato la comunicazione la relativa certificazione.

3. Qualora si verifichi uno degli eventi previsti dall'articolo 15 della citata legge, il trustee residente o l'agente residente deve chiedere la cancellazione del trust dal Registro e deve restituire altresì il certificato attestante l'iscrizione.

4. L'Ufficio cancellerà l'iscrizione del trust, chiedendo la riconsegna del relativo certificato, ovvero, in mancanza ed in sostituzione dello stesso, la consegna di apposita dichiarazione autenticata del trustee o dell'agente residente, con cui ne viene attestato l'avvenuto smarrimento, perdita, distruzione o sottrazione.

Art. 7

(Cancellazione d'ufficio)

1. Se un'iscrizione è avvenuta senza che esistano le condizioni richieste dalla legge, l'Autorità Giudiziaria, sentiti gli interessati, ne ordina la cancellazione.

Art. 8

(Ricorso di volontaria giurisdizione)

1. Contro i provvedimenti di volontaria giurisdizione adottati dall'Ufficio del Registro dei trust è ammesso ricorso all'Autorità Giudiziaria.

2. Il ricorso sospende l'efficacia del provvedimento impugnato salva diversa decisione dell'Autorità Giudiziaria.

3. L'atto contenente il gravame va depositato a mezzo di difensore presso l'Autorità Giudiziaria, insieme ai motivi e con i documenti che comprovano l'interesse del ricorrente ed il fondamento della doglianza, entro trenta giorni dalla notifica del provvedimento.

4. Il ricorso di cui al presente articolo è soggetto alla tassa per i ricorsi di volontaria giurisdizione.

5. Non sono ammessi ulteriori o diversi mezzi di impugnativa per i provvedimenti di cui al presente articolo.

6. Ogni altra controversia avente natura contenziosa è disciplinata dalle norme ordinarie in materia di contenzioso civile.

Art. 9
(Disposizioni fiscali)

1. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 9 della Legge 17 marzo 2005 n. 38.

Art. 10
(Disposizioni transitorie)

1. Fino alla Istituzione di apposita Autorità Giudiziaria le attribuzioni di questa spetteranno al Tribunale Unico, con le procedure indicate nel precedente articolo 8.

Art. 11
(Disposizioni di coordinamento)

1. Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto di cui agli articoli 9 della Legge 17 marzo 2005 n. 38 e 8 della Legge 1° marzo 2010 n. 42, l'iscrizione nel Registro dei trust, limitatamente agli atti ad essa soggetti, sostituisce a tutti gli effetti la registrazione prevista dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modifiche.

2. La previsione di cui al precedente comma 1 non trova applicazione qualora:

(i) l'atto istitutivo del trust sia stato redatto con la forma dell'atto pubblico secondo quanto previsto dall'articolo 6 comma 1 della Legge 1° marzo 2010 n. 42, dovendo in tal caso il Notaio, o i soggetti designati qualora questi non vi provveda, curare, oltre che la registrazione del relativo estratto nel Registro del trust, anche la registrazione dell'atto pubblico di cui alla Legge 29 ottobre 1981 n. 85, e successive modifiche. La registrazione dell'atto pubblico istitutivo del trust avverrà in esenzione di imposta a norma dell'articolo 9 comma 2 della Legge 17 marzo 2005 n. 38;

(ii) si riferisca ad ogni altro atto, anche se posto in essere nell'ambito e/o in esecuzione del trust, diverso da quelli di cui al precedente articolo 3 comma 1, per i quali trovano, di contro, integrale applicazione le previsioni di cui alla citata Legge 29 ottobre 1981 n. 85 e successive modifiche, fatta sempre salva, anche in tale ipotesi, l'applicazione dell'articolo 9 comma 2, della Legge 17 marzo 2005, n. 38.

3. L'iscrizione nel Registro dei trust non esonera i soggetti competenti dall'obbligo di rendere pubblici mediante trascrizione nei pubblici registri i fatti o atti di acquisto, di perdita o di disposizione di diritti reali immobiliari, quali indicati dalla Legge 29 ottobre 1981 n. 87 e successive modifiche. A tal fine, trovano integrale applicazione le disposizioni dettate nella citata Legge 29 ottobre 1981 n. 87 e successive modifiche, nonché le relative imposte.

4. Il Registro dei Trust, di cui al Decreto 8 giugno 2005 n. 86, sarà a cura del Dirigente dell'Ufficio Industria, Commercio e Artigianato consegnato al Responsabile dell'Autorità di Vigilanza entro trenta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto delegato.

CAPO III
LIBRO DEGLI EVENTI

Art. 12
(Libro degli eventi)

1. Il trustee residente o l'agente residente istituisce, aggiorna e custodisce il Libro degli eventi, nel quale registra ogni avvenimento relativo al trust prescritto dalla legge e dall'atto istitutivo, nonché ogni altro avvenimento relativo al trust del quale ritenga opportuno conservare memoria.

2. Ciascun avvenimento sarà registrato in ordine cronologico, e di essi il trustee dovrà mantenere una raccolta completa e dettagliata.

Art. 13
(Vidimazione del Libro degli eventi)

1. Il Libro degli eventi è tenuto su supporto cartaceo, in modo da garantire la integrità, la completezza e la disponibilità delle relative risultanze.

2. Il Libro degli eventi dovrà essere vidimato dal notaio, mediante bollatura in ogni foglio e con numerazione progressiva in ogni pagina. Sull'ultima pagina vidimata il Notaio dovrà attestare il numero totale dei fogli di cui è composto il Libro degli eventi.

Art. 14
(Consultazione del Libro degli eventi)

1. Il Libro degli eventi dovrà essere esibito ai soggetti indicati al quarto comma dell'articolo 28 della Legge 1° marzo 2010 n. 42, su richiesta degli stessi.

2. Il Libro degli eventi dovrà inoltre essere esibito all'Agenzia di Informazione Finanziaria, su richiesta della stessa.

3. Il Libro degli eventi dovrà altresì essere esibito ad altri soggetti cui l'atto istitutivo attribuisca il relativo diritto e secondo le modalità e le forme all'uopo eventualmente previste.

CAPO IV
DISPOSIZIONI FINALI

Art. 15
(Abrogazioni)

1. È abrogato il Decreto 10 giugno 2005 n. 86.

Dato dalla Nostra Residenza, addì 16 marzo 2010/1709 d.F.R.

I CAPITANI REGGENTI

Francesco Mussoni – Stefano Palmieri

IL SEGRETARIO DI STATO PER GLI AFFARI INTERNI

Valeria Ciavatta

Francia

L'istituzione del *Registre national des fiducies*

■ Décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé «Registre national des fiducies»

Le Premier ministre,
 Sur le rapport de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et du ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat,
 Vu le code civil, notamment son article 2020;
 Vu le code monétaire et financier;
 Vu le code de procédure pénale, notamment son article 28-1;
 Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés;
 Vu l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en date du 17 septembre 2009;
 Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,
 Décrète:

Article 1

Un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé «Registre national des fiducies» est mis en oeuvre par le ministre chargé du budget (direction générale des finances publiques).

Ce traitement a pour finalité de centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

Article 2

Les informations traitées sont les suivantes:

1° Nom, prénoms, adresse, date et lieu de naissance des personnes physiques ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes physiques désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires;

2° Dénomination sociale, numéro SIREN et adresse du siège social ou de l'établissement des personnes morales ayant la qualité de constituant, de fiduciaire et, le cas échéant, des personnes morales désignées dans le contrat de fiducie comme bénéficiaires;

3° Date et numéro de l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants et identification du service des impôts auprès duquel la formalité a été accomplie;

4° Le cas échéant, date d'accomplissement des formalités de la publicité foncière, numéro de publication et identification du service auprès duquel les formalités ont été accomplies.

Article 3

Les informations sont conservées dix ans après l'extinction du contrat de fiducie.

Article 4

Sont autorisés à accéder aux données mentionnées à l'article 2 les agents de la direction générale des finances publiques chargés de la mise en oeuvre du traitement individuellement désignés et spécialement habilités à cette fin.

Article 5

Sont destinataires des informations faisant l'objet du traitement, pour l'exercice des missions qui leur sont confiées, le juge d'instruction, le procureur de la République, les officiers de police judiciaire, les agents des douanes mentionnés à l'article 28-1 du code de procédure pénale, les agents du service TRACFIN et les agents habilités de la direction générale des finances publiques chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale.

Article 6

Les consultations du traitement automatisé aux fins d'accéder aux données traitées font l'objet d'un enregistrement comprenant l'identification du consultant, la date, l'heure et l'objet de la consultation. Ces informations sont conservées pendant un délai de trois ans.

Article 7

Le droit d'accès et le droit de rectification, prévus par la loi du 6 janvier 1978 susvisée, s'exercent auprès du service des impôts auprès duquel le contrat de fiducie a été enregistré.

Le droit d'opposition prévu par l'article 38 de la même loi ne s'applique pas au présent traitement.

Article 8

La ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et le ministre du budget, des comptes pu-

blics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 2 mars 2010.

François Fillon

Par le Premier ministre:

Le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, Eric Woerth

La ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, Michèle Alliot-Marie

La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Christine Lagarde

La (debita) opponibilità delle situazioni affidanti e degli affidamenti fiduciari

di **Mario Caracciolo**

Individuazione delle situazioni affidanti, rendere palese ed opponibile l'affidamento (fiduciario) che ne deriva, indubbi vantaggi per il sistema, costituiscono il punto di partenza per giungere ad un compiuto percorso che ha come meta il contratto di affidamento fiduciario (volontario ed espresso) con il quale disciplinare e perseguire tutti gli interessi che attualmente non sono utilmente perseguibili se non attraverso l'istituzione di un trust interno.

Il caso è quello di intese verbali intercorse tra un fratello e una sorella, affinché la società immobiliare di riferimento del fratello (affidante) possa, attraverso cessioni di partecipazioni da diluire in un arco di tempo predefinito, essere controllata dalla sorella (affidataria) con l'intesa inespressa che detta società rappresenti il valore patrimoniale destinato alle figlie (ora minorenni) del fratello (affidante).

Tra i due esiste effettivamente un vero e proprio rapporto simbiotico, per il quale gli stessi non hanno mai ritenuto necessario formalizzare alcuna loro intesa, né tantomeno qualora abbia avuto carattere patrimoniale, stante l'assoluta fiducia che pervade i loro rapporti.

Sembra sia incontestabile una prima evidenza: il caso ora brevemente delineato dimostra l'esistenza di una "situazione affidante" che acquista rilevanza per l'ordinamento giuridico e diviene soggetta a regole giuridiche, dunque, ciò che rileva per la nostra analisi è la fede attesa nella sorella affidataria, che rileva essere un dato ineliminabile.

L'affidamento che ne deriva è un affidamento implicito non volontario né formalizzato.

I negozi di affidamento fiduciario, gli affidamenti impliciti, gli affidamenti presunti, gli affidamenti non negoziati, gli affidamenti inerenti ad un rapporto, gli affidamenti imposti (etc...) sono innumerevo-

li ed hanno una rilevanza empirica ed una tipicità sociale vastissima e si collocano nell'area della trasparenza e della meritevolezza degli interessi da tutelare, come quest'ultima nozione è intesa in diritto italiano.

Il passaggio logico successivo è stato quello di rendere palese l'affidamento fiduciario non ricorrendo più alla simulazione negoziale o ad istituti affini, e ciò per due ordini di motivi:

1) l'indubbio vantaggio che si ottiene appalesando l'affidamento fiduciario, in termini di certezza giuridica e opponibilità del rapporto e, quindi, di tutela reale della posizione giuridica affidata;

2) l'enorme spazio giuridico che si apre non ricorrendo più alla simulazione negoziale, ma recuperando la fiducia così come la nostra millenaria cultura giuridica l'ha sempre intesa, prima delle generalizzazioni ed omologazioni che la stravolsero(1).

La tecnica redazionale seguita ha comportato la stipula di un trasferimento oneroso di partecipazioni sociali pari al 5% del capitale della società di riferimento, con il collegamento negoziale ad una clausola nella quale è stato testualmente enunciato l'affidamento fiduciario(2).

.....
Mario Caracciolo – Notaio in Padova.

Note:

(1) Il diritto civile Europeo perse il contatto con la fiducia proprio quando la omologò; secoli di civiltà giuridica furono distrutti in un solo articolo di Legge (l'inciso è di Maurizio Lupoi).

(2) Si riporta integralmente il testo dello Strumento negoziale:

Cessione di quota di società a responsabilità limitata

Tra i signori sottoscritti:

(omissis)

con la presente scrittura privata da valere ad ogni effetto di legge, premesso che:

– la società "... " è titolare di una quota di nominali Euro 9.500,00 (novemilacinquecento virgola zero zero), pari al 95% (novantacinque per cento) del capitale della società "...", con sede in ..., via ..., capitale sociale Euro 10.000,00 (diecimila virgola zero zero), codice fiscale e numero di iscrizione nel Registro delle Imprese di Treviso ..., R.E.A. N. ...;

(segue)

Il caso sopra esposto è stato risolto in quest'ottica, evidenziando un'apposita clausola nella quale l'affidataria rende esplicite le ragioni dell'affidamento.

La clausola de qua, oggetto del presente approfondimento, è stata strutturata enucleando i caratteri tipici dell'affidamento fiduciario e, precisamente:

“La signora ... (di seguito “Affidatario Fiduciario”) dichiara di aver operato l'acquisto della partecipazione pari al 5% (cinque per cento) del capitale sociale di “...”, alle condizioni di cui al presente atto, in puntuale adesione ai precetti morali del signor ... (nato a ... il ..., residente in ..., codice fiscale ...) (di seguito “Affidante”) ed in piena condivisione degli interessi sottostanti l'affidamento fiduciario che con il presente Strumento si rende manifesto.

Per “Affidamento Fiduciario” ai fini di questo Strumento e, per le intese verbali già intercorse e non formalizzate fra Affidante e Affidatario, si intende:

i) il trasferimento del diritto di piena proprietà della partecipazione del 5% (cinque per cento) del capitale sociale di “...”, nonché della partecipazione, già intestata all'Affidatario Fiduciario, dell'ulteriore 5% (cinque per cento) del capitale sociale della medesima società e, dunque, del 10% (dieci per cento) delle partecipazioni del capitale sociale di “...” (di seguito “Posizione Soggettiva”);

ii) l'Affidamento Fiduciario della Posizione Soggettiva non è indirizzato ad arricchire o a tutelare l'Affidatario Fiduciario, ma è preordinato a una diversa destinazione, meritevole di tutela ai sensi del-

Nota:

(continua nota 2)

– non è stato deliberato alcun aumento a pagamento del capitale sociale per il quale sia in corso il termine di sottoscrizione; ciò premesso e ritenuto parte integrante e sostanziale del presente atto, si conviene e stipula quanto segue:

Art. 1 - Consenso ed oggetto

La società “...”, come sopra rappresentata, cede e vende alla signora ..., che accetta ed acquista, parte della propria quota di capitale per nominali Euro 500,00 (cinquecento virgola zero zero), pari al 5% (cinque per cento) del capitale sociale della società a responsabilità limitata denominata “...”, in premessa indicata, per il prezzo di Euro 500,00 (cinquecento virgola zero zero) e, dunque, al medesimo prezzo dalla venditrice impiegato per l'acquisto della partecipazione stessa testé trasferita.

La parte cedente, come sopra rappresentata, dichiara di averlo già ricevuto prima d'ora dalla cessionaria alla quale rilascia ampia e liberatoria quietanza di saldo, dichiarando di non avere nulla a pretendere a tale titolo.

Art. 2 - Effetti della cessione

Gli effetti della presente cessione vengono riferiti - per quanto riguarda il godimento della quota ceduta - alla data odierna, pertanto da tale data il cessionario diverrà titolare di ogni diritto e ragione alla cedente spettan-

te nei confronti della società e così, in particolare, del diritto a partecipare agli utili, con effetto dall'esercizio in corso, e alla divisione del patrimonio sociale alla cessazione della società, nonché dell'obbligo di assumere gli eventuali oneri e passività, il tutto in proporzione della quota assunta.

Art. 3 - Garanzie della cessione

La parte cedente garantisce che la quota ceduta è in sua piena ed esclusiva proprietà e in libera disponibilità, liberamente trasferibile secondo lo statuto sociale, libera da diritti reali a terzi spettanti e che non è stata prima d'ora ceduta o data in pegno e che non è colpita da sequestri, pignoramenti o vincoli di sorta.

La parte cedente, come sopra rappresentata, espressamente dichiara e garantisce:

- che i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno di essi posseduta;
- non è prevista l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili;
- che il presente trasferimento non è stato eseguito in violazione delle regole organizzative previste dal vigente statuto sociale per i trasferimenti delle partecipazioni.

Art. 4 - Precisazioni

La cessionaria viene autorizzata a richiedere all'organo amministrativo l'annotamento nell'eventuale libro dei soci tenuto volontariamente dalla società, del trasferimento della quota oggetto del presente atto, dopo il deposito dello stesso presso l'ufficio del registro delle imprese.

La parte cedente, infine, si dichiara edotta del fatto che, per effetto della presente cessione, non vengono meno le eventuali garanzie prestate dalla stessa per i debiti sociali e dichiara di conoscere gli obblighi ed i divieti a cui è tenuta, a seguito del trasferimento in oggetto, anche in relazione al dovere di astenersi da eventuali attività concorrenziali.

Art. 5 - Affidamento fiduciario

La signora ... (di seguito “Affidatario Fiduciario”) dichiara di aver operato l'acquisto della partecipazione pari al 5% (cinque per cento) del capitale sociale di “...”, alle condizioni di cui al presente atto, in puntuale adesione ai precetti morali del signor ... [nato a ... il ..., residente in ..., codice fiscale ...] (di seguito “Affidante”) ed in piena condivisione degli interessi sottostanti l'affidamento fiduciario che con il presente Strumento si rende manifesto.

Per “Affidamento Fiduciario” ai fini di questo Strumento e, per le intese verbali già intercorse e non formalizzate fra Affidante e Affidatario, si intende:

i) il trasferimento del diritto di piena proprietà della partecipazione del 5% (cinque per cento) del capitale sociale di “...”, nonché della partecipazione, già intestata all'Affidatario Fiduciario, dell'ulteriore 5% (cinque per cento) del capitale sociale della medesima società e, dunque, del 10% (dieci per cento) delle partecipazioni del capitale sociale di “...” (di seguito “Posizione Soggettiva”);

ii) l'Affidamento Fiduciario della Posizione Soggettiva non è indirizzato ad arricchire o a tutelare l'Affidatario Fiduciario, ma è preordinato a una diversa destinazione, meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.: garantire nel corso del tempo alla Posizione Soggettiva affidata continuità storica di valore ed unitarietà di gestione a vantaggio dei discendenti dell'Affidante, cosicché non risentano di alcuna vicenda personale od economica che negli anni a venire possa riguardare l'Affidante stesso.

La modalità di attuazione è rimessa all'Affidatario Fiduciario che è titolare di obbligazioni fiduciarie e, dunque, di spazi di libertà e discrezionalità;

iii) la Posizione Soggettiva è nella titolarità temporanea dell'Affidatario Fiduciario che non ne trae alcun profitto o vantaggio e pur nel patrimonio dell'Affidatario non si confonde in esso: i creditori dell'Affidatario Fiduciario non possono, infatti, agire sulla medesima.

Art. 6 - Spese e trattamento dati

Le spese del presente atto e conseguenti tutte sono a carico della cessionaria.

I comparenti danno atto di aver ricevuto dal Notaio autenticante l'informativa di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 196 del 30.06.2003 (c.d. Legge Privacy) e autorizzano l'intero trattamento dei dati personali per tutti i fini inerenti e conseguenti al presente atto, nonché le comunicazioni a tutti gli uffici competenti, e la conservazione dei dati, anche oltre i termini di legge esonerando il Notaio autenticante da ogni responsabilità al riguardo e rinunziando a qualsiasi tutela del segreto professionale.

l'art. 1322 cod. civ.: garantire nel corso del tempo alla Posizione Soggettiva affidata continuità storica di valore ed unitarietà di gestione a vantaggio dei discendenti dell'Affidante, cosicché non risentano di alcuna vicenda personale od economica che negli anni a venire possa riguardare l'Affidante stesso.

La modalità di attuazione è rimessa all'Affidatario Fiduciario che è titolare di obbligazioni fiduciarie e, dunque, di spazi di libertà e discrezionalità;

iii) la Posizione Soggettiva è nella titolarità temporanea dell'Affidatario Fiduciario che non ne trae alcun profitto o vantaggio e pur nel patrimonio dell'Affidatario non si confonde in esso: i creditori dell'Affidatario Fiduciario non possono, infatti, agire sulla medesima."

In primo luogo si nota la dichiarazione unilaterale da parte dell'affidatario di agire non per proprio interesse, ma quale fiduciario riconoscendo, dunque, che l'interesse preminente dell'affidante è la condivisione del suo progetto, per il quale l'affidatario resta sempre un soggetto obbligato alla sua realizzazione.

In secondo luogo, dopo aver individuato l'oggetto dell'affidamento (la "posizione soggettiva" affidata) si è sintetizzato il programma e la sua percorribilità in termini di meritevolezza.

Si è dunque evidenziato, con l'utilizzo di poche, ma pregnanti locuzioni, come il negozio di affidamento fiduciario sia preordinato ad una destinazione (o meglio ad una eterodestinazione) a vantaggio dei discendenti dell'affidante; in concomitanza, prevedendo

i) "continuità storica di valori" e, dunque, in funzione conservativa del valore rappresentato dalla "posizione giuridica affidata";

ii) "unitarietà di gestione" e, dunque, in funzione evolutiva legata alla gerenza delle "posizioni giuridiche affidate" e, quindi, di affidamento anche nelle capacità gestorie dell'affidatario;

iii) "nessuna confusione patrimoniale" dunque insensibilità alle vicende personali dell'affidante e dell'affidatario e, quindi, in funzione liberale di protezione e tutela degli interessi sottesi all'affidamento (destinazione ai discendenti).

A tali caratteristiche corrispondono, di converso, obbligazioni fiduciarie in capo all'affidatario legate alla condivisione del progetto affidatogli per la cui attuazione egli ha spazi di discrezionalità connaturati alla sua titolarità funzionalizzata.

La clausola in commento è ovviamente di natura sintetica, in quanto lo scopo era ed è quello di evi-

denziare l'affidamento fiduciario rendendolo palese per le finalità di evidente vantaggio per il sistema nel suo complesso e per i soggetti coinvolti in termini di opponibilità, certezza e tutela del rapporto.

La disciplina dei rapporti tra affidante, affidatario e destinatari dell'affidamento dovrà più chiaramente e con caratteristiche di completezza essere successivamente affidata ad un apposito contratto (i cui caratteri sono lucidamente individuati dalla più attenta dottrina) nel quale siano più compiutamente individuati e disciplinati i rapporti che sono sorti in virtù dell'affidamento quale atto di fiducia ed, in quanto tale, necessariamente pre giuridico, reso poi negozialmente vincolante (e dunque giuridicamente esistente) con lo strumento della forma scritta con autentica notarile e, cosa di maggior interesse, reso palese ed opponibile per i terzi con la pubblicità al Registro Imprese.

Si dovranno compiutamente disciplinare le sorti della "posizione giuridica affidata" nelle contingenze di vita (morte, incapacità, rinuncia) dei soggetti destinatari, prevedendo anche le vicende relative all'affidatario e, quindi, le conseguenze relative alla sua morte, alla rinuncia all'ufficio affidatogli, alla revoca: insomma occorre prevedere una compiuta disciplina in ordine a tutti i soggetti individuati.

Il Registro delle Imprese di Treviso⁽³⁾ ha iscritto in data 14 agosto 2009 i vincoli derivanti dalla proprietà affidata.

I negozi di affidamento fiduciario presuppongono l'adesione dell'affidatario ai precetti morali sottostanti l'affidamento medesimo rispetto ai propri interessi, riproponendo l'originario fondamento della fiducia che in diritto inglese è attestato dal contenuto delle obbligazioni fiduciarie e nel diritto comune dalla clausola "non sentit commodum" e, appartenendo a fenomeni gestori, possiedono le seguenti specificità:

1) l'affidatario fiduciario è titolare di una posizione soggettiva rispetto a uno o più beni, la quale in mancanza di affidamento fiduciario sarebbe elemento del patrimonio dell'affidante o di un terzo oppure (ma ad altro titolo) dello stesso affidatario;

2) l'affidamento della posizione soggettiva non è indirizzato ad arricchire o a tutelare l'affidatario fidu-

Nota:

(3) Ed in questo senso anche il Registro delle Imprese di Padova per un caso identico con iscrizione in data 7 agosto 2009.

ciario, ma è invece preordinato ad una diversa destinazione, la cui attuazione è rimessa all'affidatario normalmente a vantaggio di terzi o dell'affidante medesimo;

3) la posizione soggettiva, pur nel patrimonio dell'affidatario non si confonde in esso e su di essa i creditori dell'affidatario non possono agire;

4) l'affidatario fiduciario non trae alcun profitto o vantaggio dalla posizione soggettiva affidatagli, sebbene possa pattuire un compenso o il rimborso delle spese;

5) l'affidatario fiduciario è dunque titolare e destinatario di obbligazioni fiduciarie connaturate a spazi di discrezionalità dei quali si avvale senza alcuna cooperazione da parte dell'affidante per l'attuazione del programma destinatorio.

Un primo passo è la tutela della fede attesa nell'affidatario.

Qualunque situazione affidante ha connaturata la fede attesa nei comportamenti dell'affidatario, ossia la fede che l'affidante attende sia la misura e la chiave ispiratrice dei comportamenti dell'affidatario (Maurizio Lupoi). È un precetto morale che diventa giuridico.

La violazione della fede attesa non può essere negata per il presunto rispetto di precetti formali che escludono la specificità delle fiducie.

Ecco dunque il ruolo della prassi ed in primo luogo del notaio: tanto più farà emergere, rendendo palesi, le situazioni affidanti, tanto più avrà concorso al riemergere di un'autentica coscienza collettiva che riconosca quale valore fondante del nostro vivere civile il rispetto e la tutela della fiducia e, dunque, il disvalore per ogni comportamento non ispirato alla tutela della posizione soggettiva affidata (e dell'agire in conflitto d'interesse).

Il riconoscimento dei trust interni ed il loro innegabile successo costituisce la breccia attraverso la quale si può affermare una coscienza collettiva volta a privilegiare il dato specifico della fiducia, rispetto al generico ricorso ad istituti innegabilmente estranei alla civile convivenza (si pensi alla costruzione classica del negozio fiduciario della tradizione giuridica pandettistica, che ha perso qualunque collegamento con la realtà di fatto).

In questa ottica è di recentissima presentazione la legge nella Repubblica di San Marino (nella quale è tutt'ora vigente il diritto comune) relativa all'affidamento fiduciario (di tipo negoziale e dunque volontario ed espresso), nella quale si enucleano:

1) il desiderio di molti operatori di operare per mezzo di concetti giuridici ben conosciuti;

2) l'inconsistenza del negozio fiduciario classico (trasferimento al fiduciario e *pactum fiduciae* aggiunto) che non protegge i beni oggetto della fiducia dalle pretese di terzi;

3) l'introduzione del meccanismo dell'autotutela;

4) l'introduzione del concetto di patrimonio destinato, dunque, insensibile alle vicende patrimoniali e successorie dell'affidatario;

5) la disciplina compiuta delle obbligazioni (fiduciarie) dell'affidatario, correttezza, buona fede e competenza professionale;

6) il disvalore assoluto dell'agire in conflitto di interessi;

7) l'introduzione di specifiche discipline in favore di soggetti deboli;

8) la possibilità dell'Autorità Giudiziaria di modificare i termini del contratto di affidamento fiduciario e la prova per testimoni senza limiti.

Tutto ciò è sintomo di una coscienza collettiva pronta a recuperare gli originari valori traditi.

È negli studi notarili che può compiersi il miracolo di trasmettere l'evidenza di tutto ciò, perché è proprio qui che qualunque attività richiesta al Notaio presuppone, se debitamente indagata, la confessione di ulteriori intenti altrettanto meritevoli di tutela: è interrogando i clienti sulle loro reali motivazioni che in molti casi emerge prepotente la richiesta di tutelare l'affidamento.

Ma non più mortificando tali esigenze con attività e risorse piegate all'esigenza di tradurre una *expressio causae* non richiesta: si devono appalesare le ragioni dell'affidamento.

L'approccio del professionista Notaio può e, per certi versi, deve essere diverso: la costante ricerca di profili di affidamento fiduciario consente la massima esplicazione della funzione notarile antiprocessuale e conciliativa diretta anche ad evitare situazioni di approfittamento dovute a disequaglianze non tutelabili con gli ordinari strumenti di diritto civile (si pensi alla sorte delle intestazioni patrimoniali fra coniugi nel momento della crisi coniugale).

Appalesando e rendendo opponibile l'affidamento fiduciario riusciremo ad attuare ciò che la più attenta dottrina propugna: il recupero di tutta la ricchezza del mondo del diritto civile, che compare prepotente qualora si studi questo mondo nella sua storia e con attenzione al dato normativo e giurisprudenziale. Difatti come insegna la stessa dottrina "i

Trust in Inghilterra trassero linfa vitale dal diritto civile continentale, tanto nei principi che nelle regole operative: non vi è motivo alcuno di ritenere che quella linfa si sia nel frattempo estinta”(4).

Individuazione, dunque, delle situazioni affidanti, rendere palese ed opponibile l'affidamento (fiduciario) che ne deriva, indubbi vantaggi per il sistema, costituiscono il punto di partenza per giungere ad un compiuto percorso che ha come meta il contratto di affidamento fiduciario (volontario ed espresso) con il quale disciplinare e perseguire tutti gli interessi che attualmente non sono utilmente perseguibili se non attraverso l'istituzione di un trust interno.

L'affermarsi di una coscienza collettiva che riconosca, i valori specifici delle fiducie e mostri di ac-

cettarne la tutela in termini di opponibilità e conoscenza, costituisce un “servizio” unico al recupero di quei precetti morali indispensabili affinché l'ordinamento riconosca l'ineludibile punto di arrivo del contratto di affidamento fiduciario volontario e, dunque, formalizzato attraverso il “percorso”, sopra tracciato, che rimette la prassi e la giurisprudenza al centro del sistema giustizia, motori dell'adeguamento giuridico.

.....
Nota:

(4) M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e dei negozi di affidamento fiduciario, Padova, 2008, p. 201.

Distribuzione di dividendi a società svizzera da società italiana partecipata tramite intestazione fiduciaria

di **Maurizio Casalini**

Scopo del presente contributo, redatto come parere professionale in risposta al quesito di seguito riportato, è di analizzare il trattamento fiscale applicabile in Italia in caso di distribuzione di dividendi da parte di società italiane verso controllanti svizzere, nonché gli adempimenti da porre in essere nell'ipotesi in cui la partecipazione sia detenuta per il tramite di una intestazione fiduciaria.

■ Il quesito

Una società svizzera detiene una partecipazione in una S.r.l. italiana per il tramite di una intestazione fiduciaria. Si vuole sapere quale sia il trattamento fiscale in Italia da riservare alla distribuzione dei dividendi da parte della S.r.l. italiana nonché gli adempimenti da porre in essere dalla fiduciaria, considerando che:

1. oggetto dell'intestazione fiduciaria è la partecipazione in una S.r.l. italiana;
2. il fiduciante è una società svizzera, soggetto passivo dei tre livelli di tassazione della Confederazione Elvetica;
3. la partecipazione è stata acquistata con atto notarile in data 17 luglio 2008;
4. la partecipazione è pari al 98% del capitale sociale;
5. il dividendo deliberato con verbale assembleare del 28 novembre 2008, è riferibile a riserve straordinarie formate da utili degli esercizi precedenti (e, quindi, 2007 e precedenti).

■ Generalità

Ai sensi dell'art. 27, I comma del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, le società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata operano una ritenuta a titolo di imposta sugli utili in qualunque forma corrisposti.

Ove il percettore degli utili di cui sopra sia un sog-

getto non residente nel territorio dello Stato, la ritenuta è operata nella seguente misura:

1. con aliquota del 27%, ai sensi del III comma, se il soggetto percipiente non detiene la partecipazione mediante una stabile organizzazione situata sul territorio dello Stato. In tal caso il percipiente ha diritto al rimborso, fino a concorrenza dei quattro noni della ritenuta, dell'imposta che dimostri di aver pagato all'estero in via definitiva sugli stessi utili mediante certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero;

2. con aliquota del 1,375%, ai sensi del comma III-ter(1), sugli utili corrisposti a società ed enti soggetti ad un'imposta sul reddito delle società negli stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, ove non inclusi in *black list*.

È inoltre prevista l'esenzione o il rimborso(2) della ritenuta versata, ai sensi dell'art. 27-bis del D.P.R.

Maurizio Casalini - Dottore commercialista in Vicenza, partner dello Studio Casalini & Zambon.

Note:

(1) Tale ritenuta, ai sensi dell'art. 1 LXVIII comma della L. 24 dicembre 2007, n. 244, si applica agli utili formati a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007. A tal fine, le società ed enti che distribuiscono i dividendi indicano in dichiarazione gli ammontari degli utili o delle riserve di utili formati a partire dall'esercizio di cui al periodo precedente e di quelli formati in altri esercizi. La rivisitazione della ritenuta ad opera del comma LXVIII appena citato è la conseguenza del deferimento dell'Italia alla Corte di Giustizia UE (cfr. com. stampa n. IP/07/66 del 22 gennaio 2007 della Commissione UE) a seguito del parere n. C(2006)2544 del 28 giugno 2006, nel quale la Commissione sosteneva che un regime fiscale più sfavorevole per gli utili pagati ad un non residente rispetto a quello vigente nei confronti dei residenti era in contrasto con il Trattato della Comunità Europea e con l'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, in quanto configgente con la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, del comunicato IP/06/1060, con cui la Commissione chiedeva, tra gli altri, all'Italia di porre fine alla tassazione discriminatoria in tal senso effettuata, e della sentenza "Denkavit" (cfr. Sent. Corte Giust. UE del 14 dicembre 2006, causa c-170/05), per applicazione di un regime tributario dei dividendi pagati a società non residenti più penalizzante di quello applicabile ai dividendi riconosciuti a società nazionali.

(2) L'istanza di rimborso deve essere presentata dal beneficiario dei dividendi all'Agenzia delle Entrate - Centro operativo di Pescara, entro il termine di decadenza di 48 mesi dalla data in cui l'imposta è stata prelevata.

29 settembre 1973, n. 600, introdotto in applicazione della Dir. 2003/123/CEE(3), nota anche come "Direttiva società Madri/Figlie", ovvero quando ricorrano i seguenti requisiti:

1. la società Madre detiene una partecipazione diretta non inferiore al 10%(4);

2. la società Madre e la società Figlia rivestono una delle forme previste nell'allegato della Dir. 435/90/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990;

3. entrambe risiedono, ai fini fiscali, in uno Stato membro dell'Unione Europea, senza essere considerate, ai sensi di una Convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi con uno Stato terzo, residenti al di fuori dell'Unione Europea;

4. entrambe sono soggette, nello Stato di residenza, senza fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, ad una delle imposte indicate nella predetta direttiva;

5. la partecipazione sia detenuta ininterrottamente "per"(5) almeno un anno.

Le disposizioni di cui all'art 27-bis, sopra menzionato, si applicano alle società madri non residenti a condizione che dimostrino di non detenere la partecipazione nella società residente che distribuisce gli utili allo scopo esclusivo o principale di beneficiare del regime in esame(6).

Le disposizioni di cui sopra vanno coordinate con eventuali accordi contro le doppie imposizioni stipulate tra il Paese in cui risiede la società che distribuisce gli utili ed il Paese di residenza del percettore.

Si precisa che detto regime risulta applicabile anche nel caso di partecipazioni intestate a società fiduciarie italiane, previa acquisizione della richiesta di non applicazione del prelievo alla fonte e della documentazione necessaria(7).

■ La disciplina applicabile al caso

Nel caso di specie la società percipiente risulta essere residente in Svizzera, Paese non appartenente all'Unione Europea e incluso per talune tipologie di società nella *black list* di cui al D.M. 21 novembre 2001(8), abrogata con L. 24 dicembre 2007, n. 244, ma che gode di un periodo di ultrattività *ex XC* comma dell'art. 1 del medesimo provvedimento, fintanto che non viene emanato il decreto che conterrà le cosiddette *white list* previste dall'art. 168-bis del Tuir.

Va, altresì, ricordato che, oltre alle norme indicate nel paragrafo precedente, risultano applicabili al caso, in presenza dei relativi presupposti, anche i seguenti accordi:

1) la Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra la Repubblica Italiana e la Confederazione Elvetica il 9 marzo 1976, ratificata in Italia con L. 23 dicembre 1978, n. 943 ed in vigore dal 27 marzo 1979, con effetto dal 1° gennaio 1974 (d'ora in avanti, "Convenzione"), che, all'articolo 10(9), prevede, a condizione che il percipiente sia il beneficiario effettivo del dividendo, l'applicazione di una ritenuta massima del 15%.

La società percipiente svizzera, inoltre, avrà diritto(10), in considerazione dell'imposta subito alla fonte, ad uno sgravio fiscale, consistente:

a) nel computo dell'imposta pagata in Italia nell'imposta svizzera afferente ai redditi di questo resi-

Note:

(3) Modificativa della Dir. 90/435/CEE e attuata in Italia con D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 49.

(4) In applicazione della Direttiva 2003/123/CE, tale aliquota è scesa dal 20% al 15% dal 1° gennaio 2007 ed al 10% dal 1° gennaio 2009.

(5) L'utilizzo della preposizione "per" ha dato e dà adito a contestazioni pienamente condivisibili. Nel precedente dettato normativo, infatti, così modificato dal D. Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, era utilizzata la preposizione "da" che non dava adito a fraintendimenti, la modifica in "per" ha generato una serie di interpelli da parte di società Madri aventi ad oggetto la richiesta di disapplicare la ritenuta dietro il rilascio di una dichiarazione in cui si sarebbero impegnate a mantenere il possesso della partecipazione per il tempo richiesto. L'Amministrazione finanziaria, con le risoluzioni 109/E del 29/07/2005 e 60/E del 19/06/2001, ha affermato che il periodo di possesso debba essere trascorso alla data di erogazione degli utili, in quanto la disapplicazione della ritenuta è alternativa alla richiesta di rimborso, il cui diritto matura solo al termine del periodo di possesso. Al riguardo si evidenzia che solo l'Amministrazione Finanziaria si è espressa con un documento di prassi, che, come vedremo meglio in seguito, non è vincolante per il contribuente. Si veda anche La Settimana Fiscale n. 24 del 15 giugno 2000.

(6) Ai sensi dell'art. 27-bis, V comma D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

(7) In tal senso, cfr. Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 37/E del 13 marzo 2006.

(8) Ai sensi dell'art. 3 del provvedimento, al pt. 13) - Svizzera, con riferimento alle società non soggette alle imposte cantonali e municipali, quali le società *holding*, ausiliarie e "di domicilio".

(9) L'art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Svizzera recita:

"1. I dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

2. Tuttavia, tali dividendi possono essere tassati nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se la persona che percepisce i dividendi ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta così applicata non può eccedere il 15 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi.

Questo paragrafo non riguarda l'imposizione della società per gli utili con i quali sono stati pagati i dividendi.

Le autorità competenti degli Stati contraenti stabiliranno di comune accordo le modalità di applicazione del presente paragrafo".

(10) Ai sensi dell'art 24, IV comma della Convenzione.

dente; la somma così computata non può, tuttavia, eccedere la frazione dell'imposta svizzera, calcolata prima del computo, corrispondente ai redditi imposti in Italia; oppure

b) in una riduzione globale dell'imposta svizzera che tenga conto dei principi generali di sgravio di cui alla lettera a) precedente; oppure

c) in una esenzione parziale dall'imposta svizzera dei redditi di cui si tratta, ma almeno in una deduzione dell'imposta pagata in Italia dall'ammontare lordo dei redditi percepiti dall'Italia.

Qualora la società percipiente svizzera non possa applicare la limitazione della ritenuta al 15%, perché soggetto escluso dalla Convenzione stessa, ai sensi del paragrafo 4(11) dell'art 10, potrà chiedere all'Amministrazione svizzera uno sgravio fiscale consistente in una deduzione dell'imposta pagata alla fonte, dall'ammontare lordo dei redditi percepiti.

La Confederazione Svizzera determina la natura dello sgravio e ne disciplina la procedura secondo le disposizioni sull'esecuzione delle convenzioni internazionali concluse dalla Confederazione per evitare i casi di doppia imposizione.

2) con effetto dal 1° luglio 2005, l'Accordo stipulato tra l'Unione Europea e la Confederazione Elvetica per l'estensione a quest'ultima di determinate direttive UE, pubblicata in GUCE del 29 dicembre 2004, che, all'art. 15, prevede l'esenzione dall'applicazione alla fonte sui dividendi se:

a) "la società madre detiene direttamente almeno il 25 per cento del capitale della società figlia per un minimo di due anni, e

b) una delle due società ha la residenza fiscale in uno Stato membro e l'altra ha la residenza fiscale in Svizzera, e

c) nessuna delle due società ha la residenza fiscale in uno Stato terzo sulla base di un accordo in materia di doppie imposizioni con tale Stato terzo, e

d) entrambe le società sono assoggettate all'imposta diretta sugli utili⁽¹²⁾ delle società senza beneficiare di esenzioni ed entrambe adottano la forma di una società di capitali".

Va, pertanto, verificato se, in deroga al dettato del III comma dell'art. 27 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 risulta applicabile uno dei regimi alternativi su elencati.

■ La verifica dell'applicabilità dei vari regimi

Per quanto attiene la disposizione di cui al com-

ma III-ter dell'art 27 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, il quale prevede una ritenuta a titolo definitivo pari al 1,375%, va verificato se le società elvetiche rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione; la norma, infatti, risulta applicabile se il soggetto percipiente è residente in uno Stato che sia membro dell'Unione Europea o aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo non incluso in *black list*. La Confederazione Elvetica non è Paese membro dell'Unione Europea e, benché abbia aderito all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, il LXIX comma della L. 24 dicembre 2007, n. 244(13) non consente l'applicazione di tale regime in quanto Paese non rientrante nella lista di cui al D.M. 4 settembre 1996. Il regime è, inoltre, applicabile, ai sensi dell'art. 1, LXVIII comma della L. 24 dicembre 2007, n. 244, agli utili formati a partire dall'esercizio successivo a quello in corso al 31 dicembre 2007(14), mentre nel caso in esame essi risultano prodotti in precedenza.

Note:

(11) L'art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Svizzera, al paragrafo 3, recita: "Le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 non si applicano nel caso in cui il beneficiario dei dividendi, residente di uno Stato contraente, esercita nell'altro Stato contraente, di cui è residente la società che paga i dividendi, sia una attività commerciale o industriale per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, ad eccezione dei cantieri di costruzione o di montaggio nel senso del paragrafo 2 lettera g) dell'articolo 5, sia una libera professione mediante una base fissa ivi situata. In tal caso, i dividendi sono imponibili in detto altro Stato contraente secondo la propria legislazione".

(12) In merito l'Agenzia delle Entrate, nella circolare n. 26/E del 21 maggio 2009, precisa che la condizione di soggetto passivo della locale imposta sui redditi delle società va interpretata come assoggettabilità di carattere generale e potenziale ad imposizione, indipendentemente dalla circostanza che vengano riconosciute delle agevolazioni comunque compatibili con la normativa comunitaria. Pertanto, si conclude, possono godere della ritenuta ridotta le società o gli enti a cui è riconosciuta una soggettività tributaria passiva, anche se non pagano imposte per effetto di particolari esenzioni oggettive collegate alla tipologia di reddito prodotto o al luogo in cui viene svolta la attività. In tal senso, cfr. E. Mignarri, Regime fiscale dei dividendi corrisposti da soggetti residenti in Italia, Il Fisco, 2009, 25, I, 4046.

(13) L'art. 1, LXIX comma della L. 24 dicembre 2007 n. 244, reca una clausola transitoria secondo cui, fino all'emanazione del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da adottarsi ai sensi del nuovo art. 168-bis TUIR (c.d. *white list*), si considerano quali Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (ovvero Stati che assicurano un effettivo scambio di informazioni) quelli indicati nella lista di cui al decreto del Ministro delle finanze del 4 settembre 1996 e successive modificazioni (Elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito in vigore con la Repubblica italiana).

(14) Con evidenti profili di contrasto con i principi comunitari e con l'orientamento della Corte di Giustizia. In tal senso, cfr. E. Mignarri, Regime fiscale dei dividendi corrisposti da soggetti residenti in Italia [supra, nota 12], 4053.

La norma, pertanto, non risulta applicabile al caso in essere.

D'altro lato, l'art. 27-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che prevede il diritto al rimborso della ritenuta o se non addirittura alla esenzione, non risulta applicabile in quanto la società percipiente non risiede ai fini fiscali, come richiede la norma, in un Paese membro della UE.

L'Accordo tra l'Unione Europea e la Confederazione Elvetica potrebbe essere applicabile al caso in esame, ferma restando la verifica documentale delle altre condizioni, se non fosse che ad oggi non risulterebbe ancora decorso l'*holding period* previsto, pari a due anni.

In merito, l'Agenzia delle Entrate, con la Risoluzione n. 93/E del 10 maggio 2007, ha precisato che le società elvetiche non devono godere di particolari regimi agevolativi consistenti nell'esenzione dei redditi da uno dei tre livelli, federale, cantonale e municipale, di tassazione e che ciò deve risultare da idonea documentazione.

A tal proposito, però, va segnalato che:

a) La lettera della norma dice che la società Madre deve detenere direttamente almeno il 25% del capitale della società Figlia "per" un minimo di 2 anni e non richiede il fatto che il periodo di detenzione debba essere già trascorso per l'applicazione della norma;

b) la suddetta norma è un'estensione alla Confederazione Elvetica della Dir. 90/435/CEE e deve essere interpretata tenendo presente la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (decisione del 17 ottobre 1996, nn. 281-282-283).

Secondo la citata sentenza, infatti, la detenzione per un periodo minimo di tempo della partecipazione di almeno il 25%, percentuale all'epoca richiesta ed attualmente ridotta al 10% in applicazione della Dir. 2003/123/CEE, non è requisito necessario per l'attribuzione della qualifica di società Madre. La Direttiva lascia, infatti, a ciascuno stato membro la facoltà di introdurre il citato requisito, che non può comunque eccedere i due anni.

Per comprendere la natura di questo eventuale limite temporale che i singoli stati possono prevedere, si deve tenere in considerazione la *ratio* della direttiva. Scopo della direttiva, infatti, è "eliminare, instaurando un regime fiscale comune, qualsiasi penalizzazione della cooperazione tra società di stati membri diversi rispetto alla cooperazione tra società di uno stesso stato membro, facilitando in tal modo la cooperazione transfrontaliera".

La *ratio* della direttiva, però, precisa la Corte di Giustizia della Comunità Europea, non legittima comunque i singoli stati ad intendere detta facoltà in senso restrittivo, ossia come possibilità di prevedere un requisito ulteriore rispetto a quelli stabiliti dalla direttiva, richiedendo, ad esempio, che detto periodo sia già trascorso al momento in cui si procede alla distribuzione di utili della società figlia.

L'interpretazione sopra esposta, ragionando a contrario, è confermata anche dalla Commissione Europea, che, nella relazione di accompagnamento della Direttiva al Consiglio, precisa "di non considerare più retroattivamente una società madre [...] qualora tale società si separi dalla sua partecipazione nel biennio dalla sua acquisizione".

Queste risultano essere affermazioni di principio della Corte, che chiariscono i criteri da seguire nell'interpretare la direttiva, precisando, con riguardo al caso in esame, che:

– "gli Stati membri non possono subordinare la concessione dell'agevolazione fiscale prevista dall'art. 5 n. 1 della Direttiva alla condizione che, al momento della distribuzione degli utili, la società capogruppo abbia detenuto una partecipazione nella consociata per il periodo minimo fissato dall'art. 3, n. 2, purché tale periodo venga in seguito osservato".

– "spetta agli Stati membri stabilire le norme intese a far rispettare tale periodo minimo in conformità alle procedure previste nel loro ordinamento interno. In ogni caso, tali stati non sono tenuti, in forza della direttiva, a concedere l'agevolazione in modo immediato quando la società capogruppo s'impegna unilateralmente a rispettare il periodo minimo di partecipazione".

Si ritiene che un simile orientamento potrebbe essere applicato per analogia anche all'accordo bilaterale tra la Svizzera e l'Unione Europea(15).

c) Che tuttavia l'Agenzia delle Entrate, con Risoluzione n. 109 del 29 luglio 2005, ha affermato che:

"Al riguardo, nella circolare 19 giugno 2001, n. 60 la scrivente ha evidenziato che l'esenzione non può essere applicata direttamente dal sostituto d'imposta italiano prima che sia trascorso il periodo di detenzione prescritto.

Nella medesima circostanza si è altresì spiegato

Nota:

(15) Sull'applicabilità dell'interpretazione analogica in ambito tributario, cfr. R. Lupi, Manuale professionale di diritto tributario, Milano, 1998, p. 37 s., F. Tesaro, Istituzioni di diritto tributario, Torino, 1991, p. 40.

come la predetta conclusione trovi conferma indiretta nella giurisprudenza della Corte di Giustizia (nella sentenza 17 ottobre 1996, causa 283/94, si afferma che gli "... Stati non sono tenuti, in forza della direttiva, a concedere l'agevolazione in modo immediato quando la società capogruppo s'impegna unilateralmente a rispettare il periodo minimo di partecipazione...").

Invero, qualora la non applicazione della ritenuta sui dividendi distribuiti venisse direttamente riconosciuta dal sostituto d'imposta sulla base di una semplice dichiarazione di voler mantenere il requisito della detenzione ininterrotta per almeno un anno della partecipazione qualificata, non sarebbe agevole vigilare a posteriori sul mantenimento dell'"impegno" assunto dal socio che ha percepito i dividendi.

Infatti, per quanto attiene il rispetto di tale impegno, il sostituto d'imposta non avrebbe alcun potere-dovere di riscontro e la stessa Amministrazione finanziaria incontrerebbe difficoltà nell'attivare controlli efficaci".

d) Che la tesi dell'Agenzia delle Entrate, che si ricorda non avere forza di legge, né tanto meno carattere vincolante né per il contribuente né per il singolo ufficio(16), non risulta condivisibile in quanto l'Amministrazione finanziaria ha la possibilità di verificare a posteriori il mantenimento dell'impegno mediante un accesso al Registro delle Imprese, ove i trasferimenti di partecipazioni in società italiane sono iscritte, o mediante un semplice accesso per verificare il libro soci della partecipata. L'Amministrazione finanziaria, inoltre, è garantita dalla diligenza che deve utilizzare il sostituto d'imposta, cioè la società che corrisponde gli utili, nello svolgimento delle sue funzioni. Si ricorda che, in caso non venga rispettato l'*holding period*, il sostituto dovrà versare, con diritto di rivalsa, la ritenuta non applicata in precedenza oltre a sanzioni ed interessi.

Nel caso in cui non si ritenesse applicabile il regime di cui all'art. 15 dell'Accordo tra l'Unione Europea e la Confederazione Elvetica, va verificata, infine, l'applicabilità del Convenzione contro le doppie imposizioni da quest'ultima stipulata con l'Italia e, quindi, l'applicazione di una ritenuta convenzionale del 15%. Quest'ultima previsione, in presenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione, in ottemperanza del principio di maggiore specialità rispetto alla norma interna contenuta nell'art. 27, III comma, risulterebbe applicabile, ex art. 169 TUIR,

salvo che il regime interno non sia più favorevole al contribuente.

■ Obblighi in tema di 770

La società emittente rilascerà una certificazione ai sensi dell'art 6, commi VI-ter e VI-quater del D.P.R. 22 luglio 1998, n. 322, entro il 28 febbraio, indicando quale soggetto beneficiario la società fiduciaria.

Conseguentemente il soggetto emittente compilerà anche il modello 770 ordinario, quadro SI ed SK, indicando al rigo 24 dell'SK5 il codice 2, pagamento di dividendi ed altri proventi equiparati a società fiduciarie o ad altri soggetti di cui all'articolo 21, II comma, del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

La società fiduciaria, da parte sua, rilascerà la medesima certificazione, indicando quale soggetto beneficiario il fiduciante.

Conseguentemente, la società fiduciaria compilerà anch'essa il modello 770 ordinario, indicando al rigo SK2 il codice E, che indica che la comunicazione è effettuata da una società fiduciaria o da altri soggetti di cui all'articolo 21, II comma, del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, per conto di una emittente residente, indicando nell'apposita sezione i dati relativi all'emittente, ed indicando al rigo SK5 il fiduciante effettivo percipiente. Se, come nel caso in esame, il fiduciante società percipiente è soggetto non residente, devono essere indicati:

- nei punti 8 e 10, la località di residenza estera ed il relativo indirizzo,
- nel punto 11, il codice dello Stato estero di residenza rilevato dall'elenco in appendice delle istruzioni del modello 770,
- al punto 12, se attribuito, il codice fiscale italiano o il codice di identificazione rilasciato dall'Autorità fiscale o da un'Autorità amministrativo,

Nota:

(16) Questo è l'orientamento oramai consolidato come affermato da varie pronunce della Corte di Cassazione. In tal senso, cfr. Cass., 9 gennaio 2009, n. 237, che conferma che "Le circolari non sono atti normativi (né tanto meno sono a essi assimilabili) e, pertanto, sono prive del potere di innovare l'ordinamento giuridico" e prosegue sull'efficacia delle circolari a fini interni precisando che "Pur producendo di norma effetti vincolanti sul piano interno (ove il vincolo discende proprio dal rapporto gerarchico tra organo emanante e destinatari), le circolari possono essere legittimamente disattese quando in "evidente" contrasto con le norme di legge", Cass. 6 agosto 2008, n. 21154, *Giust. civ. Mass.*, 2008, 1245, Cass. S.U. 2 novembre 2007, n. 23031, *Giust. civ.*, 2008, 1719, Corte Costituzionale 14 giugno 2007, n. 191, *Giur. cost.*, 2007, 3; in dottrina, tra tutti, R. Lupi, *Manuale professionale di diritto tributario [supra, nota 15]*, p. 71, A. Cazzato, *La Cassazione conferma: circolari, atti interni all'Amministrazione, Fisco Oggi*, 10 febbraio 2009.

– ai punti da 13 a 19 il codice fiscale e i dati anagrafici del legale rappresentante della società estera.

■ Conclusioni

Innanzitutto va precisato che, anche in presenza di interposizione da parte di società fiduciarie, l'obbligo di applicazione della ritenuta alla fonte ricade, ai sensi dell'art. 27 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, sulla società che corrisponde gli utili(17). Il socio percettore che intende avvalersi di regimi particolari dovrà farsi parte attiva nel richiedere alla società distributrice l'applicazione di detti regimi.

Nel caso di specie, se si ritenesse applicabile il regime di cui all'art. 15 dell'Accordo tra l'Unione Europea e la Confederazione Elvetica, per poter, quindi, usufruire dell'esenzione, la società svizzera, per il tramite della società fiduciaria deve presentare alla società formale richiesta di non applicazione della ritenuta di cui al III comma, art. 27, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, alla quale richiesta devono essere allegati i seguenti documenti (da conservare insieme alla richiesta fino a quando non siano decorsi i termini per gli accertamenti relativi al periodo d'imposta in corso alla data di pagamento dei dividendi e comunque fino a quando non siano stati definiti gli accertamenti stessi):

1. Certificato di residenza ai fini fiscali della società Madre rilasciato dalle competenti autorità fiscali svizzere e di assoggettamento all'imposta sugli utili delle società senza beneficiare di esenzioni;

2. Documento/i che attestino l'esistenza delle seguenti condizioni: a) La società Madre è una società di capitali che detiene una partecipazione non inferiore al 25% della società Figlia; b) impegno a mantenere la partecipazione, a fronte della quale percepisce il dividendo, almeno per due anni.

In alternativa, se invece si ritenesse applicabile l'art. 10 della Convenzione contro le doppie imposizioni vigente tra la Repubblica Italiana e la Confederazione Elvetica, dovranno essere prodotti i seguenti documenti utilizzabili anche nel caso di applicazione della ritenuta in misura ordinaria del 27% per chiedere successivamente il rimborso della maggior imposta rispetto a quella convenzionale:

1. domanda di rimborso parziale, che si concretizza in una certificazione degli utili corrisposti dove si evidenzia l'ammontare della ritenuta applicata o da chiedere a rimborso in base alla Convenzione;

2. una dichiarazione del percipiente che attesti il

possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalla Convenzione;

3. una attestazione dell'Amministrazione Cantonale Svizzera che confermi le dichiarazioni rilasciate dal percipiente per quanto attiene all'Amministrazione medesima.

In considerazione del fatto che la partecipazione è detenuta tramite società fiduciaria, il flusso documentale, al fine dell'applicazione della ritenuta convenzionale del 15%, deve avvenire come segue:

1. compilare il modulo composto di n. 2 esemplari – più una copia per il beneficiario – debitamente datati e sottoscritti e presentarli alla competente Autorità fiscale svizzera;

2. l'Autorità fiscale svizzera, dopo aver eseguito gli opportuni controlli ed aver apposto la richiesta attestazione, trattiene l'esemplare n. 2 e restituisce all'interessato o ad un suo rappresentante l'esemplare n. 1 nonché la copia per il beneficiario;

3. la società svizzera invierà alla fiduciaria italiana che tratterà presso di sé l'esemplare n. 2 unitamente ad una richiesta di applicazione della ritenuta convenzionale del 15%;

4. la fiduciaria italiana invierà apposita richiesta di applicazione della ritenuta convenzionale del 15%.

Nota:

(17) In tal senso, cfr. Agenzia delle Entrate, Risoluzione n. 37/E del 13 marzo 2006.

Il trust rende possibile la chiusura in tempi rapidi della liquidazione coatta amministrativa di una cooperativa agricola emiliana

di **Annapaola Tonelli** - **Marco Montefameglio**

Il ricorso al trust da parte del commissario liquidatore di una cooperativa agricola emiliana, sottoposta a liquidazione coatta amministrativa, rende possibile la chiusura della procedura in tempi rapidi e con evidente risparmio di spesa. Il trust ha infatti consentito la gestione di una somma di danaro, rappresentativa di un credito in contestazione, per il tempo necessario alla definizione del giudizio che stabilirà il soggetto avente diritto. Le peculiarità delle norme che disciplinano la fattispecie concorsuale delle cooperative agricole non si sono rivelate di ostacolo all'impiego del trust che, al contrario, si è ancora una volta dimostrato perfettamente adattabile alle procedure di definizione del dissesto d'impresa.

L'impiego del trust all'interno delle procedure concorsuali, siano esse giunte all'epilogo, siano in piena attività, appare in costante aumento, attirando l'attenzione di molteplici sezioni fallimentari italiane che seguono con crescente interesse questo strumento e le sue straordinarie potenzialità.

Tuttavia l'incertezza del trattamento tributario ha rappresentato, fino ad oggi, un comprensibile deterrente stante l'assoggettamento dell'attivo della procedura, che si volesse trasferire in proprietà al trustee del trust istituendo, all'imposta di donazione nella misura dell'8%.

Le recenti sentenze di alcune Commissioni Tributarie italiane⁽¹⁾ aprono fortunatamente uno spiraglio positivo in quanto, consapevoli della causa solutoria, o di garanzia, di simili negozi giuridici, sanciscono l'imposizione fiscale indiretta in misura fissa, dimostrando così di aver recepito ciò che da tempo va riprendendo la dottrina tributaria in materia.

In tema, allora, non resta che attendere ciò che la prassi svilupperà nei mesi a venire alla luce di tali importanti precedenti.

Si auspica infatti che siano così eliminati quegli ultimi ostacoli che impediscono il ricorso al trust che, al contrario, proprio in ambito concorsuale, si rivela come uno degli strumenti più competitivi, sia per facilitare il lavoro della curatela, sia per garantire al ceto creditorio che ogni attivo fallimentare di fatto è impiegato – e quindi concorre – al soddisfacimento dei loro diritti; compresi quei crediti che per prassi risultano spesso inesigibili o irrecuperabili, se non a fronte di oneri o sconti esorbitanti.

Fatta questa doverosa premessa, trattiamo qui di un caso recente, inedito, che ha visto l'impiego del trust all'interno di una liquidazione coatta amministrativa (ma che parimenti potrebbe adattarsi ad un fallimento) di una cooperativa agricola emiliana.

La procedura concorsuale è ormai giunta al termine e, in ragione di riparti parziali eseguiti nel tempo dal commissario liquidatore, i creditori risultano integralmente soddisfatti.

Fatto significativo ulteriore: residua un attivo per la procedura.

È noto che al termine della procedura di liquidazione coatta amministrativa la cooperativa viene cancellata dal Registro delle Imprese (art. 213, ult. co., R. D. 16 marzo 1942, n. 267 in combinato disposto con gli artt. 2495 e 2496 cod. civ.) mentre l'attivo residuo, in ragione delle tipologia specifica della

Annapaola Tonelli – *Avvocato in Bologna e Trieste.*
Marco Montefameglio – *Dottore commercialista in Bologna.*

Nota:

(1) Com. Trib. Prov. di Caserta, Sez XV, 11 luglio 2009 n. 481, in questa Rivista, 2010, 71; Com. Trib. Prov. di Treviso, Sez. I, 30 aprile 2009 n. 47 ivi, 73; Com. Trib. Prov. di Bologna, 30 ottobre 2009, ivi, 177.

cooperativa *de qua*, deve *ex lege* essere devoluto ad un ente pubblico ministeriale che chiameremo, per brevità, il fondo cooperative.

In questo scenario riveste un ruolo determinante l'esistenza di un contenzioso giudiziale pendente fra la cooperativa e l'Inps avente ad oggetto la spettanza di alcuni crediti. In particolare la causa civile risulta in pendenza dei termini per il passaggio in giudicato della sentenza di II grado con la quale, la Corte di Appello di Bologna, ha accolto la domanda della cooperativa, condannando l'Inps alle spese di causa.

L'esecutorietà di diritto delle sentenze fa sì che la procedura stia per incassare l'intero importo (composto dai crediti e dalla spese giudiziali liquidate) mentre, d'altro canto, l'Inps ha già comunicato la sua intenzione di ricorrere in Cassazione.

Questa indefinita situazione rende impossibile per il commissario liquidatore procedere alla chiusura della procedura, sebbene altra sua attività non sia in alcun modo necessaria.

Occorre allora una premessa per comprendere il perché del ricorso al trust da parte della procedura.

Quando il commissario liquidatore diede inizio alla vertenza contro l'INPS non poteva certo immaginare che l'attivo della procedura si sarebbe rivelato più che sufficiente a saldare i creditori concorsuali. Tuttavia questo sopravvenuto fatto, unitamente all'obbligo *ex lege* di far confluire al fondo cooperative ogni eventuale residuo attivo della procedura stessa, se da un canto fa venir meno l'interesse della procedura a continuare nella vertenza, certamente non elimina l'interesse dell'INPS a proseguire nell'azione.

Ne consegue che laddove la Cassazione dovesse confermare la sentenza di appello, è evidente che il credito diverrà di definitiva proprietà della procedura, ma concorrendo ad ulteriormente incrementare l'attivo già esistente, non dovrà essere suddiviso fra i creditori concorsuali, per le ragioni già dette, dovendo, al contrario, essere devoluto al fondo cooperative.

In ipotesi invece di riforma della sentenza di appello, e quindi vittoria dell'Inps, la procedura dovrà restituire il credito *medio tempore* incassato, oltre interessi e, eventualità possibile o meno, rifondere anche le spese giudiziali.

Risulta allora evidente una premessa comune ad entrambe le possibili soluzioni: la procedura, e quindi il commissario, non ha alcun concreto interesse attuale nei confronti di questa causa che tuttavia impedisce di chiudere la procedura. Il commissario, infatti, rappresenta il ceto creditorio, non certo il fon-

do cooperative che è solo un mero potenziale destinatario delle risorse che dovessero residuare alla chiusura della liquidazione.

La situazione specifica è poi ancora più complessa in quanto il commissario rappresenta la necessità (per questioni attinenti il caso di specie) di dover procedere entro una data precisa – imminente – alla chiusura della liquidazione *ex art. 213 R. D. 16 marzo 1942, n. 267*, non potendo dilazionare il termine al solo fine di attendere la definizione del contenzioso.

Si impone a questo punto una breve riflessione di natura strettamente processuale.

Il commissario liquidatore, allo stato, non ha alcun interesse a costituirsi nell'eventuale ricorso in Cassazione che dovesse fare l'Inps.

Certo non può ravvisarsi alcun interesse nella procedura all'acquisizione di un credito che non le spetta in quanto per legge già destinato ad un soggetto estraneo alla procedura.

In simile scenario, quanto meno ad avviso delle parti in causa, l'eventuale costituzione nel giudizio di Cassazione da parte del commissario potrebbe addirittura venir censurata per carenza di legittimazione e interesse ad agire.

Sulla carenza di interesse abbiamo già detto, sulla carenza di legittimazione l'eccezione è ancora più evidente: il commissario non rappresenta il fondo cooperative e quindi non potrebbe patrocinarne le ragioni contro l'Inps.

In altri termini, le sorti di questo credito sono del tutto neutre rispetto agli interessi della procedura e del ceto creditorio.

Il trust ha consentito di risolvere l'*impasse* con una soluzione davvero innovativa.

Lo scopo del trust è rappresentato evidentemente dall'interesse, se vogliamo pubblico, di concludere la procedura *ex art. 213 R. D. 16 marzo 1942, n. 267* nonostante l'esistenza di una posizione processuale che di fatto lo impedirebbe.

La strategia adottata è stata quella di chiedere all'Autorità di Vigilanza l'autorizzazione a istituire un trust ove far confluire il credito nel frattempo incassato, oltre ad un ulteriore importo, prelevato dall'attivo residuo, che a titolo cautelativo si vuole prudenzialmente vincolare per le spese relative al ricorso di legittimità, nominandone trustee il commissario liquidatore a titolo personale.

Quando la sentenza stabilirà il soggetto al quale spetta il credito in contestazione, il trustee saprà a

chi trasferire i beni in trust, nel frattempo segregati dagli effetti che il trust produce, incrementati dagli eventuali interessi legali.

Ovviamente i possibili destinatari della somma sono o l'Inps o il Fondo cooperative mentre nel frattempo la procedura sarà cessata (come di fatto sta avvenendo).

All'evidenza si è chiusa (con evidenti risparmi anche in termini di pura spesa) una liquidazione coatta amministrativa che diversamente sarebbe rimasta in essere per alcuni anni solo per ragioni tecniche, di alcuna utilità pratica.

Nella stesura pratica dell'atto istitutivo di trust, si sono dimostrate di particolare difficoltà alcune clausole che di seguito riportiamo

In primo luogo molto delicata è la clausola relativa allo scopo del trust.

Vale la pena di precisare che, mentre a parere di chi scrive, il trust sarebbe stato più opportuno fosse di scopo, al fine di eliminare le ingerenze dei beneficiari nel corso della durata, il commissario ha invece preferito un trust con beneficiari, rappresentati dal fondo cooperative e dall'Inps.

All'evidenza due posizioni beneficiarie assolutamente "contingent" destinate invece a divenire, l'una delle due, *vested* alla pubblicazione della sentenza di Cassazione.

Tuttavia tale affermazione non pare del tutto corretta in quanto, ipotizzando che la Cassazione possa riconoscere il credito all'Inps, ma ad esempio compensare le spese giudiziali, è allora evidente che in tale caso diverrebbe *vested* anche la posizione beneficiaria del fondo cooperative in relazione a quella parte del fondo in trust, che residua rispetto alla mera restituzione del credito.

Peculiari quindi le posizioni beneficiarie e come tali, assolutamente da considerare in tutte le sue possibili sfaccettature.

Tornando alla questione relativa alla finalità del trust, la medesima è stata spiegata nella premesse dell'atto istitutivo come segue:

1. il Consorzio ..., di seguito il "Consorzio", è sottoposto alla procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa ai sensi degli artt. 194 e ss. del r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (l.f.), di seguito la "Procedura";

2. con decreto del ... 2007 n. ... (che si allega, all. 2) il Ministro dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministro delle Politiche Alimen-

tari e Forestali ha nominato, in applicazione dell'art. 1, co. 9 bis, del d. l. 18 maggio 2006 n. 181, convertito con modificazioni dalla l. n. 233\2006 - come successivamente modificato dall'art. 1, co. 1076, della l. 27 dicembre 2006 n. 296 - il dr. ... quale Commissario Liquidatore Unico del Consorzio ai sensi dell'art. 198 della l.f., di seguito il "Commissario";

3. nel corso della Procedura sono stati effettuati dei riparti parziali che hanno portato all'integrale soddisfacimento di tutto il ceto creditorio e attualmente residua un attivo pari ad €...;

4. con sentenza della Corte di Appello di Bologna n. del 2009 del ... 2009, depositata in Cancelleria in data ... 2009 che si allega (all.2), in pendenza dei termini per il passaggio in giudicato che avverrà, in difetto di impugnazione in data ..., la Corte ha condannato l'INPS a corrispondere al Consorzio la somma complessiva di €... oltre interessi e spese legali come liquidate in dispositivo, di seguito il "Credito";

5. in forza della esecutività di diritto della sentenza di cui sopra la Procedura si è attivata per il recupero del Credito presso l'INPS;

6. il Credito, nel caso in cui passasse in giudicato una sentenza che ne accerti la proprietà in capo alla Procedura, costituirà, insieme all'attivo attuale, detratta ogni spesa, l'attivo della Procedura mentre, nel caso opposto, la Procedura sarà tenuta a restituire il Credito, o la diversa somma ritenuta di giustizia, all'INPS e in tal caso il Credito non farà parte dell'attivo della Procedura;

7. l'attivo della Procedura deve essere per legge devoluto a quanti fra i soggetti che, enunciati dall'art. 11 della l. 31 gennaio 1992 n. 59, saranno ritenuti dal Commissario aventi titolo alla predetta devoluzione;

8. in considerazione della spettanza dell'attivo della Procedura, e del Credito, comunque in capo a soggetti che non sono parte del ceto creditorio, non vi è l'interesse della Procedura a resistere nell'eventuale causa di impugnazione in Corte di Cassazione che l'INPS dovesse radicare contro la sentenza della Corte di Appello;

9. entro il 30 settembre 2009 il Commissario dovrà procedere, ai sensi della legge n. 23 luglio 2009 n. 99, al deposito presso l'Autorità di vigilanza dei documenti di cui all'art. 213 della l.f.;

10. il Commissario ritiene di interesse pubblico procedere alla chiusura della Procedura una volta espletati gli incombeni di cui all'art. 213 l.f. sen-

za che la medesima debba rimanere aperta solo per l'accertamento sulla spettanza del Credito;

11. il Commissario ha ritenuto che il ricorso al trust rappresenti per la Procedura la soluzione migliore e più efficace per perseguire la finalità di seguito enunciata ed ha altresì ritenuto opportuno espletare in ordine al trust la funzione di trustee a titolo di personale, e quindi non nella sua qualità di Commissario Liquidatore, ciò enunciando con delibera del n. 369 del 15 settembre 2009, che si allega (all. 3);

12. l'Autorità di Vigilanza ha espresso Parere Favorevole con delibera che si allega (all.4);

13. l'Attivo della Procedura include l'attuale somma di €... che il Commissario vincola in Trust, nominandosi Trustee a titolo personale e quindi obbligandosi a impiegarla secondo i Termini del Trust;

14. il Commissario vincola nel Trust il Credito, del quale quindi diviene trustee a titolo personale e quindi obbligandosi a impiegarlo secondo i Termini del Trust;

15. quanto ai beni di cui agli artt. 14 e 15 che precedono unitamente ai beni di cui all'Art. 7 costituiscono i Beni in Trust;

per divenire poi esplicitata formalmente nella clausola specifica sulla finalità come segue:

Art. 2 La "Finalità" del Trust

La Finalità del Trust è di rendere possibile la chiusura della procedura di Liquidazione Coatta Amministrativa per le ragioni di cui alle Premesse assicurando nel contempo che attraverso il vincolo di destinazione che per effetto del Trust viene ad imprimersi sui Beni in Trust, i medesimi siano conservati e ne sia garantita l'interezza, fino al momento in cui dovranno essere trasferiti ai Beneficiari che, secondo i Termini del Trust, ne avranno diritto.

La particolarità dei beni in trust, rappresentati dal credito incassato per effetto della sentenza di II grado, oltre all'ulteriore somma che a titolo prudenziale è stata comunque trasferita al trustee, previa autorizzazione della citata Autorità preposta, ha avuto esplicita menzione nella clausola a ciò relativa:

Art. 7 Il "Fondo in Trust". I "Beni in Trust"

A. Per "Fondo in Trust" si intendono:

1. la somma di €200.000,00= (duecentomila\00=); e

2. il Credito

che il Commissario ha vincolato in Trust, nominandosi Trustee, contestualmente alla sottoscrizione del presente Atto;

3. ogni altro bene o diritto trasferito al Trustee nella sua qualità di Trustee di questo Trust;

4. ogni reddito del Fondo in Trust che il Trustee vi accumuli;

5. ogni trasformazione, permutazione, sostituzione, incremento, surrogazione di quanto sopra;

B. ...

Nella narrativa che precede, abbiamo rappresentato l'eventualità che la sentenza definitiva possa compensare le spese di causa ovvero, criterio generale, possa comunque residuare un attivo nel trust, rispetto all'importo che i giudici di legittimità dovessero riconoscere di spettanza dell'INPS.

Tale ulteriore importo dovrà allora essere assegnato dal trustee, al fondo cooperative, e di ciò si è data menzione, prima dandone una "definizione specifica", poi prevedendo le modalità di assegnazione nella clausola a ciò dedicata:

Art. 5 Definizioni

A. Oltre alle Definizioni di cui in Premesse e a quelle rinvenibili nei Termini del Trust fra "... " valgono le ulteriori definizioni di cui al presente articolo.

B. Con "Sentenza Definitiva" si intende la sentenza di qualsiasi grado di giurisdizione che, passata in giudicato, avrà statuito in ordine al soggetto al quale spetta il Credito.

C. Con "Somma" si intende la somma che dovesse residuare al Termine Finale del Trust rispetto agli iniziali € 200.000,00= che devono essere impiegati dal Trustee secondo i Termini del Trust.

D. Con "Ente" si intende quello che, fra gli Enti indicati dall'art. 11 della L. 31 gennaio 1992 n. 59 il Commissario indicherà come quello avente titolo alla devoluzione.

Pertanto se la clausola relativa ai beneficiari genericamente prevede:

Art. 4 I "Beneficiari"

A. Sono "Beneficiari" del Trust i soggetti individuati nella Parte II di questo Atto.

B. Nessun altra persona può divenire beneficiario del Trust.

quella relativa alle rispettive posizioni beneficiarie, e agli eventuali diritti che sorgessero dalla sentenza definitiva, regolamentano le possibili situazioni che potranno verificarsi:

Parte II: I Beneficiari

Art. 9 Individuazione dei Beneficiari, loro Posizioni Beneficiarie

A. I Beneficiari del Trust sono:

1. l'Ente, fra quelli indicati dall'art. 11 della L. 31 gennaio 1992 n. 59 che il Commissario indicherà avente titolo; e

2. l'INPS

che, nel corso della Durata del Trust hanno una Posizione Beneficiaria di mera aspettativa, "contingent beneficiary".

B. La Posizione Beneficiaria dei Beneficiari si trasforma in diritto sul Fondo in Trust, "vested beneficiary", quanto:

1. all'INPS se la Sentenza Definitiva gli assegna il Credito e nella misura in cui glielo assegna e in tal caso sorge il diritto dell'Ente solo alla percezione del Credito

2. all'Ente:

a. se la Sentenza Definitiva gli assegna il Credito e nella misura in cui glielo assegna

b. se residua la Somma.

C. Il Commissario indicherà al Trustee, non appena ne sarà venuto a conoscenza qual è l'Ente, da ritenersi il Beneficiario.

D. I Beneficiari sono irrevocabili e il Trustee ha l'obbligo di dar loro informazione circa l'avvenuta istituzione del Trust in loro favore.

In questo contesto appare altresì utile riportare sia la clausola sulla durata, sia quella relativa all'assegnazione finale dei beni al termine del trust:

Art. 6 "Durata" del Trust

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui "Termine Iniziale" è ... in quanto data di istituzione del Trust

2. il cui "Termine Finale" è il giorno in cui il Trustee, dopo:

a. la Sentenza definitiva; e

b. dopo aver dato regolare corso ai trasferimenti conseguenti la Sentenza definitiva

dichiari la cessazione del Trust con atto avente la stessa forma del presente.

Art. 10 Assegnazione dei Beni In Trust in previsione dell'imminenza del Termine Finale

A. Non appena avuto notizia della Sentenza Definitiva, il Trustee, senza indugio, trasferisce il Fondo in Trust, quanto:

1. alla Somma, all'Ente

2. al Credito, al Beneficiario individuato secondo i Termini del Trust

e cura ogni adempimento necessario per rendere tali trasferimenti giuridicamente opponibili ai terzi.

B. Dopo aver dato regolare corso ai trasferimenti di cui alla lett. A che precede il Trustee dichiara la cessazione del Trust.

Obbligazioni e responsabilità del guardiano di un trust interno

di Angelo D'Alessandro

Il guardiano svolge funzioni fiduciarie nell'interesse del trust e dei beneficiari, sorvegliando il trustee nella corretta esecuzione dei dettami contenuti nelle clausole dell'atto unilaterale programmatico di istituzione del disponente, nonché della legge applicabile al trust. Spesso tale soggetto, oltre alla funzione di garanzia, coadiuva il trustee nelle scelte operative. In tale prospettiva, il guardiano può rappresentare un valore aggiunto nelle dinamiche del trust ed una risorsa da tenere in debita considerazione. In questo saggio, l'Autore si propone di approfondire più da vicino l'istituto, sotto il profilo delle obbligazioni e responsabilità.

■ Premessa

Lo sviluppo del trust ci porta a confrontarci, ad oggi, con le problematiche attuative dell'istituto, essendoci lasciati alle nostre spalle, oramai, i tempi "eroici" dei primi trust interni.

Ebbene, una tematica di rilievo legata alle dinamiche di attuazione del trust è, senza dubbio, quella relativa alle "obbligazioni e responsabilità del guardiano di un trust interno".

Com'è noto, per trust interno deve intendersi quello i cui principali elementi (disponente, trustee, beneficiari e beni) sono strettamente collegati con l'ordinamento italiano ad eccezione della legge regolatrice.

Pertanto, per effetto della legge 16 ottobre 1989, n. 364, entrata in vigore l'1 gennaio 1992, di ratifica ed esecuzione della Convenzione de L'Aja dell'1 luglio 1985, relativa alla legge applicabile ai trust ed al loro riconoscimento, il trust interno è sempre disciplinato da una legge straniera scelta o individuata dal disponente, che prevede e regola espressamente l'istituto.

Accade spesso che il lungo e meditato processo educativo/conoscitivo che porta il cliente a decidere di utilizzare il trust per il raggiungimento delle pro-

prie finalità, ha, come possibile corollario, l'invito a ricoprire l'incarico di guardiano rivolto allo stesso professionista che ha seguito quel percorso.

In questi anni, diverse riflessioni sono state condotte circa la delicatezza del ruolo e delle funzioni afferenti l'incarico, la cui matrice, come vedremo, è indubbiamente fiduciaria, considerato che, con la nomina del guardiano, il disponente fa in modo che (se stesso ovvero) una persona di sua fiducia verifichi la corretta esecuzione dei dettami contenuti nell'atto unilaterale programmatico, con il quale viene istituito un trust.

■ Nozione

La nomina del guardiano risponde all'esigenza di sorvegliare il trustee e, al tempo stesso, di aiutarlo nelle scelte operative.

In altre parole, essa serve a creare un elemento di raccordo tra il disponente – che, per effetto dell'affidamento, si è spossessato del suo patrimonio – ed il trustee – che ne è divenuto proprietario e gestore fiduciario nell'interesse dei beneficiari o per un fine determinato – allo scopo di rinforzare e proteggere il trust (da cui i termini *enforcer* e *protector* con i quali taluni ordinamenti designano il guardiano).

Tale nomina non è necessaria nel modello di trust che emerge dalla Convenzione de L'Aja: il guardiano, tradizionalmente poco usato nei trust di diritto anglosassone, ricorre spesso nel c. d. modello internazionale, nell'ambito del quale numerose leggi lo individuano come titolare di un ufficio.

La figura del guardiano è, invece, obbligatoria nei trust di scopo, dove mancano i beneficiari.

Il guardiano è normalmente nominato dal disponente, nell'atto istitutivo del trust o con atto separato indirizzato al trustee; talvolta è nominato dai beneficiari, dopo la morte o le dimissioni del (primo) guardiano.

Angelo D'Alessandro – Avvocato in Nola (NA) e in Roma.

Il saggio riproduce la relazione con modificazioni presentata al Congresso del decennale dell'Associazione "Il trust in Italia", svoltosi a Ischia il 1-3 ottobre 2009.

Occorre mettere in evidenza, però, che il guardiano non è un mandatario del disponente, né di alcun altro soggetto che sia interessato al trust: egli assume obbligazioni fiduciarie, secondo la *common law*, nel senso che non può trarre vantaggi dall'incarico.

La dottrina comparatistica ha affermato che il guardiano è "compartecipe, ma non corresponsabile, del buon esito dell'affidamento. Egli non è un trustee, né di diritto né di fatto, ma è preposto a collaborare o a vigilare affinché l'affidamento trovi il proprio felice compimento"(1).

■ Funzioni ed obbligazioni del guardiano

La tendenza dei trust interni è di attribuire al guardiano una funzione di controllo sull'attività del trustee, che si può esercitare attraverso atti dispositivi o di gestione, direttive, divieti e pareri.

In astratto, tutto ciò non pregiudica la validità del trust e non fa venir meno il principio dell'affidamento al trustee, purché i poteri attribuiti al guardiano non alterino in modo sostanziale la discrezionalità di quest'ultimo, che rimane l'unico proprietario e gestore fiduciario del trust.

Si tratta evidentemente di un aspetto assai delicato, che potrebbe anche avere ripercussioni in termini di patologia del negozio giuridico.

Sul punto, autorevole dottrina ha sottolineato come le funzioni del guardiano pongano un quesito "quantitativo": perché, se è pur vero che nulla impedisce che il trustee sia privo di discrezionalità in una certa materia (fino all'ipotesi del trust nudo), va sottolineato che, qualora le materie sottratte al trustee siano oltre un certo limite, il guardiano diverrebbe, di fatto, un trustee(2).

Occorre, perciò, la massima attenzione nel formulare la relativa clausola dell'atto istitutivo: un eccesso ingiustificato di poteri al guardiano (soprattutto quando la funzione è ricoperta dal disponente) rischierebbe di vanificare il trust, riconducendo lo strumento ad una mera interposizione fittizia ed escludendo, quindi, l'effetto segretativo con tutte le conseguenze del caso.

Ovviamente, ogni situazione va verificata in concreto.

Nel caso dei trust di scopo, ad esempio, dove la funzione di guardiano è essenziale – giacché, in mancanza di beneficiari, non vi è alcuno che possa dolersi dell'operato del trustee – appare plausibile e giustificato il potere del guardiano di intervenire in modo

penetrante per porre fine a un affidamento ritenuto non soddisfacente o, comunque, non conforme alla finalità del trust.

In ogni caso, è evidente che il guardiano non può mai divenire gestore del trust e deve necessariamente rimanere un controllore e coadiutore del trustee, anche quando è in possesso della facoltà di revocarlo.

Del resto, la rimozione del trustee non comporta la cessazione del trust, ma solo il trasferimento dell'affidamento da un soggetto a un altro.

Anzi, nel caso in cui il trustee rimosso abbia tenuto una condotta pregiudizievole per l'interesse protetto, sarà proprio il guardiano (nei trust di scopo) ad essere legittimato ad agire nell'interesse del trust.

In merito alle funzioni specifiche del guardiano, le leggi del modello internazionale si limitano ad indicare i poteri minimi, che vanno poi precisati nelle clausole dei singoli atti istitutivi di trust.

La prassi applicativa dei trust interni(3) evidenzia una vasta gamma di prerogative che possono distinguersi in:

- poteri dispositivi o gestionali;
- poteri di veto e pareri;
- poteri di dare direttive.

■ Poteri dispositivi o gestionali

I poteri dispositivi o gestionali attribuiti al guardiano sono quelli che il disponente potrebbe riservare a sé ovvero attribuire al trustee o ad altri soggetti (come ad esempio, ai beneficiari o a un terzo).

Tra i poteri dispositivi vi sono, a titolo meramente esemplificativo, quelli di:

- revocare e nominare il trustee;
- nominare e escludere dei beneficiari;
- individuare beneficiari ai quali corrispondere reddito.

Tra i poteri gestionali vi sono quelli inerenti l'amministrazione del fondo in trust, naturalmente riservata al trustee, ma, rispetto alla quale il guardiano può mantenere alcune prerogative, come ad esempio:

- la determinazione o la modificazione del compenso al trustee;

Note:

(1) M. Lupoi, *Trusts*, Milano, 2001, p. 402.

(2) M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008, p. 128.

(3) Su cui v. *amplius*, M. Lupoi, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari* [*supra*, nota 2], pp. 126-128.

- la manifestazione di un parere in relazione agli atti per i quali il trustee versi in conflitto di interesse;
- l'approvazione del rendiconto del trustee;
- la modificazione della legge regolatrice del trust;
- l'accertamento della intervenuta incapacità del trustee;
- la distribuzione anticipata del fondo in trust.

■ Potere di veto e pareri

La funzione di controllo del guardiano è esercitata tramite il potere di veto, che può giungere fino a paralizzare l'attività del trustee.

Essa si manifesta attraverso un parere preventivo obbligatorio e vincolante che può incidere sull'attività di gestione del fondo in trust da parte del trustee e, più in generale, sulla sua attività discrezionale.

Tale potere è, normalmente, previsto al cospetto di attività del trustee che possano gravemente incidere sul futuro del trust stesso: si pensi, ad esempio, alle ipotesi di alienazione di beni del fondo in trust ovvero alla nomina ed all'esclusione di beneficiari.

Sembra ragionevole che, in questi momenti topici per la vita di un trust, quei disponenti che intendano preconstituire meccanismi di massima ponderazione delle relative scelte, prevedano nell'atto istitutivo adeguati poteri di controllo tramite la figura del guardiano.

Non sempre, però, accade così.

In altri casi, si preferisce limitare l'intervento del guardiano ad un mero consulto non vincolante per il trustee, prevedendo solo l'obbligo di acquisirne il parere.

■ Direttive al trustee

Le funzioni direttive si esercitano attraverso istruzioni che il guardiano rivolge al trustee.

Anche per effetto di questo ulteriore potere, vi può essere una compressione della discrezionalità del trustee, che, per determinate attività, da individuarsi nell'atto istitutivo, è obbligato ad attenersi alle indicazioni del guardiano.

Analogamente per quanto esposto sopra, il guardiano non può, attraverso tali direttive, assurgere a gestore del trust, ma deve necessariamente rimanere un controllore e coadiutore del trustee, indirizzandolo su quegli argomenti analiticamente previsti dal disponente per esigenze particolari.

■ La responsabilità del guardiano

La fonte della responsabilità del guardiano è di carattere fiduciario ed è soggetta a regole elaborate da una vasta giurisprudenza di *common law* che, in sintesi, ha individuato i seguenti principi⁽⁴⁾:

- nell'esercizio del potere fiduciario, il guardiano deve assicurarsi di essere in possesso di tutti gli elementi per giungere ad una decisione informata;
- il potere deve essere esercitato in buona fede e in assenza di conflitto di interessi;
- la decisione deve essere conforme all'ampiezza dei poteri conferitigli dall'atto istitutivo e congruente con le finalità per le quali il potere gli è stato attribuito.

Alcune leggi del modello internazionale escludono la responsabilità del guardiano, quando l'atto che ha prodotto conseguenze dannose sia stato compiuto in buona fede.

Nell'atto istitutivo del trust può anche essere espressamente prevista una limitazione della responsabilità del guardiano, in ragione della qualità della persona e della gratuità dell'incarico.

Infatti, soprattutto nei trust di famiglia, nei quali la funzione di guardiano è spesso ricoperta gratuitamente da un soggetto privo di professionalità, è più che giustificata una limitazione di responsabilità, al pari di quanto accade nel rapporto di mandato ove, pur essendo previsto l'obbligo di eseguire l'incarico con la "diligenza del buon padre di famiglia", nel caso di mandato gratuito vi è una attenuazione della responsabilità in caso di colpa che va valutata "con minor rigore" (art. 1710, I comma, cod. civ.).

Pur ribadendo che il guardiano non è un mandatario del disponente, né di alcun altro soggetto che sia interessato al trust e che egli assume obbligazioni fiduciarie, occorre inquadrare la natura della relativa responsabilità e la conseguente disciplina sotto il profilo civilistico.

Ebbene, nascendo il ruolo stesso del guardiano da un atto di designazione (con conseguente accettazione), nell'ambito di quel negozio unitario complesso che è il trust, la natura giuridica della responsabilità in questione sembrerebbe essere contrattuale.

Tale responsabilità viene determinata da negligenza, imprudenza o imperizia nell'esecuzione del-

Nota:

(4) Su cui, ancora, si v. *amplius*, M. Lupoi, Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciarî [*supra*, nota 2], pp. 59-67.

l'incarico (rimanendo, così, nell'area della colpa) ovvero da infedeltà rispetto ai doveri fiduciari stabiliti dalla legge e dall'atto istitutivo del trust (integrando, così, gli estremi del dolo).

In concreto, la responsabilità del guardiano deriverà da un atto illecito che potrà comprendere qualsiasi azione, omissione e/o errore commessi (con colpa o dolo), nello svolgimento delle attività cui lo stesso è preposto, con conseguente obbligo di risarcire tutti i danni cagionati agli aventi diritto.

Quindi, in un'ipotetica rappresentazione contenziosa, il guardiano sarebbe il soggetto legittimato passivamente (convenuto), mentre i beneficiari (e, in alcuni casi, il trustee) i legittimati attivi (attori).

Nell'ipotesi di un trust di scopo, il disponente potrebbe mantenere, sotto certi profili, una legittimazione processuale e sostanziale attiva nei confronti del guardiano infedele.

Tuttavia, la natura della figura del guardiano potrebbe portare ad una ulteriore riflessione. Difatti, sempre all'interno della sfera della responsabilità contrattuale ed alla luce dei recenti orientamenti di matrice giurisprudenziale, sembrerebbe possibile ricondurre il tema in questione nella sfera della responsabilità, c. d. da contatto sociale, che trova il suo modello nella teoria civilistica della responsabilità per inadempimento senza obblighi di prestazione, elaborata con riferimento a fattispecie di danno di difficile inquadramento sistematico, in quanto si pongono ai confini tra contratto e torto(5).

In situazioni del genere, si ritiene che la responsabilità possa prescindere dalla sussistenza di un precedente vincolo pattizio, rivelandosi, a tal fine, sufficiente un "contatto sociale", qualificato dall'ordinamento giuridico, da cui discendano doveri specifici di protezione di determinati beni giuridici.

La responsabilità da "contatto" ha trovato particolare riconoscimento nella giurisprudenza civile con riguardo alla questione della responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nei confronti del paziente.

Questo nuovo modello di responsabilità, nascente da un'obbligazione senza prestazione, ai confini tra danno e torto, ha coinvolto anche il rapporto giuridico insegnante-alunno.

La responsabilità da contatto è stata, inoltre, ipotizzata anche in altre fattispecie quali la c. d. "responsabilità da prospetto", la "responsabilità da revisione", nelle ipotesi di intermediazione mobiliare,

nonché con riferimento alle informazioni professionali non veritiere.

Dottrina e giurisprudenza, ormai unanimi, osservano che tale disposizione, comunque, nello stabilire che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, delinea un sistema caratterizzato da una atipicità delle fonti di obbligazione tra le quali può essere collocato anche il "contatto sociale".

Si riconosce, infatti, che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto, senza che tale contatto produca ipotesi negoziali e, pur tuttavia, ad esso si ricolleghino obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

Per ciò che concerne l'istituto del trust, come già precisato, il guardiano non è un mandatario del disponente, né di alcun altro soggetto interessato al trust: egli assume obbligazioni fiduciarie secondo la *common law*, nel senso che non può trarre vantaggi dall'incarico e non potrà mai ad esempio nominare sé stesso trustee.

In altri termini, in ragione del particolare *status* che caratterizza il guardiano, questi risponderebbe per aver violato quel particolare rapporto qualificato, intercorrente con i soggetti interessati al trust, pur non agendo in qualità di mandatario.

Qualora si voglia aderire alla su accennata opzione ermeneutica, bisognerà valutare se il comportamento del guardiano in concreto possa essere ascritto a colpa o a dolo e se quel contatto intercorso con i soggetti interessati al trust, sia stato o meno violato.

Evidentemente, una volta individuata la natura giuridica contrattuale, alla relativa azione risarcitoria per danni cagionati in conseguenza di atti illeciti ascrivibili al guardiano, si applicherà il termine decennale di prescrizione, alla stregua dell'art. 2946 cod. civ.

Per completezza di indagine, va sottolineato come, in tale ipotesi, la posizione particolare del guardiano nell'ambito del trust renderebbe applicabile l'art. 2935 cod. civ. - il quale stabilisce che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto

Nota:

(5) S. Faillace, Responsabilità da contratto sociale, Padova, 2004.

to può essere fatto valere - in combinato disposto con l'art. 2941, n. 8 cod. civ., che prevede che la prescrizione rimane sospesa tra il debitore che ha dolosamente occultato l'esistenza del debito ed il creditore, finché il dolo non sia stato scoperto.

Qualora, infatti, abusando del proprio ruolo, il guardiano dovesse celare le proprie responsabilità agli occhi degli ignari beneficiari, questi ultimi potrebbero avvalersi della suddetta causa eccezionale di sospensione del termine prescrizione.

Tuttavia ai fini di un maggiore approfondimento, non essendoci ancora precedenti specifici sulla responsabilità del guardiano di un trust interno, possono essere tracciate ulteriori strade interpretative, realizzando un parallelo con negozi giuridici di diritto interno.

Com'è noto, infatti, in base alla teoria interpretativa della prevalenza o assorbimento, un giudice italiano potrebbe analizzare il rapporto sorto tra il guardiano e gli altri soggetti necessari di un trust (disponente, trustee e beneficiari) facendo ricorso all'analogia, laddove la legge regolatrice prescelta dal disponente, l'atto istitutivo o le regole elaborate dalla giurisprudenza di *common law* si rivelassero carenti ai fini dell'accertamento della dedotta responsabilità.

Nel caso che ci occupa, potrebbe apparire ragionevole il richiamo alle dinamiche dei rapporti professionali, cui si applica la disciplina generale del mandato, regolato dall'art. 2229 e ss. cod. civ.

Per venire ad un esempio pratico, la prestazione dei servizi dell'avvocato è oggetto di un contratto d'opera intellettuale tra il legale ed il cliente, spesso definito con le espressioni "contratto di patrocinio" o "contratto di clientela", che può avere ad oggetto singoli affari e questioni ovvero riguardare la consulenza per una serie di atti.

Questo accordo, che può essere redatto in forma scritta o orale, così come quello inerente il guardiano, obbliga il professionista allo svolgimento di una complessa serie di prestazioni, da individuarsi secondo le circostanze del caso concreto.

Rientra in tale tipologia il caso della consulenza prestata dal professionista in attività stragiudiziale e, sotto tale profilo, fortissima può essere la similitudine con il ruolo del guardiano.

La disciplina della relazione contrattuale tra il consulente legale ed il cliente, va inserita nella regolamentazione prevista dagli artt. 1703 e ss. cod. civ., sul contratto di mandato.

A tal proposito, la dottrina e la giurisprudenza pa-

cificamente configurano la coesistenza di due rapporti, l'uno di mandato e l'altro di prestazione d'opera professionale, sottostante il conferimento dell'incarico e costituente la fonte primaria dei rapporti tra il cliente e l'avvocato.

Così come per l'avvocato, quella del guardiano appare essere un'obbligazione di mezzi e non di risultato ed il corretto adempimento dell'incarico dovrà essere valutato, verificando l'effettivo compimento di quel complesso di attività di controllo e cooperazione con il trustee nell'interesse del trust, disciplinate dalla legge prescelta dal disponente, dall'atto istitutivo e dalle regole elaborate dalla giurisprudenza di *common law*.

In forza dell'evocato parallelismo e ad integrazione delle fonti dirette, il giudice domestico potrebbe applicare analogicamente l'art. 1710 cod. civ., in virtù del quale il mandatario è tenuto ad eseguire il mandato, con la diligenza del buon padre di famiglia ed a rendere note al mandante le circostanze che potevano determinare la revoca o la modificazione del mandato, nonché l'art. 1711 cod. civ., che obbliga il mandatario a non eccedere i limiti fissati dal mandato ed infine l'art. 1713 cod. civ., che impone al mandatario di rendere il conto del proprio operato.

Per quanto concerne il regime dell'onere della prova, la responsabilità del guardiano di un trust interno non potrà che essere valutata alla luce dell'art. 2697 cod. civ.

Sulla base delle esposte osservazioni in merito alla ipotizzata natura contrattuale della responsabilità del guardiano, il giudice italiano, in applicazione della regola di giudizio fondata sull'onere della prova, potrebbe verosimilmente aderire a quell'autorevole insegnamento contenuto nella nota sentenza n. 13533 del 30 ottobre 2001, con la quale le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno definitivamente composto il contrasto che riguardava le posizioni del debitore e del creditore in tema di onere della prova, a norma dell'art. 2697 cod. civ., relativamente ai rimedi offerti dall'art. 1453 cod. civ., nel caso di inadempimento(6).

Al riguardo, la Corte ha ritenuto di ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare, in riferimen-

Nota:

(6) Cassazione Civile, Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, Corr. giur., 2001, 1565 (Mariconda), Danno e resp., 2002, 318, Studium Juris, 2002, 389, Contratti, 2002, 113 (Carnevali), Nuova giur. civ. com., 2002, I, 349 (Meoli).

to a tutte le azioni previste dall'art. 1453 cod. civ. e cioè all'azione di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento, richiesto in via autonoma, affermando che esse hanno in comune il vincolo contrattuale, da cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente, sicché alla parte che le propone non può addossarsi altro onere che di provare l'esistenza del titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni connesse, nonché la contestazione dell'inadempimento, incombendo alla controparte, invece, l'onere della prova di avere correttamente adempiuto.

Più in particolare, in applicazione di tale autorevole arresto giurisprudenziale, quei beneficiari che intendessero agire nei confronti del guardiano per l'accertamento del suo illecito comportamento, in applicazione dell'art. 2697 cod. civ., dovrebbero provare, quali fatti costitutivi dell'azione, l'esistenza della nomina e la formale contestazione dell'inadempimento, mentre il guardiano dovrebbe dimostrare, come fatto estintivo, di aver correttamente eseguito l'incarico e di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno.

Ovviamente, qualora si dovesse accedere alla diversa interpretazione che identifica la responsabilità del guardiano come *extra* contrattuale, allora l'onere della prova dei fatti costitutivi diverrebbe maggiormente rigoroso per gli attori, che dovrebbero dimostrare la natura illecita del comportamento del professionista, il danno ed il nesso di causalità ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., mentre il regime prescrizione applicabile sarebbe quello quinquennale ex 2947, I comma, cod. civ.

■ La nomina, la revoca, la successione

Come si è detto, la nomina del primo guardiano è generalmente effettuata dal disponente nell'atto istitutivo del trust o con atto separato contestuale o successivo.

Può essere nominato guardiano chiunque: persona fisica o giuridica.

L'ufficio di guardiano può essere ricoperto anche da più persone, nel qual caso l'atto istitutivo dovrà dare indicazioni in ordine alle modalità per la nomina e la sostituzione, oltre a disporre le regole per la convocazione e stabilire il criterio per la validità delle deliberazioni.

Solo alcune leggi del modello internazionale prevedono che possano ricoprire l'ufficio di guardiano determinati soggetti professionali.

Poiché non vi sono indicazioni nelle norme del modello internazionale, è opportuno che, nell'atto istitutivo, siano previste clausole per ogni evenienza relativa all'ufficio, con particolare riferimento alle forme ed alle modalità di nomina, accettazione, revoca e successione del guardiano.

Un discorso più approfondito merita l'istituto della revoca del guardiano, che non è previsto dalle leggi del modello internazionale, né dalla dottrina inglese.

La ragione di ciò è evidente: il guardiano non è il mandatario di colui che l'ha nominato, egli ha poteri fiduciari, che deve esercitare nell'interesse dei beneficiari, e, dunque, valutando, di volta in volta, se esercitare o no il proprio potere ed esercitandolo consapevolmente in concordanza con lo scopo per il quale il potere gli è stato accordato.

La natura fiduciaria dei poteri sarà desumibile dalle clausole dell'atto istitutivo del trust: l'analisi di esse definirà il ruolo fiduciario del guardiano tutte le volte in cui i poteri conferitigli potranno essere considerati nell'interesse dei beneficiari o dello scopo del trust.

Un atto istitutivo del trust, naturalmente, ben può escludere il carattere fiduciario dell'incarico, prevedendo che il professionista agisca a proprio beneficio.

In definitiva il guardiano è normalmente un fiduciario, la cui revocabilità non potrà mai essere considerata alla stregua della revoca di un mandatario, che il mandante può effettuare per "giusta causa" o ad *nutum*.

Sul tema è di estremo interesse la pronuncia del Tribunale di Milano, Sez. VIII, del 10 luglio 2007(7), chiamato, in sede cautelare ex art. 700 cod. proc. civ., a decidere sulla validità ed efficacia della revoca del guardiano operata dal disponente nel corso della durata del trust di famiglia, effettuata mediante comunicazione indirizzata al trustee e al guardiano revocato, con contestuale nomina di nuovo guardiano in sostituzione.

Nel caso esaminato il giudice non ha potuto risolvere la questione sulla base del tenore letterale dell'atto istitutivo del trust, che esplicitamente ammetteva la revoca dei guardiani, ma non ne disciplinava

Nota:

(7) Tribunale di Milano, Sez. VIII, 10 luglio 2007, in questa Rivista, 2007, 579.

le ipotesi e neppure attraverso la clausola sulla nomina del guardiano che stabiliva che essa potesse essere "revocabile o irrevocabile", tanto meno dall'atto di nomina dei (primi) guardiani ad opera del disponente, effettuata con atto separato contestuale alla istituzione del trust, ove nulla era precisato.

Tuttavia, attraverso un'opera di ermeneutica contrattuale, il giudice ha ricostruito la volontà delle parti ed ha operato una ricostruzione della fattispecie alla stessa stregua in cui la giurisprudenza inglese analizza l'interesse di ciascuna delle parti del trust in relazione alla revoca del guardiano.

Nella specie, è stato accolto il ricorso promosso da uno dei beneficiari ed è stato inibito qualsiasi effetto alla revoca dei guardiani.

Per quanto concerne, poi, il diverso aspetto della successione del guardiano, il Tribunale di Crotone, con ordinanza del 29 settembre 2008(8), ha ritenuto nulla, in quanto contraria all'ordine pubblico, la clausola dell'atto istitutivo che rimetteva al Presidente del Tribunale la sostituzione del guardiano di un trust, poiché la clausola stessa imponeva la scelta tra due nominativi indicati dal disponente.

Conseguentemente, il ricorso presentato al Presidente del Tribunale affinché, questi provvedesse alla sostituzione del guardiano, conformemente al dettato dell'atto istitutivo del trust, è stato ritenuto inammissibile, in quanto, da un lato, manca nell'ordinamento giuridico interno una norma imperativa che legittimi un siffatto esercizio della funzione giurisdizionale rientrante nell'ambito della volontaria giurisdizione, e, dall'altro lato, perché siffatta clausola vincola illegittimamente la libertà di scelta del giudice, poiché non consente che questi possa esercitare la sua funzione di terzo estraneo garante della legalità.

Tale provvedimento rende oltremodo attuale la problematica della validità della clausola dell'atto istitutivo di un trust secondo cui i provvedimenti di nomina o revoca del guardiano dovranno o potranno essere richiesti ad un giudice diverso da quello italiano.

Una considerazione preliminare s'impone: un provvedimento giudiziale di nomina o revoca del guardiano di un trust interno, implicando l'investitura in un ufficio di diritto privato o la rimozione dallo stesso, sembrerebbe rientrare nell'ambito della volontaria giurisdizione.

In estrema sintesi, se alla soluzione positiva pare ostare il principio di tipicità dei provvedimenti di volontaria giurisdizione, a favore di essa si potrebbe so-

stenere che, essendo questo aspetto del trust disciplinato, secondo la Convenzione de L'Aja, dalla legge regolatrice del trust, l'avvenuta ratifica di essa ha determinato l'introduzione in Italia di queste nuove ipotesi di provvedimenti di volontaria giurisdizione.

Si pone poi la questione se sia possibile che l'atto istitutivo demandi l'emissione di un provvedimento siffatto ad un giudice straniero.

La risposta negativa sembrerebbe preferibile, non essendo possibile, in applicazione dell'art. 28 cod. proc. civ., radicare la competenza ad emettere provvedimenti di volontaria giurisdizione in un luogo diverso da quello in cui sono ubicati gli interessi da proteggere (nel nostro caso: l'Italia, trattandosi di trust interni).

■ Conclusioni

In definitiva, il guardiano va considerato come un'importante risorsa, potendo sicuramente attribuire un valore aggiunto all'istituto, sia sotto il profilo dell'attenzione alla scrupolosa esecuzione del programma del disponente, che della collaborazione operativa con il trustee.

Per la sua natura proteiforme, il trust può regolamentare con flessibilità rapporti familiari, trapassi generazionali, assetti societari, accordi commerciali, investimenti pubblici e privati, opere filantropiche e quant'altro.

A tali rilevanti interessi, il guardiano, quale fiduciario e compartecipe del buon esito dell'affidamento, può contribuire in modo significativo.

Nota:

(8) Tribunale di Crotone, 29 settembre 2008, in questa Rivista, 2009, 37.

Italia

Trust di scopo a vantaggio di un fallimento

■ Atto notarile 22 marzo 2010

ATTO ISTITUTIVO DI TRUST AUTODICHIARATO

REPUBBLICA ITALIANA

L'anno duemiladieci
il giorno ventidue del mese di marzo
22/03/2010

In Budrio, Viale Beroaldi n. 29.

Davanti a me Dott. ROBERTA ZANIBONI, Notaio iscritto al Collegio Notarile di Bologna, con sede in Budrio,

sono presenti i signori:

- B. S., nato a ... il ... ed ivi residente in Via ..., Codice Fiscale dichiarato: ..., il quale dichiara di essere celibe, di seguito indicato anche come "Disponente";

- BARALDI CRISTINA, nata a ... il ..., residente in ..., Via ..., Codice Fiscale dichiarato: ..., la quale interviene al presente atto non in proprio, ma quale curatore del fallimento della società "Aer TECNICA Commerciale S.a.s di I. B. & C." e del socio illimitatamente responsabile B. I., come meglio infra indicato, di seguito indicata anche come "curatore fallimentare"; copia autentica della sentenza di fallimento contenente la nomina del curatore si allega al presente atto sotto la lettera "A", per formarne parte integrante e sostanziale;

- T. avv. A., nata a ... il ..., residente in ..., Via ..., Codice Fiscale dichiarato: ...;

comparenti della cui identità personale io Notaio sono certo.

Premesso

- che in data 22 luglio 2008, con atto di compravendita a ministero del dott. Iacopo Bersani, notaio in Bologna, Rep n. ..., registrato all'agenzia delle Entrate - Ufficio di Bologna 4 - il ... al n. ..., Serie ... (di seguito il "Rogito"), il signor B. S. ha acquistato dal signor B. I. (nato a ... il ..., residente in ... Via ..., ...), la quota di 1/2 (un mezzo) di proprietà indivisa su porzione di fabbricato urbano sito in Comune di ..., Via ..., costituita da un appartamento posto al piano primo, con annessa cantina di pertinenza distinto al CATASTO FABBRICATI del COMU-

NE DI ... al FOGLIO ..., Particella ..., sub. ..., meglio infra descritto, di seguito l'"Immobile";

- che all'art. 6 del "Rogito" è stata stabilita la data del 31 (trentuno) dicembre 2010 (duemiladieci) per il pagamento del prezzo di vendita dell'Immobile pari ad Euro 100.000,00 (centomila virgola zero zero), di seguito il "Saldo Dovuto";

- che con sentenza n. 6 del 19 gennaio 2010, depositata in Cancelleria il 20 gennaio 2010, Cron. n. 260, Rep. n. 65/E, come sopra allegata al presente atto sotto la lett. "A", il Tribunale di Bologna ha dichiarato il fallimento della società "Aer TECNICA Commerciale S.a.s di I. B. & C." (con sede in Crespellano, Codice fiscale e numero di iscrizione al Registro delle Imprese di Bologna: 02126150370) e del socio illimitatamente responsabile signor B. I. sopra indicato (di seguito la "Procedura Fallimentare"), nominando giudice delegato il dott. MAURIZIO ATZORI e Curatore la rag. CRISTINA BARALDI sopra costituita, con studio in ..., Via ...;

- che con raccomandata A.R. del 25 gennaio 2010 il Curatore ha diffidato il signor S. B. dall'effettuare pagamenti se non alla Procedura Fallimentare;

- che con raccomandata in risposta del 23 febbraio 2010 il signor S. B. ha informato il Curatore della sua volontà di procedere alla vendita dell'Immobile per poter onorare il pagamento alla Procedura Fallimentare alla scadenza pattuita;

- che con istanza al Giudice Delegato della Procedura Fallimentare, dott. Maurizio Atzori, in data 25 febbraio 2010, il Curatore ha rappresentato il concreto rischio di non incassare il Saldo Dovuto nel caso in cui il prezzo di vendita non sia rimesso a mani della curatela. Il Curatore ha quindi prospettato al Giudice Delegato l'ipotesi di procedere al sequestro dell'Immobile, evidenziando però come tale rimedio avrebbe di fatto ostacolato la libera commerciabilità del bene che è invece obiettivo primario per la Procedura ovvero ha suggerito l'istituzione di un trust autodichiarato con vincolo di destinazione ex art.

Il decreto del giudice delegato della procedura fallimentare del 2 marzo 2010 che ha autorizzato l'istituzione del trust può leggersi *supra*, 267.

2645 ter c.c. sull'Immobile, per garantire il pagamento del Saldo Dovuto alla Procedura Fallimentare, previo necessario consenso da parte del signor S. B., chiedendo pertanto di essere autorizzata a proporre al signor S. B. di apporre un vincolo di destinazione per mezzo di un trust autodichiarato e di nominare quale legale della Procedura l'avv. A. T.;

- che il Giudice Delegato, con decreto del 2 marzo 2010, ha autorizzato il Curatore a formalizzare al signor S. B. la proposta di istituire un trust autodichiarato con vincolo di destinazione in favore della Procedura Fallimentare, nominando a tal fine l'avv. A. T., con studio in ..., quale legale della procedura per la redazione di tale trust; copia autentica dell'istanza e della relativa autorizzazione si allegano in unico corpo al presente atto sotto la lettera "B", per formarne parte integrante e sostanziale;

- che il signor B. S., informato dal Curatore sul contenuto del decreto del Giudice Delegato, ha acconsentito ad istituire un trust autodichiarato sull'Immobile con vincolo di destinazione in favore della Procedura Fallimentare;

- che al riconoscimento del trust istituito con la presente Dichiarazione di Trust si applicano le disposizioni della Convenzione de L'Aja del 1° luglio 1985, ratificata dallo Stato italiano con legge 16 ottobre 1989 n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992, salve disposizioni di maggior favore;

- che ogni trascrizione immobiliare del vincolo nascente da questo Trust e dai trasferimenti al Trustee avrà quanto meno gli effetti di cui all'art. 2645-ter cod. civ.

Tutto ciò premesso e considerato parte integrante e sostanziale del presente atto, il signor B. S.

ATTESTA QUANTO SEGUE

PARTE I) - DATI DI BASE

Art. 1 - "Trust". Denominazione, irrevocabilità

A) Il termine "Trust" individua il trust inteso quale rapporto giuridico che nasce da questo Atto.

B. Il Trust è:

1. di "Scopo";
2. irrevocabile;
3. identificato per mezzo della denominazione "Trust di garanzia per il Fallimento Aertecnica Sas".

Art. 2 - Il "Trustee", la sua successione

A) "Trustee" del Trust è il Disponente.

B) Il Trustee può essere revocato solo dal Curatore che provvede alla nomina contestuale del suo successore. In tale ipotesi, fin d'ora, il signor S. B. si obbliga a trasferire la proprietà del Fondo in Trust al trustee nominando, al quale si applicherà quanto previsto nella Parte IV del presente atto.

Art. 3 - Il "Fondo in Trust", i "Beni in Trust"

A. Per "Fondo in Trust" si intende:

1) l'"Immobile" vincolato dal Disponente nel Trust per il perseguimento dello Scopo, di cui alla seguente descrizione:

- porzione di fabbricato urbano sito in Comune di ..., Via ... (catastalmente ...) costituita da un appartamento posto al piano primo, con annessa cantina di pertinenza al piano terra del medesimo fabbricato; in confine con: Via ..., beni ... o già tali e parti comuni, salvi altri e più precisi confini. Il tutto così distinto:

(omissis)

2) ogni reddito del Fondo in Trust che il Trustee vi accumuli.

Nessun altro bene o diritto può essere ricompreso nel Fondo in Trust senza il consenso del Curatore.

B. Per "Beni in Trust" si intendono:

- 1) ogni bene e diritto incluso nel Fondo in Trust;
- 2) i frutti e le utilità da essi derivate.

C. I Beni in Trust sono separati dal patrimonio proprio del Trustee, non sono aggredibili dai suoi creditori personali, non fanno parte di alcun regime patrimoniale nascente dal suo matrimonio, da convenzioni matrimoniali o altre convenzioni di sorta, non formano oggetto della sua successione ereditaria e non fanno parte del suo eventuale fallimento.

Art. 4 - Lo "Scopo" del Trust

A. Il Trust persegue uno scopo di garanzia in quanto finalizzato ad assicurare alla Procedura Fallimentare l'incasso del Saldo Dovuto.

Per conseguire lo Scopo il Disponente imprime sul Fondo in Trust un vincolo di destinazione tale per cui l'"Immobile" - come sopra descritto all'art. 3 - nel corso della Durata del Trust, non può essere oggetto di nessun negozio giuridico a titolo di godimento e può invece essere trasferito dal Trustee a terzi, con effetti reali, a qualsiasi titolo, nel solo caso in cui la controprestazione del cessionario sia rappresentata, almeno, dal pagamento di una somma pari ad Euro 100.000,00 (centomila virgola zero zero) - al netto di qualsiasi imposta, tassa di legge o onorario professionale - che deve essere rimessa fino a totale concorrenza, anche per gli eventuali acconti e/o caparre "medio tempore" corrisposti, nelle sole mani del Curatore con le modalità e termini enunciati nella Parte III di questo Atto.

Art. 5 - Il "Guardiano", la sua successione

A. "Guardiano" del Trust è il Curatore della Procedura pro tempore in carica; attualmente "Guardiano" è la rag. BARALDI CRISTINA, come sopra costituita, che accetta.

L'avv. A. T. fin da ora accetta di ricoprire l'ufficio di Guardiano a seguito di qualsiasi evento che renda impossibile la copertura di tale ufficio da parte del Curatore.

B. L'ufficio di Guardiano:

1. non può mai rimanere vacante durante la vigenza del Trust a pena di nullità;

2. è gratuito;

C. Il Guardiano può essere revocato solo dal Giudice Delegato, che provvede alla nomina contestuale del suo successore.

Art. 6 - La "Durata del Trust"

A. Per "Durata del Trust" si intende il periodo:

1. il cui "Termine Iniziale" è la data di sottoscrizione del presente Atto da parte del Disponente e del Guardiano;

2. il cui "Termine Finale" è:

a) il giorno in cui il Guardiano dichiara intervenuta la cessazione del Trust per la ricorrenza di uno fra i seguenti "Eventi":

1. la Procedura Fallimentare ha incassato il Saldo Dovuto;

2. lo Scopo del Trust non è più di interesse della Procedura Fallimentare;

b) in ogni caso, il giorno della chiusura della Procedura Fallimentare.

PARTE II) - DISPOSIZIONI GENERALI

Art. 7 - La "Legge regolatrice"

A. Il Trust è regolato dalla Legge di Jersey, Isole del Canale.

B. Le obbligazioni e la responsabilità del Trustee sono disciplinate cumulativamente dalla legge italiana e dalla Legge regolatrice.

C. La validità, l'efficacia e l'opponibilità degli atti del Trustee posti in essere in Italia o riguardanti beni immobili siti in Italia sono regolati dalla legge italiana.

D. Qualsiasi azione contro il Trustee deve essere regolata dalla legge italiana.

E. Per l'applicazione della legge italiana, il Trustee è considerato quale gestore di beni che sono in sua piena ed esclusiva proprietà dal punto di vista della titolarità del relativo diritto dominicale, sebbene l'esercizio di tale diritto sia destinato esclusivamente a soddisfare lo Scopo.

F. Il Guardiano può in qualsiasi momento sostituire la legge regolatrice con altra legge rispetto alla quale siano validi sia il Trust, sia le sue principali disposizioni. In tale circostanza il Guardiano ha il potere di modificare conseguentemente le disposizioni di questo Trust.

Art. 8 - Giurisdizione

A. Ogni controversia relativa al Trust, Trustee o all'amministrazione del Fondo in Trust è obbligatoriamente ed esclusivamente sottoposta alla magistratura italiana, Foro esclusivo di Bologna.

B. Ogni procedimento finalizzato a far pronunciare all'Autorità Giudiziaria la nomina del trustee o ad impartire direttive e prescrizioni è proposto esclusivamente dinanzi alla magistratura italiana, Foro esclusivo di Bologna.

Art. 9 - Forma delle comunicazioni e degli atti

A. Ogni comunicazione avente titolo dal Trust deve avere la forma scritta e recare prova dell'avvenuta ricezione, anche a mezzo fax o E-mail.

B. La revoca del Trustee e la nomina del suo successore possono avere la forma del plico raccomandato.

C. L'accettazione del trustee che succeda a quello in carica deve avere la forma necessaria a consentire il contestuale trasferimento del Fondo in Trust in suo favore.

D. Ogni modifica al Trust e la dichiarazione di intervenuta cessazione del Trust deve avere la forma di atto pubblico o della scrittura privata autenticata.

E. Gli atti rimessi al Giudice Delegato o all'Autorità Giudiziaria seguono le forme di rito.

F. Le forme suddette possono sempre essere semplificate dal Guardiano, salvo il rispetto delle forme obbligatoriamente previste dalla legge.

Art. 10 - Modifiche del Trust

A. Il Guardiano può modificare in qualsiasi momento le disposizioni del Trust, nel rispetto dello Scopo.

Art. 11 - Definizioni

A. I sostantivi riportati fra "..." con lettera maiuscola sono una "Definizione" che fornisce l'interpretazione da attribuire al relativo sostantivo ai fini del Trust.

B. Con "Terzi" si intende qualsiasi persona fisica o giuridica diversa dal Trustee, dal Guardiano e dal Giudice Delegato.

C. Con "Avente Causa" si intende chiunque concluda contratti con il Trustee aventi ad oggetto il trasferimento dell'Immobile.

Art. 12 - Natura pubblica del Trust, limiti

A. Tutte le informazioni relative al Trust reperibili nei Pubblici Registri Immobiliari o nel fascicolo della Procedura Fallimentare depositato presso la cancelleria del Tribunale di Bologna sono pubbliche.

B. I Terzi possono chiedere informazioni relative al Trust diverse da quelle suddette solo al Guardiano che decide discrezionalmente.

**PARTE III) - Il Fondo in Trust:
attuazione dello Scopo***Art. 13 - Diritti del Curatore*

A. Il Trustee è obbligato a far comparire il Curatore all'atto della sottoscrizione di qualsivoglia contratto avente ad oggetto l'Immobile, anche se preliminare, qualora sia prevista la corresponsione di somme da parte dell'Avente Causa. In tale caso ogni somma deve essere obbligatoriamente rimessa dall'Avente Causa a mani del Curatore, fino alla concorrenza dell'importo di Euro 100.000,00 (centomila virgola zero zero).

B. La comparizione del Curatore ai sensi del comma precedente è finalizzata solo a consentire l'incasso del Saldo Dovuto, o di suoi "Acconti" e/o "Caparre", a mani del predetto sicché l'intervento del Curatore in tali atti deve intendersi esclusivamente a titolo di quietanza delle somme ricevute.

Art. 14 - La fase delle trattative, la conclusione del contratto

A. Il Curatore:

1. non è parte attiva nelle trattative avente ad oggetto l'Immobile che dovessero svolgersi fra il Trustee e il suo Avente Causa;

2. non sottoscrive alcun contratto avente ad oggetto l'Immobile a titolo di accettazione o conferma delle clausole a ciò relative, rimanendo la definizione delle stesse esclusivamente rimessa alla libera discrezione del Trustee e dell'Avente Causa.

B. Il Trustee può liberamente determinare:

1. il prezzo della cessione dell'Immobile, purché superiore ad Euro 100.000,00 (centomila virgola zero zero);

2. le modalità da seguire per reperire il cessionario.

C. Il Trustee deve obbligatoriamente richiedere il consenso del Guardiano, prima di accettare qualsiasi proposta formulata dal suo Avente Causa, se ricorrono:

1. termini di pagamento con scadenza successiva al 31 (trentuno) dicembre 2010 (duemiladieci);

2. modalità di pagamento non adeguatamente supportate da garanzie reali o personali;

il rifiuto del Guardiano obbliga il Trustee alla rinegoziazione o al reperimento di altro Avente causa.

Art. 15 - Responsabilità dell'Avente Causa

A. Il vincolo di destinazione che sorge per effetto del presente trust autodichiarato è trascritto nella Conservatoria dei Pubblici Registri Immobiliari di Bologna al fine di renderlo conoscibile e opponibile ai Terzi che a qualsiasi titolo dovessero contrattare con il signor S. B.

B. L'Avente Causa che consegna somme di danaro al si-

gnor S. B. in difformità alle condizioni e termini previsti da questo Trust diviene personalmente responsabile nei confronti della Procedura Fallimentare alla quale sarà tenuto a restituire l'equivalente della somma pagata per il trasferimento e non versata al Curatore.

Art. 16 - Esonero di responsabilità da parte del signor S. B.

A. Con il presente atto non viene effettuato alcun trasferimento di proprietà o altri diritti reali, conseguentemente il signor B. S. è l'esclusivo proprietario dell'"Immobile" in oggetto e tale rimane anche a seguito del presente atto istitutivo di trust autodichiarato, sicché il medesimo signor B. S. sarà ad ogni effetto di legge il solo dante causa dell'"Avente Causa".

B. Stante quanto sopra dichiarato alla precedente lettera "A", il signor B. S. dichiara e riconosce per sé e propri aventi causa che il Curatore non potrà mai in alcun modo essere ritenuto responsabile di eventuali difformità dell'Immobile rispetto alle risultanze dello stesso come emergenti da qualsiasi ispezione, visura, applicazione di legge anche locale, regolamento, piano regolatore o altro che dovesse accertare l'Avente Causa prima o dopo il perfezionamento del contratto di trasferimento dell'Immobile da parte del signor S. B., che ne sarà unico responsabile a tutti gli effetti.

C. In ragione di quanto al comma che precede, il signor S. B. fin d'ora manleva la Procedura Fallimentare e il Curatore da qualsiasi responsabilità derivante da eventuali difformità o abusi edilizi, impianti non conformi alla normativa vigente o non funzionanti, responsabilità per imposte e contributi erariali o comunali non pagate, arretrati per contributi condominiali, oneri e spese necessari per il conseguimento dell'agibilità dell'Immobile, garanzie per vizi, anche occulti, e per evizione, garanzie sulla libera cedibilità dell'Immobile, imposte, sovrattasse ed oneri conseguenti all'eventuale decadenza da agevolazioni fiscali e comunque presta le più ampie garanzie di tenere indenne la Procedura Fallimentare e il Curatore da ogni spesa o danno relativi o conseguenti alla titolarità dell'immobile, essendo egli, come più volte indicato, l'unico ed esclusivo attuale proprietario dell'"Immobile".

Art. 17 - Diritto residuo sul Fondo in Trust da parte del signor S. B.

A. Il signor S. B. ha diritto di percepire la somma che eventualmente residui dal trasferimento dell'Immobile dopo l'incasso del Saldo Dovuto da parte del Curatore.

B. Fintanto che il signor S. B. sarà Trustee, l'incasso del residuo di sua spettanza sarà a sua esclusiva cura e onere non potendo mai egli, a nessun titolo, rivalersi sulla Procedura Fallimentare o onerare la stessa di adempimenti di sorta.

Art. 18 - Diritti del signor S. B. in caso di sua revoca dall'ufficio di Trustee

A. Il Trustee che nel corso della Durata del Trust dovesse sostituire il signor S. B. ha il dovere di:

- 1) chiedere il suo consenso prima di accettare il prezzo che ha spuntato per il trasferimento dell'Immobile;
- 2) nel caso in cui il signor S. B. rifiuti, porlo in vendita al prezzo richiesto dal medesimo per un tempo non superiore ad ulteriori 6 (sei) mesi;
- 3) allo spirare infruttuoso di tale termine, rimettere la determinazione del prezzo minimo di vendita ad un Perito, scelto a sua discrezione fra quanti iscritti nell'elenco dei Periti depositato presso la cancelleria del Tribunale di Bologna e, conseguentemente, mettere in vendita l'Immobile a tale prezzo minimo;
- 4) fare tutto quanto è necessario per corrispondere il prima possibile al signor S. B. quanto di sua eventuale spettanza residua.

Art. 19 - Dichiarazione di attuazione dello Scopo

A. Incassato il Saldo Dovuto, il Guardiano dichiara:

- 1) che lo Scopo del Trust è stato conseguito e
- 2) la cessazione del Trust.

PARTE IV) - IL TRUSTEE

Art. 20 - Posizione del Trustee rispetto ai Beni in Trust

A. I Beni in Trust sono in piena proprietà del Trustee affinché egli se ne avvalga e li impieghi secondo lo Scopo del Trust.

B. Nell'esercizio di qualunque sua funzione, il Trustee gode di tutti i poteri e facoltà del pieno proprietario, fermi i limiti enunciati in questo Atto.

C. Il Trustee:

- 1) ha capacità processuale attiva e passiva rispetto ai Beni in Trust, che esercita previa autorizzazione del Guardiano;
- 2) può comparire nella sua qualità innanzi a notai o pubbliche autorità;
- 3) può rivolgersi al Guardiano in qualsiasi momento per ottenere prescrizioni o direttive.

Art. 21 - Limiti ai poteri gestionali del Trustee

A. Il Trustee non può concedere l'Immobile a titolo di godimento ad alcuno, salvo le persone che lo abitano sin da prima l'istituzione del Trust.

B. Il Trustee deve:

- 1) mantenere regolarmente l'Immobile a proprie spese, che non sono mai, a nessun titolo, imputabili al Fondo in Trust o alla Procedura Fallimentare;
- 2) mettere senza indugio in vendita l'Immobile, rela-

zionando il Guardiano ogni volta gliene facesse richiesta;

- 3) conformarsi a ogni veto o direttiva del Guardiano.

Art. 22 - Segregazione, custodia, mandati

A. Il Trustee custodisce i Beni in Trust e ne tutela la consistenza fisica, il titolo di appartenenza e il possesso.

B. Il Trustee tiene i Beni in Trust separati dai propri e da qualunque altro bene del quale sia trustee, beneficiario o che detenga ad altro titolo giudico e distintamente identificabili.

Inoltre:

- 1) cura ogni adempimento necessario per rendere opponibile ai terzi il suo titolo di proprietà, nella sua qualità di Trustee del Trust, sui beni mobili facenti parte del Fondo in Trust;
- 2) quando si tratta di beni iscritti in registri pubblici o privati, il Trustee ne richiede l'iscrizione al proprio nome in qualità di trustee o in ogni altro modo che palesi l'esistenza del trust e il suo Scopo;
- 3) ogni conto bancario e ogni contratto stipulato dal Trustee sono al nome del Trustee nella sua qualità di Trustee o in altro che palesi l'esistenza del Trust e ogni somma è depositata su conti allo stesso intestati in qualità di Trustee del trust.

C. Il Guardiano può chiedere all'Autorità Giudiziaria di accertare che determinati beni o diritti sono inclusi fra i Beni in Trust.

Art. 23 - Il "Libro degli Eventi"

A. Il Trustee istituisce, mantiene ed aggiorna il Libro degli Eventi vidimato in data odierna dal medesimo notaio a ministero del quale viene istituito il presente Trust.

B. Il Trustee annota nel Libro degli Eventi:

- 1) ogni avvenimento che il Trust preveda di annotare;
- 2) ogni altro evento di cui ritenga opportuno conservare memoria;
- 3) gli estremi e il contenuto degli atti per i quali è prevista la forma autentica o la forma scritta e di essi il Trustee conserva una raccolta completa.

C. Il Trustee esibisce il Libro degli Eventi al Guardiano non appena gliene faccia richiesta e può farsi aiutare dal medesimo per la sua tenuta.

D. Chiunque:

- 1) contragga con il Trustee;
 - 2) entri in contatto con il Trustee per una legittima ragione o titolo;
- è legittimato a fare pieno affidamento sulle risultanze del Libro degli Eventi.

Art. 24 - "Compenso del Trustee"

A. L'ufficio di Trustee è gratuito;

B. Ogni spesa sostenuta dal Trustee per l'esercizio del

suo ufficio è personalmente a suo carico e non può mai essere imputata al Fondo in Trust o alla Procedura Fallimentare.

Art. 25 - "Rendiconto"

A. Il Trustee mantiene una contabilità accurata e la documentazione di ogni operazione, avvalendosi del supporto esclusivo del Guardiano.

Art. 26 - Conflitto di interessi

A. Il Trustee non può direttamente, indirettamente, né per interposta persona ritrarre alcun vantaggio dal suo ufficio, salvo le previsioni in suo favore previste nel Trust.

B. In caso di conflitto di interessi, come inteso dalla legge regolatrice del Trust, il Trustee può procedere all'operazione in conflitto qualora il Guardiano lo abbia previamente autorizzato.

Art. 27 - Responsabilità del Trustee

A. Il Trustee che venga ritenuto responsabile per violazione del presente Trust risponde esclusivamente con il suo personale patrimonio ai sensi dell'art. 2740 cc. sia nei confronti della Procedura Fallimentare, sia verso i Terzi a qualunque titolo.

B. In qualunque operazione posta in essere il Trustee deve informare l'altra parte interessata dell'esistenza del Trust e che sta agendo quale Trustee.

C. Il Trustee non è responsabile per le azioni che abbia intrapreso in conformità al parere reso dal Guardiano.

Art. 28 - Trasferimento dei Beni in Trust in caso di mutamento dell'ufficio di Trustee

A. Il signor S. B., in caso di cessazione dall'ufficio di Trustee del Trust per qualsiasi titolo, perde ogni diritto sui Beni in Trust e deve:

1) porre in essere senza indugio ogni comportamento necessario per consentire al nuovo Trustee di esercitare i diritti del Trustee sui Beni in Trust, ivi compreso l'obbligo di intervenire all'atto formale di trasferimento del Fondo al Trustee che gli succeda;

2) consegnare al nuovo Trustee i Beni in Trust, il "Libro degli Eventi" e ogni documento riguardante il Trust;

3) fornire al nuovo Trustee ogni informazione e ragguaglio che lo metta in grado, per quanto in suo potere, di prendere possesso senza indugio dei Beni in Trust e di assolvere ogni obbligazione inerente l'ufficio.

B. In caso di morte del Trustee, i suddetti diritti e obbligazioni sono a carico del Guardiano che altresì nomina il successore del Trustee.

C. Il Trustee che cessa dall'ufficio può fare copia di quegli atti e documenti che gli servano unicamente nel caso di azione proposta direttamente contro di lui.

Art. 29 - "Amministrazione del Trust". Sede

A. Il Trustee elegge quale luogo dell'amministrazione del Trust nonché quale sede dello stesso dove ogni comunicazione deve essergli diretta in: ..., Via ..., Tel. ..., E-mail: ...

PARTE V) - IL GUARDIANO

Art. 30 - Poteri del Guardiano

A. I poteri del Guardiano sono fiduciari e non personali.

B. Il Guardiano agisce secondo le norme di correttezza, buona fede ed imparzialità.

C. Il Guardiano:

1) ha facoltà di esprimere la propria opinione su qualsiasi attività del Trustee, anche se non richiesta dallo stesso;

2) può porre veto a qualsiasi operazione o azione del Trustee.

Art. 31 - "Elezione di domicilio" del Guardiano

A. Il Guardiano elegge domicilio per l'ufficio di Guardiano in ..., presso il proprio studio, ove deve essergli diretta qualsiasi comunicazione, Tel. ..., fax ..., E-mail ...

*** **

Legale per la redazione dell'atto; scelta della Legge regolatrice

Conformemente al decreto del Giudice Delegato del 2 marzo 2010, come sopra allegato, legale della procedura per la redazione del presente trust è l'avv. A. T. del Foro di Bologna, che ha ritenuto la legge di Jersey, Isole del Canale, legge idonea a regolare questo Trust.

NORME FISCALI:

Si precisa che il presente trust è a scopo di garanzia in quanto è volto a garantire al Fallimento R.G. n. 6\2010 del Tribunale di Bologna l'incasso di una somma dovuta da parte di un debitore della procedura. Non vi è pertanto alcun intento liberale o donativo da parte di nessuna delle parti coinvolte, né alcun arricchimento effettivo o potenziale delle stesse.

In ragione di quanto sopra, si chiede la registrazione del presente atto con l'applicazione dell'imposta di registro in misura fissa, come recentemente riconosciuta applicabile per trust di garanzia dalla Commissione Tributaria Provinciale di Bologna Sezione 2, con sentenza n. 120-02-09 del 7 ottobre 2009.

Le spese del presente atto sono a carico della Procedura Fallimentare.

Si omette la lettura degli allegati per espressa e concorde dispensa dei comparenti.

Questo atto, scritto da persona di mia fiducia con l'ausilio di mezzi elettronici e completato di mia mano su fo-

gli cinque per pagine diciotto fin qui, è stato da me letto ai componenti, che lo approvano e lo sottoscrivono con me Notaio alle ore 12 (dodici) e minuti 30 (trenta).

F.to: S. B. - CRISTINA BARALDI - A. T. - ROBERTA ZANIBONI NOTAIO

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

Le attività fiduciarie Trusts

Bimestrale di approfondimento
scientifico e professionale

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

INDIRIZZO INTERNET
HTTP://www.ipsoa.it

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

Direttore scientifico
Maurizio Lupoi

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

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

REDAZIONE
Cristina Orsenigo, Valeria Ruggiero


REALIZZAZIONE GRAFICA
Ipsoa

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

STAMPA
Geca Spa
Via Magellano, 11 - 20090 Cesano Boscone (MI)
licenziato per la stampa il 22 aprile 2010

REDAZIONE

Per informazione in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati

scrivere o telefonare a: 

IPSOA Redazione

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

Pubblicità:


EVENTS & ADVERTISING

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

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

CORRISPONDENZA REDAZIONALE

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

AMMINISTRAZIONE

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.
scrivere o telefonare a:

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

MODALITÀ DI PAGAMENTO

- Versare l'importo sul c.c.p. n. 583203 intestato a WKI s.r.l.
Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori
oppure
- Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista
e l'anno dell'abbonamento.

Prezzo copia: € 60,00

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

DISTRIBUZIONE

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

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